

Ética pública-ética privada

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ

Universidad Carlos III

I. El 23 de enero de 1897 se presentó, por once alumnos de la Facultad de Derecho de Salamanca, una denuncia contra el catedrático de Derecho Penal don Pedro Dorado Montero, «... apenados por las doctrinas erróneas y contrarias a la religión católica expuestas en dicha cátedra». Consideran los denunciantes que esas opiniones obedecen «... a un sistema, desarrollando y exponiendo doctrinas perniciosas en sus conferencias...». Se refieren al positivismo y al materialismo y la denuncia se tramita ante el obispo, que condenará las explicaciones del maestro del Derecho Penal, pidiendo a la autoridad secular que inicie un expediente al catedrático, desconociendo la libertad de cátedra. La resolución ministerial supondrá una suspensión del catedrático en sus funciones, aunque felizmente breve en el tiempo.

Unos siglos atrás, el traductor al castellano de la «Institución de la Religión Cristiana» de Calvino, Cipriano de Valera, escribe el prólogo de la edición de 1597, publicada en Holanda, y dirigido «... a todos los fieles de la Nación Española», «... sea que aún giman so el yugo de la Inquisición, o que sean esparcidos y desterrados por tierras ajenas...». Casi tres siglos más tarde, en 1858, otro heterodoxo, el cuáquero Luis de Usoz y Río, vuelve a poner en circulación la vieja traducción de Valera, y tampoco puede hacerlo en España. La reedición se publicará igualmente en Holanda.

Estos ejemplos que se podrían multiplicar en nuestro país desde la modernidad, y especialmente en los siglos XIX y XX, durante el franquismo, expresan una determinada mentalidad y se sitúan en el núcleo de la

reflexión que pretendo desarrollar en este trabajo: la distinción entre la ética pública y la ética privada.

En otra sociedad, como la de los Estados Unidos de América, de indiscutible religiosidad, principalmente vinculada a puritanos, cuáqueros, metodistas y otras sectas menores, además de creyentes de la Iglesia de Inglaterra, y de una minoría de católicos, la tradición es sin embargo diferente; y desde los padres fundadores y desde la primera enmienda y luego la enmienda catorce, se combina la libertad religiosa con la separación entre la Iglesia y el Estado. En un tema también muy vivo y de actualidad en nuestro país, la enseñanza religiosa en las escuelas, hay una postura concluyente que se expresa por primera vez en el caso *Mac Collum v. Board of Education*, en Illinois en 1948. La señora Mac Collum recurrió contra un programa mancomunado de las religiones católica, judía y protestante que impartía enseñanza religiosa a aquellos alumnos cuyos padres así lo solicitaran a la escuela. Las clases se desarrollaban una vez a la semana con una duración de treinta minutos para los alumnos de los cursos inferiores y cuarenta y cinco para los alumnos de los últimos cursos y tenían lugar en aulas de la escuela pública. Los profesores no recibían remuneración alguna por parte del centro, y los estudiantes que no quisieran asistir a las clases de religión se dedicaban a otras actividades voluntarias o a estudiar sus asignaturas. El recurso de la Sra. Mac Collum, con hijos que asistían a una escuela pública, se fundaba en que el programa distribuía fondos públicos para fines contrarios a la Constitución del Estado de Illinois, a la vez que fomentaba la segregación de los alumnos por motivos religiosos. Tanto el Tribunal del Distrito como el Tribunal Supremo de Illinois desestimaron la demanda, pero la estimó el Tribunal Supremo Federal que revocó las sentencias anteriores. La argumentación en la que se basó el fallo se fundamentaba: primero, en que el programa utilizaba propiedades públicas para la instrucción religiosa; segundo, en que se propiciaba una cooperación excesiva entre las autoridades estatales y las religiosas; tercero, que ese programa favorecía una presencia de profesores de religión en centros públicos; y, finalmente, que suponía que los alumnos eran clasificados y distribuidos en función de sus creencias religiosas. Esos razonamientos conducían al Tribunal a pensar que el mantenimiento de ese modelo supondría la desaparición del sistema de educación pública, inspirado en la separación entre la Iglesia y el Estado. La religión no es una asignatura que deba impartirse en las escuelas públicas, debido a su contenido privado, por lo que representaba una violación directa de la «establishment clause». La mayoría del Tribunal se inspiró en la idea de Jefferson del muro de separación entre Iglesia y Estado y la calificó como «the great american principle of eternal separation», en el sentido de que «... el muro de separación implica justo eso; un muro, y no una delgada línea que pueda ser fácilmente traspasada...». Recientemente, en el caso *Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens* (1990) se matiza esta doctrina y se establecen las líneas básicas que permiten la existencia de grupos de reunión religiosa

en las escuelas públicas, siempre que coexistan con grupos seculares que se puedan igualmente reunir, que no sean promovidos por el centro y que se celebren fuera del horario escolar¹.

