

LOS SUPUESTOS VALORES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Alejandro Nieto García*

LOS VALORES EN LA TEORÍA DEL DERECHO Y EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La preocupación de los juristas por los valores ha sido siempre constante y más en los largos siglos en que el Derecho vivía sometido a la Teología o estaba inspirado en el Derecho Natural. Pero en esta ocasión voy a limitar el análisis a una época más reciente: a la que se inicia en Alemania con “la disputa de los valores” (*Wertstreit*) a partir de la Segunda Guerra Mundial y que fluye paralela con una corriente similar norteamericana. En la Teoría General del Derecho la existencia y el alcance de los valores insertados en las normas legales ha tenido dos tratamientos distintos: el positivista (Hart, Kelsen) para quienes el Derecho debe desentenderse de los valores, incluso de los éticos; y la ética (Stammler, Radbruch en Alemania, Leo Fuller en USA) para quienes el único Derecho válido es el inspirado en la Justicia o enderezado a su realización.

Por lo que se refiere a España lo poco que se ha hecho se ha realizado fundamentalmente en el campo de la Filosofía del Derecho y de la Teoría General de éste. Al Derecho Administrativo llegaban las perspectivas éticas únicamente al hilo de la corrupción: Recuérdese el clásico estudio de Jesús González Pérez *Corrupción, ética y moral en las Administraciones Públicas*, 2006; aunque en la estela de una fuerte influencia anglosajona en los últimos años se ha formado un grupo de administrativistas, politólogos y sociólogos, oficialmente bien apoyados, empeñados en difundir en España, como antídoto de la corrupción, la deontología administrativa,

* Sesión del día 1 de marzo de 2011.

la buena administración, la ética pública (Villoria, García Mexía, Feria Romero, Rodríguez Arana, Sáinz Moreno, Carro) y la ética administrativa (Gracia Romero, Latorre Vila, Díez Muiña, Murillo García-Arance, Vallespín Osma, entre otros).

LOS VALORES PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU NATURALEZA

Vaya por adelantado que la Administración Pública no puede tener valores. Eso sería un imposible metafísico puesto que los valores a que nos referimos son fenómenos humanos y la Administración Pública es un ente de razón. El hablar de valores estatales o administrativos es un ejercicio de retórica, concretamente el uso de una prosopopeya, o sea, en la definición del DRAE, una “figura que consiste en atribuir a las cosas inanimadas o abstractas acciones o cualidades propias de los seres animados”. En consecuencia, lo que ordinariamente llamamos valores de la Administración son en rigor valores *imputados* a ella por seres humanos. Una precisión que desplaza un punto el centro de gravedad del análisis, pero que no altera sustancialmente el núcleo de la cuestión.

Con esta salvedad nadie discute que la Administración tiene sus propios valores, mas con la advertencia de que en su mayoría se trata de *valores instrumentales*, es decir, que no son valiosos por sí mismos sino en la medida en que son útiles para un valor superior. La coordinación o la proximidad al ciudadano son, por ejemplo, dos de estos valores imputados a la Administración, pero si se consideran valiosos es porque favorecen a otro valor superior: el servicio a los intereses generales.

La segunda característica de los valores administrativos es la heterogeneidad dado que unos son de naturaleza política (como la vicariedad servicial), otros ética (como la imparcialidad) y otros técnica (como la coordinación). Estos últimos, a diferencia de los anteriores, son intrínsecos, es decir, no impuestos desde fuera sino derivados de las exigencias internas del funcionamiento de una organización.

La tercera característica, en fin, es su pragmatidad. Lo que significa que lo que en este ámbito importa no es su formulación teórica abstracta sino su aplicación real concreta. Lo que importa —en otras palabras— no es si la Administración asume el valor de la eficiencia o el de servicio a los intereses generales sino si en un caso concreto está operando con eficiencia o si la declaración de interés general de una actividad concreta es correcta o no. Nadie sabe con precisión lo que es justicia, ni es importante saberlo; pero todos nos sentimos capacitados para calificar una decisión o una situación determinadas de justa o injusta.