Con todos los matices, parece evidente que los ejemplos que señalo obedecen a culturas distintas, aunque ambas de inspiración y de origen religioso. Probablemente si incorporásemos las posiciones más laicas y secularizadas de otros países el contraste sería aun mayor. A mi juicio las razones de estas diferencias estriban en posiciones contradictorias respecto a la relación entre ética pública y ética privada, por lo que ese problema suscita desde hace años mi interés.

II. La primera aproximación la hice en 1993 en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas que titulé *Ética Pública y Derecho*², y posteriormente lo amplié en un pequeño libro «Ética, poder y Derecho», publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en 1995³. Después, con algunas conferencias y con algún artículo en la prensa diaria, ha continuado mi reflexión que hoy perfilo, con un paso más, en este trabajo.

El tema se incluye en el ámbito de la reflexión de la Teoría de la Justicia, y parte de la superación del debate tradicional y clásico en la filosofía del Derecho, positivismo frente a iusnaturalismo. A mi juicio, el núcleo esencial que hoy permanece y que acerca a posiciones iusnaturalistas templadas y a las positivistas del mismo signo, es una doble afirmación que se enfrenta con las posturas radicales de ambos bandos:

Por una parte, no parece posible mantener la definición de lo jurídico sólo desde el propio Derecho, con los criterios formales del órgano competente y del procedimiento establecido para identificar la pertenencia al ordenamiento, sino que se incorporan a la definición del Derecho las dimensiones de moralidad, que denomino ética pública, y que se podría identificar con el concepto clásico de justicia.

Por otra parte, esa moralidad no es directamente jurídica por sus contenidos, sino que debe seguir el *iter* normal de producción normativa, establecido en la norma de identificación de normas.

Es decir, que esa moralidad sólo es Derecho si incorpora su espíritu al cuerpo de una norma creada con los criterios que establecen el órgano y el procedimiento que dan vida a cada tipo de normas (Constitución, Ley, Jurisprudencia, etc.).

En esta posición integradora se intenta hacer compatible la exigencia formal del positivismo: incorporación al Derecho por las vías regladas,

¹ Estas referencias sobre el Derecho norteamericano las debo al profesor ÓSCAR CELADOR, de Derecho Eclesiástico, que está trabajando en su tesis doctoral, a punto de terminarse cuando escribo estas líneas en marzo de 1997, sobre la libertad ideológica en los Estados Unidos.

² Vid. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas *Ética Pública y Derecho*, (sesión de 19 de abril de 1993), Madrid, 1993, pp. 28-31.

³ *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 75-80.

respondiendo a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, con la aceptación de que el Derecho tiene unos objetivos a alcanzar y que suponen los contenidos de moralidad o de justicia. Se positivizan por esa vía, pero son previos, como expresión de las aportaciones de la razón humana en la historia que constituyen la cultura política y jurídica que responde a la pregunta ¿qué se manda? Si se analizan los últimos doscientos años, desde la aparición del Estado liberal, con las revoluciones americana y francesa, se constataría que la realidad constitucional y, en general, de los ordenamientos jurídicos, refleja esa orientación, con el proceso de positivación de los derechos fundamentales. Por otra parte, esa tendencia ya aparecía en el iusnaturalismo racionalista, donde las justificaciones pactistas explicaban el paso del Estado de Naturaleza al Estado de sociedad, por la voluntad de convertir en eficaces a los derechos naturales, amparados y garantizados por el poder que surgía del pacto y por un Derecho positivo. Creo, finalmente, que la importancia del debate hoy sobre principios y normas, o sobre normas-regla y normas-principio, se inserta en este punto de vista, al menos en aquellos sectores de la doctrina que no aceptan una concepción iusnaturalista de los principios contrapuesta a una visión positivista de las normas. En nuestro país, es especialmente significativo, en ese sentido, el esfuerzo de nuestro anfitrión el profesor Luis Prieto⁴.

En ese contexto aparece la distinción entre ética pública y ética privada que propongo y que pretende esclarecer qué contenidos de moralidad deben incorporarse al Derecho, y si ese concepto se debe o no distinguir de la moralidad individual que conduce a la persona que lo asume hacia metas de salvación, de virtud, de bien o de felicidad. Mi punto de partida es que uno de los rasgos más estables que identifican a la modernidad es, precisamente, esta distinción. En efecto, el fin a alcanzar, o el objetivo de la ética pública, moralidad del Derecho o justicia, como tradicionalmente se le denomina, es orientar la organización de la sociedad para que cada persona pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de su dignidad: capacidad de elegir, capacidad de razonar y de construir conceptos generales, capacidad de dialogar y de comunicarse, y capacidad para decidir libremente sobre su camino para buscar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad. Este último aspecto es el que directamente se refiere a la ética privada.

Esta distinción sólo se puede entender en el mundo moderno a partir de una aproximación histórica, y es consecuencia de los procesos de liberación intelectual y de liberación política que contribuyen a racionalizar las sociedades modernas. Desde el punto de vista subjetivo, y como una dimensión de la ética pública que sirve para potenciar la ética privada de cada persona, la libertad de conciencia, religiosa o ideológica será la cristalización de ese proceso. Desde el punto de vista objetivo, como dimen-

⁴ Vid. LUIS PRIETO, *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Asimismo «Diez argumentos a propósito de los principios», *Jueces para la Democracia*, núm. 26, julio de 1996, y *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara (México), 1997.

sión de la ética pública, que favorece igualmente la distinción, están los valores de tolerancia, pluralismo y neutralidad del Estado que constituyen principios de organización de las sociedades democráticas reflejadas en sus Constituciones.

En esa visión histórica que no podemos hacer aquí con la necesaria extensión, el punto de partida será la ruptura de la unidad religiosa, que liquidará el monopolio del modelo moral de la Iglesia católica, con la aparición de una pluralidad de modelos, de las grandes Iglesias protestantes, y de las sectas o congregaciones del protestantismo nuevo. Incluso la interpretación individual de la Biblia producirá un subjetivismo espiritualista, que ayudará, por cierto, a impulsar el individualismo de la época.

Ante las guerras de religión, consecuencia de la ruptura, y para superar una situación indeseada por razones humanas, religiosas e incluso económicas, empezarán a aparecer en Francia en el siglo XVI las primeras formulaciones de la tolerancia, cuya expresión más relevante será el Edicto de Nantes en 1598. El siglo XVII contemplará la extensión de la idea en las colonias inglesas de Norteamérica principalmente.

En la Carta sobre la Tolerancia de 1689, Locke fijará su posición definitiva sobre el tema, con puntos de vista que señalan ya, claramente, la distinción entre ética pública y ética privada. Veamos algunas de esas afirmaciones:

1. «... Es necesario distinguir el menester civil y el religioso, estableciendo la frontera entre la Iglesia y el Estado. Sin esto no se pondrá fin a las controversias entre quienes tienen o simulan tener interés por la salvación de las almas...»⁵.

2. «... Considero que el Estado es una sociedad constituida para conservar y organizar intereses civiles como la vida, la libertad, la salud, la protección personal, así como la posesión de cosas exteriores, como tierra, dinero, enseres, etc. Así la jurisdicción del gobernante, alcanza sólo estos derechos civiles y todo el interés civil se reduce al cuidado de estas cosas; no puede ser extendido bajo ningún pretexto a la salvación de las almas...»⁶.

3. «... En el país donde no hay más que una única religión verdadera y un único camino que lleva al cielo, ¿que esperanza existe de llevar a la gloria a un mayor número de hombres, si se condiciona al mortal para que posponga la guía de su conciencia y abraza la forma de venerar de su señor conforme a lo establecido en las leyes del país?»⁷. Aquí hay una crítica clara a la solución de la Paz de Ausburgo *cuius regio eius religio* y también a todos los Estados confesionales que sólo consentían una única religión, incluida la Inglaterra de su tiempo.

4. «... Pensemos ahora lo que es la Iglesia. Entiendo que es una asociación libre de hombres que de común acuerdo se reúnen pública-

⁵ Vid. el texto en Grijalbo, Colección 70, México, 1970, p. 20.

⁶ Obra citada, pp. 20 y 21.

⁷ Obra citada, p. 22.

mente para venerar a Dios de una manera determinada que ellos juzgan grata a la divinidad y provechosa para la salvación de las almas... Nadie está ligado por la naturaleza a Iglesia o secta alguna, sino que cada hombre se une a ellas voluntariamente porque cree haber encontrado la verdad religiosa, el culto más sincero a Dios...»⁸. La práctica de las Iglesias que pretenden asegurar las incorporaciones con el sacramento del bautismo conferido en los primeros días del recién nacido, se opone frontalmente a esta opinión de Locke, y la consecuencia es simplemente posponer a una edad posterior la toma de decisión sobre el mantenimiento o el alejamiento de una institución donde se ha entrado sin ser consciente de ello.

5. «... Ningún hombre puede atentar o disminuir los derechos civiles de otro por el hecho de que éste se declare ajeno a la religión o rito de aquél. Los derechos que le pertenecen como ciudadano deben rodearle permanentemente ya que no son asuntos de religión...»⁹. Es una hermosa forma de regalar la libertad de conciencia, pero también una afirmación sobre la incompetencia de la Iglesia para decidir, o expresar un dictamen *vinculante* sobre temas civiles.

6. «... Las Iglesias no tienen autoridad alguna sobre cuestiones mundanales. Ni el fuego ni el hierro son instrumentos idóneos para convencer a las conciencias... Cualquiera que sea el origen de esa autoridad, siempre debe estar confirmada dentro de los límites de la Iglesia y no debe ser extendida a los asuntos mundanos, puesto que la Iglesia es algo muy diferente del Estado y de los asuntos mundanos...»¹⁰.