Por último conviene tener presente que resulta discutible la consideración de si vamos a hablar de valores en sentido estricto. Por descontado que todos son

valores o desvalores; pero en el Derecho Administrativo siempre se ha tratado a estos conceptos como “principios”: un término más neutral, menos vulnerable a contaminaciones políticas o éticas. De aquí la generalización de los “principios de organización”, bautizados así por la Ciencia de la Administración y que hoy de ordinario por valores se tienen.

APROXIMACIONES METODOLÓGICAS A LOS VALORES ADMINISTRATIVOS

Existen varios caminos para aproximarse a los valores administrativos. Desde la sociología puede *constatarse* su existencia y aceptación o rechazo; desde el Derecho y la Ciencia de la Administración pueden *identificarse* y *enjuiciarse* los valores declarados en las normas; desde la Política al Legislador corresponde declarar los que *deben ser impuestos*; a los filósofos sociales corresponde imaginar los que *deberían ser*; y en fin a los servidores del Estado corresponde *realizar* los valores existentes concretando en su actividad tanto los que deben ser (porque ya están declarados en una norma) como los que deberían ser aunque todavía no estén recogidos en una ley.

Huelga decir que los resultados que aparecen en estos diversos planos no son coincidentes: los valores que realmente practica la Administración no son siempre los mismos que los declarados en las normas, de la misma manera que éstas tampoco responden fielmente a los recomendados por los teóricos sociales.

CONSTATACIÓN DE LOS VALORES EXISTENTES: EL CAMBIO DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

Desde una perspectiva sociológica pueden constatarse los valores existentes y su grado de aceptación o rechazo. En esta actividad los sociólogos profesionales pueden afinar los resultados utilizando métodos científicamente probados (estadísticas, encuestas); mientras que el resto de los ciudadanos se limitan a constatar lo que *perciben* desde su experiencia, intuición y reflexión. Por lo que a mí personalmente se refiere, habiendo ingresado en la Administración hace cincuenta y cinco años y recorrido casi todos sus ramos desde casi todas las categorías, cuando comparo mis percepciones de hoy con las de mediados del siglo pasado, constato las siguientes diferencias fundamentales:

Primera: la Administración Pública se ha politizado más todavía en el sentido de que los partidos políticos han desembarcado en ella, la han ocupado materialmente con sus hombres fieles, han impuesto a sus actividades una orientación y unos fines partidistas y la consideran como un botín para premiar a sus huestes y for-

talecer sus cajas. Así ha surgido una categoría de políticos funcionarizados que cumplen el doble objetivo de ganarse la vida por un lado, y por el otro de implantar en la Administración los valores (las consignas) de los partidos.

Frente a lo que acaba de decirse podrá objetarse que la contaminación ideológica de la Administración Pública es un fenómeno universal y constante como, sin necesidad de ir más lejos, pudo comprobarse en España durante el franquismo. Pero siendo esto cierto, debe hacerse a este propósito una precisión esencial, a saber: que en las dictaduras la imposición de valores es reconocida como una parte del sistema y así se declara siempre de forma expresa; mientras que en las democracias rige el axioma de la libertad de pensamiento y conciencia así como el de la libertad de acción dentro del marco constitucional. De aquí que en un régimen constitucional como el español actual la contaminación política de la Administración Pública sea una anomalía, una auténtica aberración que no admite comparaciones cualitativas con el franquismo. Por lo demás, cuando algún día hagan los sociólogos un estudio comparativo de los niveles cuantitativos de contaminación política entre la Administración Pública del Estado constitucional de Derecho y el Estado franquista, habrá no pocas sorpresas sobre todo durante el tardofranquismo. Ilustrando con un ejemplo lo que se está diciendo, actividades policíacas como las de los casos GAL y hoy el Faisán serían irreprochables en una dictadura mientras que en un Estado democrático se consideran aberraciones estatales y delitos individuales.