Este planteamiento y el que paralelamente, y con influencias comunicadas, se desarrollará en el siglo XVIII francés, marcará la evolución del constitucionalismo, con resultados análogos en Europa y en los Estados Unidos de América, pese a que la cultura política americana esté impregnada de religiosidad. Las posturas de la Iglesia católica, muy reacia a aceptar la distinción entre ética pública y ética privada hasta este mismo siglo, y aún hoy con un renacimiento de las viejas actitudes, contrastan con la aceptación en los países influidos por el protestantismo. La hipótesis que, a mi juicio, explicaría la diferencia está en el pluralismo protestante, que neutraliza las pretensiones de trasladar su verdad al ámbito público, frente al monolitismo jerárquico de la Iglesia católica, que favorecía esa extensión.

III. La ética pública conforma el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social, el conjunto de valores, principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática debe realizar, como hemos dicho. Su finalidad es que todos y cada uno de los ciudadanos, en la más amplia medida posible, estén en condiciones de desarrollar plenamente los rasgos de su dignidad y muy especialmente el de escoger libremente

⁸ Obra citada, p. 23.

⁹ Obra citada, p. 26.

¹⁰ Obra citada, pp. 28 y 29.

su moralidad privada. Ciertamente que todas las concepciones políticas y jurídicas tienen su ideario, con sus fines y objetivos a alcanzar, pero solamente las concepciones democráticas de origen liberal suponen el desarrollo de los elementos subjetivos –libertad religiosa– y objetivos –tolerancia, pluralismo y neutralidad del Estado– que presuponen la distinción entre ética pública y ética privada.

La ética pública no establece comportamientos ni exige conductas dirigidas a la salvación, al bien, a la virtud o a la felicidad. A través del favorecimiento y de la promoción de nuestra condición de seres autónomos y libres hará que sea posible el ejercicio de nuestra ética privada.

Mi idea de la ética pública comprende lo que Rawls entiende como contenidos de una concepción política liberal, es decir, los principios de justicia y la razón pública, entendida como «orientaciones de indagación: principios de razonamiento y reglas de evidencia, a la luz de los cuales los ciudadanos han de decidir si los principios sustantivos se aplican propiamente, así como identificar las leyes y las políticas que mejor satisfacen esos principios sustantivos...»¹¹. Me parece difícil separar la dimensión estática –los principios de justicia– y la dimensión dinámica, los criterios de la razón pública que aplican e interpretan esos principios de justicia. Por otra parte, mi reflexión parte de un análisis racional en el marco de la evolución histórica, y no es un análisis abstracto, que además tiene en mente esa integración entre moralidad y Derecho positivo, que distingue pero integra en la realidad a los fines de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Separar los valores de la justicia política y los valores de la razón pública es posible a efectos doctrinales pero sabiendo que en la realidad, creación e interpretación, legislador, constituyente y ordinario, y juez, compositor e interprete, son difícilmente distinguibles¹². Pero en todo caso lo que importa es que Rawls coincidirá en que ninguna concepción del bien puede ser el núcleo de la justicia básica ni de la razón pública. «... No podemos apelar –dirá– a doctrinas religiosas y filosóficas comprensivas a lo que como individuos o miembros de asociaciones, creemos que es la verdad global...»¹³.

Los destinatarios y a la vez impulsores de la evolución de la ética pública son las autoridades, los poderes políticos, los operadores jurídicos, legisladores, jueces y funcionarios, y también cada persona como ciudadano. Aquí se ve también la dificultad de separar las dimensiones básicas de justicia y la razón pública, porque la actuación de la razón pública produce como resultado una nueva dimensión básica de justicia, que de nuevo exigirá, en un momento, otra interpretación desde la razón

¹¹ Vid. *El liberalismo político*, edición castellana de ANTONI DOMENECH, Crítica, Grijalbo, Mondadori, Barcelona, 1996. Edición original *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, p. 259.

¹² RAWLS lo acepta cuando afirma que «... las orientaciones de indagación de la razón pública, así como su principio de legitimación, tienen la misma base que los principios sustantivos de justicia...» (p. 260).

¹³ Obra citada, p. 260.

pública, con nuevas dimensiones básicas de justicia que se incorporan a los contenidos de la concepción política. Justicia básica y razón pública deben analizarse conjuntamente en una perspectiva dinámica.

Pero volviendo al tema central, Rawls dirá que «... la política en una sociedad democrática nunca puede guiarse por lo que consideramos la verdad global...», lo cual no supone que las personas que creen en una verdad global, o que participen de lo que Rawls llama una verdad comprensiva, no intervengan en la formación del depósito histórico de la ética pública. Otra vez la historia nos enseña que muchos creyentes han contribuido decisivamente a la formación de los ideales democráticos, aunque en muchas ocasiones lo han hecho desde posiciones heterodoxas, y no pocas condenadas por sus respectivas Iglesias. En todo caso, esta afirmación que excluye que las concepciones del bien sean el núcleo de la ética pública no supone tampoco que las instituciones no puedan opinar en materias de ética pública, que no puedan hacer propuestas o críticas. Lo que está excluido es que pretendan intervenir desde la autoridad o *ex cátedra*, como depositarias de una verdad o de un orden natural del que son intérpretes y administradores únicos.