Lo que no implica, con todo, negar la existencia de empleados públicos que no han celebrado un pacto faústico empeñando su conciencia por un cargo, aunque el cambio de la situación les haya afectado en no pocos aspectos de su vida profesional. Concretamente

- a) Al no asumir los valores políticos siguen fieles a los valores administrativos; pero inevitablemente se distancian de la organización.
- b) Disminuye sensiblemente el espíritu de identificación con el cuerpo y con la Administración en que están integrados.
- c) Consecuentemente disminuyen también su rendimiento al tener conciencia de que no se premian sus méritos y sacrificios profesionales sino los políticos.

La politización se instrumentaliza a través de mecanismos que han desformalizado el acceso, la carrera y las retribuciones de los empleados públicos así como el de la aproximación de los poderes ministeriales y sindicales que cierran el círculo del desestímulo y de la indiferencia del personal.

Segunda: Se mantiene paradójicamente el pensamiento y las técnicas burocráticas más rancias, que ocasionalmente se consideran virtudes en la medida que

sirven de valladar a las influencias políticas. Así es como ha surgido una dialéctica indeseable entre dos actitudes básicas enfrentadas: politización y burocratización (entendida como profesionalización). Dos valores incompatibles que colocan a los empleados públicos en un dilema pues, estando sometidos a dos códigos distintos, en ocasiones tienen que traicionar a uno para seguir el otro.

Tercera: la Administración pasada, reflejo de una sociedad pobre y por necesidad austera, era parca en sus gastos y sobria en todas sus manifestaciones, con riguroso control en la formación y ejecución de sus presupuestos. La Administración actual, por el contrario, reflejo de una sociedad opulenta y consumista, es ostentosa, despilfarradora e incontrolada.

MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN

A los juristas modernos no les preocupan demasiado los contenidos de los valores administrativos porque desde que abandonaron el Derecho Natural comprendieron que este contenido no tenía sustancia jurídica sino que procedía del mundo exterior, que venían impuestos por la Política o la Cultura y que eran inevitablemente variables, como lo son la Política y la Cultura. Por ello se limitan a concentrarse en el análisis y afinamiento del método adecuado para encontrar o identificar esos valores extrajurídicos incrustados en las normas y por tanto juridificados, a los que intentan dar un tratamiento estrictamente jurídico sin pretender enjuiciarlos.

Es fácil, en efecto, decir que la Administración Pública tiene valores. Las dificultades empiezan a la hora de identificarlos, porque a lo largo del tiempo se han ido elaborando incontables listas sobre el particular. Una problemática inseparablemente unida a otra cuestión más relevante, a saber, la de averiguar quién es el que imputa a la Administración sus valores.

Para superar esta gavilla de opiniones personales a mediados del siglo XX Harry Westerman acudió a una solución legal positivista: para encontrar los valores de la Administración basta buscar en la constitución y en las leyes, puesto que son éstas las que los establecen. De acuerdo con esto, el art. 103 de la constitución española de 1978 nos da la respuesta: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales". Estos son en consecuencia el eje o imán de todas las actividades públicas.

La postura de Westermann superó ciertamente el subjetivismo tradicional al poner a un lado las diversas opiniones de los autores doctrinales, pero sólo de una manera aparente puesto que dejaba abierto el camino a la subjetividad de los autores de las constituciones y de las leyes, que cada día cambian de criterio y alteran incesantemente el repertorio de los valores administrativos.