Naturalmente que tanto las aportaciones significativas de las personas como de las instituciones que participan en doctrinas comprensivas, lo son en tanto en cuanto contribuyan desde ellas a fortalecer la ética pública, y no cuando pretendan incorporarlas a la misma como obligatorias dimensiones de ética privada.

La ética privada es un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación, con el objetivo de alcanzar el bien, la virtud o la felicidad. Sus destinatarios son las personas individuales y es necesario su aceptación (autonomía) para que tenga la consideración de moralidad privada. No se puede imponer y no puede ser una oferta extravagante o marginal, sino un proyecto que pueda ser propuesto a todos con carácter general (universalidad). Así, la expresión «la verdad os hará libres» debe interpretarse en el ámbito de la ética privada, identificando a esa doctrina con un camino de salvación, pero no como la reflexión sobre un orden moral al que está subordinado el legislador, en la justicia y en la razón pública, sobre todo si alguna institución, en nuestro caso la Iglesia católica, se considera interprete único. Si tuviéramos que identificar un criterio o un principio identificador de la ética pública frente al de «la verdad os hará libres» de la ética privada, me inclinaría por formularlo, en relación con el anterior, del siguiente tenor: «la libertad os hará más verdaderos». En definitiva, la ética pública, positivizada desde el Derecho y que pretende incorporarse al mismo, se propone crear modelos humanos libres para que puedan realizarse plenamente, para que puedan ser verdaderos.

Si vemos el tema ética pública-ética privada desde las personas, éstas están sometidas a ambas regularidades, como ciudadanos y como seres que buscan su desarrollo integral, y cuando actúan es difícil distinguir las razones de su acción. Sin embargo, sí que se puede distinguir entre uno y

otro ámbito por las razones de su sometimiento o aceptación. En el ámbito de la ética pública positivizada rige la doble dialéctica de la fuerza y del consenso, mientras que en la ética privada sólo cabe la aceptación por consenso. La ética privada es la moralidad en sentido propio, que exige, como hemos visto, la aceptación del destinatario, mientras que la ética pública es moralidad incorporada al Derecho, con lo que el doble cauce para la vinculación se explica en clave jurídica cuando el sometimiento es por el temor o por la posibilidad de la sanción y la aceptación es por la coincidencia con los valores políticos y jurídicos que contiene. La vieja distinción escolástica entre leyes que obligan en conciencia y leyes meramente penales reaparece desde otra perspectiva y con otra finalidad.

IV. Lo que denomino patologías de la ética pública y de la ética privada son confusiones e identificaciones, que olvidan o descartan la separación, que configuran sociedades diferentes de la democrática, y que se separan del modelo mayoritario de la modernidad.

Pueden ser de dos tipos, según la confusión suponga una imposición de la ética pública sobre la privada o de la privada sobre la pública. El primer supuesto es propio de concepciones totalitarias que pretenden que su ideario público sea también el ideario privado de sus ciudadanos, o dicho de otra manera, que la concepción política que defienden abarca también las dimensiones privadas del individuo.

No podemos estudiar a fondo esta desviación totalitaria en la historia de la cultura moderna, pero sí podemos señalar que es propia de concepciones cerradas, abarcadoras y autosuficientes que disuelven al individuo en la sociedad y le niegan el ámbito de autonomía que supone la ética privada. En el marxismo-leninismo y en el fascismo encontramos las raíces de esta patología. El modelo que representa Giovanni Gentile es muy iluminador al respecto. Frente a Bertrand Russell o a Romain Rolland que abominaba de la guerra de 1914, «cette mêlée sacrilège, qui offre le spectacle d'une Europe démente montant sur le hûcher et se dechinant de ses mains, comme Hercule»¹⁴, Gentile hacía un elogio y construía una filosofía de la guerra, «dramma divino... cimento de tutte le forze che si sono organizzate nella faccia della terra...»¹⁵. Con una posición liberal dudosa, «concebía al Estado como la voluntad individual en su profunda racionalidad y legalidad»¹⁶. En una polémica con Missiroli, en otra obra «Dopo la vittoria. Nuovi frammenti politici»¹⁷, hará una afirmación modélica de la patología totalitaria, desde la idea del Estado ético, el Estado fuente de moralidad.

«Ni el Estado exterior al individuo, ni el individuo concebible como abstracta particularidad, fuera de la inmanente comunidad ética del Estado, en el cual éste (el individuo) realiza su efectiva libertad...» La ética privada se disuelve aquí en la pública.

¹⁴ ROMAIN ROLLAND, *Au dessus de la mêlée*; Paul Ollendorf, París, 1916, p. 24.

¹⁵ GIOVANNI GENTILE, *Guerra a fede*, Ricciardi, Nápoles, 1919.

¹⁶ Para una visión más amplia, *vid.* el tema en BOBBIO, *Profilo ideológico del novecento italiano*, Eicendí, Turín, 1986.