Además, la tesis de que el Estado es quien, a través de sus normas, realiza estas imputaciones axiológicas, no es aceptada por los pensadores más críticos, que buscan estos valores “más allá de las leyes” porque entienden que el Estado no es el único que los establece. Así, Larenz traslada esta facultad a los juristas cuando crean Derecho, Esser y Wieacker a las fuerzas sociales y Zippelius a los jueces puesto que al fin y al cabo son éstos los que en última instancia aclaran y deciden cuáles son tales valores. En el área norteamericana también a mediados del siglo XX se pone de actualidad la atención a elementos metalegales de índole valorativa, que impulsa a algunos jueces a resolver de acuerdo con ellas y no solo de la ley estricta. Aunque los tratamientos teóricos de esta actitud fueron excepcionales como el de Charles Wyzanski (que no por azar era juez) y posteriormente Rutledge. De todas formas nótese que no salimos del subjetivismo cualquiera que sea el bando en que nos coloquemos.

Por lo que se refiere a España no hace falta quebrarse la cabeza para identificar los valores administrativos puesto que la constitución y las leyes nos ofrecen listas interminables de ellos. Sin ir más lejos veamos el texto completo del art. 103.1 de la constitución ya aludido: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Y si vamos a la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, en su artículo tercero nos encontramos con la buena fe, confianza legítima, cooperación, colaboración, eficiencia, servicio a los ciudadanos, transparencia y participación. Si bien el colmo lo encontramos en el artículo tercero de la ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado donde en un alarde de incontinencia se enumeran los principios de jerarquía, descentralización funcional, descentralización territorial, economía, suficiencia, simplicidad, claridad, proximidad a los ciudadanos, coordinación, eficacia, programación, responsabilidad, agilidad y cooperación. Podríamos añadir varias docenas de listas como éstas; pero con lo dicho es más que suficiente. A la Administración española no la faltan valores ni a sus fabricantes imaginación, desparpajo ni productividad.

Y es que el Legislador actual no se inclina por unos determinados valores seleccionados entre los muchos disponibles sino que adopta una *actitud sincrética amontonando* simplemente todos los que conoce aunque ignore su contenido. En el panteón de la Administración pública española hay un altar para todos los valores conocidos y cada ley nueva trae dioses exóticos —los que están de moda en el mundo— aunque luego nadie vaya a adorarles. Debiendo notarse, además, que estos valores que hoy se amontonan eran ayer desconocidos. Los viejos funcionarios no recuerdan que nadie se los inculcase y sería inútil buscar algo parecido en la legislación de la época. ¿Qué se ha hecho —pensamos melancólicamente los viejos funcionarios— de nuestra vieja Administración? ¿Quiénes han osado atribuirle tan pedantescos valores?

FUNCIÓN DE LOS VALORES ADMINISTRATIVOS INSTRUMENTALES: SU INUTILIDAD

Una vez que se recobra el aliento malgastado en la lectura de las innumerables listas de valores y principios que tan frívolamente nos brinda el ordenamiento (de las que las anteriores no son más que una pequeña muestra ejemplificativa) cabe preguntarse si todo esto tiene algún sentido y la respuesta ha de ser necesariamente negativa. Porque es el caso que los valores enumerados no sirven para nada —ni como orientación ni como limitación de los comportamientos públicos— puesto que todo lo cubren, todo lo autorizan. La Administración puede adoptar una decisión o su opción alternativa. Todo vale. Todo depende no de un valor condicionante sino de la voluntad de quienes deciden y de la presión de las circunstancias. Cada día estamos viendo cómo en el mercadillo electoral puede encomendarse a una Comunidad Autónoma la gestión de un servicio (que se justifica con la “descentralización territorial”) mientras que a la vecina se le prohíbe, pueden crearse nuevos organismos públicos (“descentralización funcional”) o, por el contrario, recabarse una vigilancia centralizada del control de gastos (“jerarquía”); pero también, y con igual fundamento, puede hacerse exactamente lo contrario. Hágase lo que se haga, siempre queda atendido por un valor legal.

Este moderno e inmoderado afán de ver valores en todas partes y de imputarlos a la Administración Pública en gruesos racimos ha terminado banalizándolos y, al trivializarlos, ha esterilizado su hipotética función. Decir que todo es valioso equivale a negar la existencia del valor.

Los valores administrativos no son sólo inútiles porque habilitan a la Administración para que actúe en cualquier dirección sino también, y sobre todo, por su carácter exclusivamente formal. Con ello se quiere decir que carecen de mecanismos eficaces de realización en cuanto que su aplicación real puede ser bloqueada por las fuerzas contrarias de la corrupción, la resistencia burocrática y la interferencia política. Que esto sucede así actualmente es un hecho empíricamente verificable y que los ciudadanos perciben intuitivamente. De la misma manera que tampoco funcionan los mecanismos de control tanto administrativos como judiciales y políticos. A este respecto la situación es tan evidente que, aun no contando con datos estadísticos de incumplimiento, la conciencia social de su existencia es manifiesta.

Con una corrupción generalizada y más todavía con la práctica de infracciones legales impunes, paralizados los mecanismos de corrección interna, desbordadas las instituciones judiciales de revisión y desviada la vigilancia política, los valores normativos se han convertido en letra muerta.

La cuantificación de estas irregularidades puede ser discutida puesto que no se han realizado medidas fiables ni siquiera aproximadas; por lo que hay que limi-

tarse a denuncias imprecisas (“generalmente”, “de ordinario”) , siendo muy escasas las precisas. Pero la existencia no se pone ya en duda.

Una situación que coloca a los juristas en una encrucijada dogmática. Para unos basta con que los valores aparezcan en las normas: eso ya es Derecho y su efectividad es cosa menor, propia de sociólogos. Mientras que para otros el Derecho normado es lo de menos puesto que lo que cuenta es el Derecho aplicado: no el Derecho escrito, en suma, sino el Derecho vivido.

De aquí las dos posiciones antitéticas respecto de la cuestión que nos ocupa. Los formalistas dan por buenos los valores recogidos en la constitución y en las leyes sin preocuparse de la medida de su realización. Y los realistas, por el contrario, consideramos que las normas que no son efectivas carecen de sentido y son inútiles. Lo que importa consignar aquí es que cuando el jurista se ha situado en un bando, de él ya no se mueve nunca y que el diálogo es tan imposible que en España ni siquiera se intenta y las relaciones —caso de haberlas— se limitan a descalificaciones despreciativas. Este planteamiento que distingue entre el “Derecho normado” y el “Derecho practicado” ha superado ciertamente los dilemas tradicionales que enfrentaban a los positivistas y a los partidarios de la justicia material o a los subjetivistas y a los objetivistas; pero forzoso es reconocer que seguirnos sin encontrar roca firme que ofrezca seguridad y certidumbre a los juristas y a los ciudadanos. Acepte quien quiera estos pintorescos repertorios de valores y sigan elaborándoles sus incansables redactores, que los juristas y los funcionarios experimentados no se dejarán deslumbrar por señuelos tan burdos.

CÓDIGOS DE CONDUCTA

La cuestión que estamos tratando nos lleva directamente a otra más profunda: la de las relaciones entre Derecho y Ética, en la que no me atrevo a entrar en esta ocasión porque nos llevaría demasiado lejos y, sobre todo, porque hace falta demasiada audacia para hacerlo en presencia de la autoridad de Gregorio Robles. Resulta imprescindible, no obstante, aludir a los códigos de conducta funcionariales, que la tenacidad de un puñado de políticos y de algunos profesores ha conseguido imponer en el reciente Estatuto del Empleo público.

En esta ley —sabrosa caricatura de ejemplos anglosajones— se recogen nada menos que doce llamados “principios éticos” y otros once llamados “principios de conducta” que desmenuzan con prolijidad los que se llaman “principios del código de conducta”, que a pesar de su redundancia vale la pena transcribir para asombro de sufridos ciudadanos: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, aus-

teridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Hay quién de más?