¹⁷ *Quaderni della «Voce»*, Roma, 1920, p. 172.

El segundo supuesto aparece cuando la ética privada, es decir, una concepción del bien o una filosofía comprensiva como diría Rawls, pretende convertirse en definidora de la ética pública. Estamos en el supuesto del Estado confesional, de los fundamentalismos religiosos, que en España se han vivido hasta la Constitución de 1978 con pequeños intervalos, como el de la Segunda República.

En otros ámbitos culturales, se puede señalar el fundamentalismo islámico, y en el que nos afecta ha sido la posición de la Iglesia católica, renuente ante la modernidad y que rechazaba, desde la «Mirari vos» de 1832 hasta la «Libertas» de 1888, «a los que agitados por torpe deseo de desenfrenada libertad no se proponen otra cosa sino quebrar y aun aniquilar todos los derechos de los príncipes». Rechazaban los errores modernos, como la ruptura de la autoridad divina de la Iglesia, el liberalismo, el socialismo, la filosofía de la Ilustración, la libertad de cultos, el contrato social, la soberanía popular, el sufragio universal, el principio de las mayorías, los derechos humanos —excepto el de la propiedad—, la libertad de imprenta, etc. Era una posición antimoderna contraria a todos los logros del Estado parlamentario representativo que pretendía imponer un «orden natural» que en realidad era un modelo histórico superado, el de las monarquías absolutas. No podemos realizar un análisis pormenorizado de la evolución histórica, pero la Iglesia, con Pío XI y Pío XII, y sobre todo con Juan XXIII y la *Pacem in Terris* y con Pablo VI y la Constitución *Gaudium et Spes*, sobre el mundo actual, del Concilio Vaticano II, asumió los valores políticos democráticos y los derechos fundamentales.

En la actualidad *Veritatis Splendor* y *Evangelium vitae*, de Juan Pablo II, ponen de nuevo el acento en la idea de verdad y de orden natural interpretados por la autoridad de la Iglesia, lo que complica la compatibilidad con los conceptos de pluralismo y de neutralidad del Estado y dificulta el equilibrio intelectual, y la distinción entre ética pública y ética privada. Los dos últimos documentos de la Conferencia Episcopal Española «... La Verdad os hará libres» y «Moral y Sociedad democrática»¹⁸ están en esa misma dificultad, puesto que pretenden hacer compatible la democracia con la verdad del hombre y con el saber moral interpretado por la Iglesia. Así, dirán en el segundo documento que su reflexión «... quiere centrarse en algunos valores objetivos ligados a la misma condición del hombre y accesibles a la razón humana, valores que sin ignorar las diversas creencias e ideologías, deberían regir nuestra convivencia más allá de las opiniones coyunturales de la mayoría o de los diversos grupos gobernantes». Y añadirán más adelante que «la libertad florece realmente cuando hunde sus raíces en la verdad del hombre», verdad que la Iglesia anunció y que consiste en que «todos estamos llamados a vivir según lo que somos: hijos de Dios y hermanos de nuestro prójimo». Se completa el perfil de sus planteamientos cuando afirman: «... También la libertad de Dios esta arraigada en la verdad de su propio ser y así, a su imagen, es como

¹⁸ El primero de 1991 y el segundo de 1996.

llegamos nosotros a ser verdaderamente libres...». Hay pues una «verdad sobre el bien y el mal» que debe sobreponerse a los que afirman que la «voluntad popular es la fuente primaria y única del Derecho» y al «positivismo jurídico más descarnado». La crítica que se hace en la segunda parte, «Orden Moral y Ley Civil», es a mi juicio expresión de una tesis, hoy no mayoritaria en el pensamiento político y jurídico, opinable y criticable que se hace pasar por la «verdad». Hay incluso planteamientos muy elementales, y críticas a la tradición democrática de la modernidad, junto con interpretaciones sesgadas y maniqueas de ese pensamiento.

Se afirma incluso, quizás respondiendo a los planteamientos que les estoy proponiendo, que se debe «rechazar la acusación de que la Iglesia, cuando propone su doctrina sobre la verdad del hombre y la moral, sea un peligro para la democracia y una aliada e incluso promotora del fundamentalismo. Estas acusaciones, sigue diciendo el documento, son particularmente inadmisibles e irresponsables cuando provienen de personas de las que por razón de sus cargos públicos o de su relieve en los medios de comunicación se debería poder esperar juicios más cercanos a la realidad y menos perturbadores del buen entendimiento y de la paz social...».

Creo que el documento no tiene desperdicio y debería ser estudiado a fondo por los filósofos del Derecho. Creo que aparte de su debilidad intelectual, de ser manifestación de la inocencia histórica de la Iglesia, y de su posición de superioridad al juzgar los acontecimientos sociales, representa un buen ejemplo de la dificultad de hacer compatible, desde ciertas posiciones de la Iglesia institución, no de todas, la aceptación de la democracia, y la defensa de una verdad y de un orden moral que se extiende al ámbito público y que no es compatible con otras posiciones diferentes, respecto de las cuales no cabe conciliación alguna.

En los últimos meses, y desde posiciones intelectuales diferentes a las de Rawls ya señaladas, Habermas se opone a que el Derecho positivo «recabe su legitimidad de un superior orden moral», aunque reconoce una posibilidad de fundamentación moral del Derecho, que se asemeja a la que estamos defendiendo. El Derecho, dice, «... se alimenta de la eticidad democrática de los ciudadanos y de la receptividad de una cultura política liberal...»¹⁹. Frente a la tesis de los obispos españoles, diría en un trabajo sobre el bicentenario de «La Paz Perpetua» de Kant, que «la acción política y su Derecho no pueden ser evaluados desde la categoría del bien y del mal»²⁰. De todas formas me parece importante concluir estas reflexiones con el análisis pormenorizado de la idea de ética pública para que se entienda bien lo que se pretende sostener.

V. La ética pública interesa al poder político y al Derecho, y los sistemas en que se establece, se construyen, históricamente, desde la autoridad o desde la razón. Los sistemas derivados de la autoridad, y que nor-

¹⁹ Vid. *Faktizität und Geltung...* Suhrkamp, Frankfurt del Main, 1992. Edición italiana de Leonardo Ceppa, *Fatti e Norme*, Guerini, Milán, junio de 1996, pp. 541 y 545.

²⁰ Vid. edición francesa *La paix perpétuelle*, Les éditions du Cerf, París, 1996, p. 120.

malmente han producido las patologías que acabo de señalar, tiene un autor único que es Dios o un padre intelectual reconocido, como Marx, y suelen actuar por medio de una institución competente para interpretar auténticamente la voluntad o la razón de Dios, o del padre intelectual. Ése es el papel que desempeñaron durante tiempo las Iglesias en los sistemas de Derecho Natural. Este punto de vista exige disciplina y jerarquía, es decir, unidad de interpretación y un signo de una sociedad cerrada, tal como las entienden Bergson y más tarde Popper.

Los sistemas de ética pública derivados de la razón suponen una participación de múltiples protagonistas, que a lo largo de la historia, y en nuestro caso de la modernidad, aportan sus semillas intelectuales, que son leídas desde otras perspectivas sociales, económicas y culturales, en otros momentos históricos y nuevos protagonistas se unirán con sus aportaciones, depurándose, matizándose, rectificándose o consolidándose puntos de vista, que van conformando el depósito de la moralidad que asume el poder político y el Derecho. Es un proceso dinámico y siempre *in faciendo* propio de las sociedades abiertas y donde no existe una única respuesta correcta. Tiene dos dimensiones: una más estable y consolidada donde se integran las reglas del juego generalmente aceptadas, lo que llamaría Rawls los criterios básicos de justicia, y otra más dinámica, más plural, expresión de las diversas posiciones que caben dentro de las reglas de juego, y que representa a las diferentes posiciones ideológicas y éticas ante los problemas. En este segundo nivel las diferentes posiciones tienen que ser compatibles en el sentido de poder coexistir con los demás sistemas que se ofrecen a los ciudadanos. Es posible que algunas de las posiciones ideológicas situadas en el segundo nivel pretendan que alguno de sus postulados se integre en el primer nivel, el de las reglas de juego o criterios básicos de justicia. Lo razonable, y que debería formar parte de los criterios señalados por las reglas del juego, es que esa pretensión de ampliación o de modificación de las reglas del juego, cuente con un consenso y una aceptación generalizada, o con una mayoría especial muy cualificada. Así, las reglas de juego del primer nivel, la Constitución y el bloque de constitucionalidad, estarían preservadas de los cambios coyunturales de mayorías.

Los contenidos de la ética pública que paso a analizar a continuación, situados en el primer nivel, son siempre procedimentales, entendiéndose por eso que no establecen conductas para la salvación, ni regulan contenidos de bien, de virtud o de felicidad, campo que corresponde a la ética privada.

Los sistemas de justicia básica, interpretadas y modificadas desde la razón pública, son los propios de las sociedades democráticas y actúan a través del Derecho, con la mediación del poder, y referidos al poder.

Esquemáticamente podemos señalar las siguientes dimensiones:

1. Dimensión de limitación del poder:
 - Sometimiento del poder al Derecho (Estado de Derecho, Estado Constitucional). Para mí no hay ruptura, entre los dos modelos. El Estado Constitucional es un Estado de Derecho que perfecciona un escalón superior.

- Derechos humanos individuales, civiles y políticos, que tienen como objetivo crear ámbitos de autonomía individual y favorecer la participación social y política de los individuos.

2. Dimensiones de organización del poder:

- Separación funcional de poderes.
- Separación territorial de poderes (autonomías, federalismo).
- Sistema parlamentario representativo.
- Independencia del poder judicial.
- Neutralidad de la Administración.
- Garantía de la Constitución (Tribunal Constitucional).

3. Dimensiones de promoción a través del poder:

- Derechos económicos sociales y culturales. Satisfacción de las necesidades básicas (educación, seguridad social, protección de la salud, etc.).

Los elementos identificadores con los restantes derechos son el objetivo de servir y favorecer el desarrollo de las personas y la homogeneidad social. Los elementos diferenciales son sus técnicas de aplicación: universalidad como objetivo o como punto de llegada, frente a la universalidad *ab initio*, o desde el punto de partida de los derechos clásicos, y la igualdad como diferenciación, frente a la igualdad como equiparación de los primeros. Desde mi punto de vista, esta dimensión debe situarse en el primer nivel de las reglas de juego, de la justicia básica, pero ésta no es una opinión compartida por todos los grupos que abarcan el pluralismo de las ideologías situadas en la ética pública del segundo nivel.

4. Dimensiones de funcionamiento del poder.

A mi juicio en este ámbito es relevante el análisis de los principios de las mayorías y de la negociación, que he realizado con más amplitud en un trabajo sobre el protagonismo del Parlamento, que aparecerá en un libro homenaje al profesor Fraga Iribarne, actualmente en imprenta. Ambos principios deben actuar conjuntamente aunque el principio de las mayorías es un principio final que fija las decisiones, mientras el de la negociación es un principio medial que contribuye a una buena configuración de las mayorías. Estos dos principios actúan en todos los ámbitos de la acción política y de la protección jurídica, y tienen especial relevancia en la acción parlamentaria, que es el núcleo central de identificación y de impulso del funcionamiento de una sociedad democrática.

En el principio de las mayorías se pueden producir desviaciones que se pueden convertir en auténticas patologías y respecto de las cuales existen numerosas experiencias históricas. Son las que denomino patologías de la autoridad y que pueden producirse desde el principio de las mayorías o frente al principio de las mayorías. Desde el principio de las mayorías la patología de la autoridad supone que se concede a la mayoría un valor excesivo que desborda los límites y que afirma que la mayoría no sólo fija la validez de un acuerdo o de una norma sino también su justicia. Frente al principio de las mayorías, la patología de la autoridad supone que una concepción del bien o una filosofía comprensiva se oponen a la discusión desde el principio de las mayorías de

un tema que se opone a verdades que desde esas concepciones o filosofías se consideran indiscutibles y sobre las que no se puede transigir. Es un signo del conflicto derivado de una defectuosa comprensión de la distinción entre ética pública y ética privada y pretende negar la competencia de las instituciones públicas, y especialmente del parlamento, para discutir ciertos temas. Hoy, visto con perfil español, el divorcio o el aborto estarán en ese coto vedado que, desde la patología de la autoridad, niega la legitimidad de los poderes públicos para tratarlos. Pero como este tema es histórico, no hay que olvidar que en el siglo XIX, los temas vedados eran la libertad de conciencia, o el sindicalismo, el socialismo o el liberalismo, es decir, se incluía en el coto vedado a toda la modernidad. Es prudente recordarlo de vez en cuando para no fomentar el sentimiento de inocencia histórica de la Iglesia institución.

La desviación del principio de la negociación es lo que llamo la patología de la autonomía, que supone llevar hasta el último extremo la negociación, desconociendo el principio de las mayorías, con una reducción extrema del espacio de la ley. Sin tener en cuenta el contexto histórico, ni la realidad de la cultura política y jurídica, una sociedad cerrada niega las normas que surgen del principio de las mayorías y pretende construir las relaciones con su entorno exclusivamente desde una negociación. Favorece el autismo y el aislacionismo de quien lo practica, y se convierte en el único procedimiento para la toma de decisiones. El respeto a las diferencias conduciría a la autonomía total de unos poderes en una sociedad cerrada, expresión de minorías que impondrán su criterio justificado en esas diferencias. Es la socialización de una conciencia colectiva, carente de referentes externos y de vínculos con su entorno político y jurídico, basada en el agravio ficticio de una dominación impuesta y no aceptada. La comunicación con el exterior sería a través exclusivamente del principio de la negociación, exagerado y excluyente de las mayorías que convertiría a la sociedad política en «... un mercado de transacciones vagamente reguladas entre unas comunidades encerradas en la obsesión de su identidad y de su homogeneidad».

Tanto la patología de la autoridad como la de la negociación son incompatibles con el funcionamiento de una sociedad democrática y no pueden formar parte de su ética pública incorporada al Derecho.

En relación con el ordenamiento jurídico, los contenidos de la ética pública se organizan por medio de valores, principios y derechos fundamentales, establecen criterios para la acción de los operadores jurídicos y son guía para la producción y la interpretación del Derecho, al establecer los fines y objetivos principales del sistema jurídico. Se suelen situar en los niveles superiores de la jerarquía normativa, Constitución, ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como decía al principio, con estas reflexiones se puede abrir una vía para plantear los problemas de la teoría del Derecho y de la teoría de la justicia, desde unos parámetros diferentes a los clásicos de la dicotomía positivismo-iusnaturalismo y se puede comprender el dinamismo de la modernidad, con proyección de futuro.