Esta innovación legislativa ha provocado auténtico regocijo tanto en los juristas como en los funcionarios y no hay indicios de que con esta literatura se haya mejorado mucho la actuación administrativa, confirmando la tesis de la inutilidad de los valores en el ámbito administrativo, y menos cuando se toman con tan poca seriedad. Sin que proceda esbozar aquí, naturalmente, su análisis jurídico, es imposible ocultar la perplejidad que produce leer en una ley consensuada de forma expresa con los sindicatos y las Comunidades autónomas, que se incite a los empleados públicos a ser honrados y austeros (tal como suena). Teniendo en cuenta las fechas se puede perdonar a los constituyentes de 1812 que incluyeran en el texto la afirmación de que todos los españoles son justos y benéficos; pero ya resulta más difícil respetar hoy la pretensión de moralizar tan infantilmente a la Administración pública justo doscientos años después.

En los últimos años el legislador español, víctima de la moda –pretendiendo homologar a las Administraciones públicas españolas con las más avanzadas de Europa (recuérdese el Informe Nola inglés), de Estados Unidos y de los organismos internacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa, OCDE) se ha embarcado en un proceso frenético que, por supuesto, ha llegado a las Comunidades Autónomas. El paso más significativo ha sido el “Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado”, aprobado en febrero de 2005 en el que aparecen los lugares comunes más pedestres ahora pomposa y gratuitamente autoproclamado “pacto de los poderes públicos con los ciudadanos”. He aquí un ejemplo más, incluso paradigmático, de la inutilidad de estas solemnes proclamaciones de valores o “principios éticos”.

Una cosa es la moda para lucimiento de becarios en el extranjero y premio de esforzados asesores y otra la funcionalidad de las normas. Lo que es útil para los empleados de la OCDE o de algún municipio norteamericano, ya no lo es tanto para los empleados públicos españoles que disponen de un grueso volumen de legislación sectorial y de bibliotecas enteras de jurisprudencia donde sus derechos y deberes están ya pormenorizados hasta en sus más mínimos detalles. El funcionario español no peca precisamente por ignorancia ni necesita letanías moralizantes de códigos de conducta, puesto que desde Felipe II todos los burócratas saben hasta dónde pueden llegar lícitamente.

DE LOS VALORES INSTRUMENTALES A LOS SUPERIORES

Podrá objetarse a lo anterior que esta proliferación de opciones alternativas, y su subsiguiente inutilidad, sólo operan en los escalones axiológicos inferiores

y que es explicable que para el Legislador sea igualmente valiosa la eficacia y la eficiencia con tal que una de ellas sea instrumento útil para lograr el valor superior del servicio de los intereses generales.

Ahora bien, ¿qué son esos valores superiores tan excelsos y elevados? Los hombres que viven en las llanuras y en los valles no saben lo que hay en las cimas de las cordilleras, envueltas en nubes, rodeadas de hielos y barrancos. Son inaccesibles: llegar hasta allí es una aventura y —nótese bien— siempre se baja con las manos vacías y algunos desvaríos provocados por la altura y la falta de oxígeno de la realidad.

Hace justo veinte años publiqué un largo estudio sobre esos famosos intereses generales (hoy en *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*, 2001) donde tuvo la erudita paciencia de analizar más de una docena de refinadas versiones de tales intereses, para llegar a la conclusión, hoy comúnmente aceptada, de que *los intereses generales son aquellos que el Estado ha declarado como tales*, con fundamento o sin él, con respaldo social o sin él.

La Administración tiene una varita mágica con la que todo lo que toca se convierte en interés general. Para la Administración no hay espacios cerrados puesto que con la ganzúa de una declaración de interés general puede abrir todas las puertas e invadir cualquier esfera por respetable, y aún sagrada, que parezca. Nada más sencillo que una declaración formal de interés general, de tal manera que de interés general es la retrasmisión televisiva de ciertos partidos de fútbol y de otros no; de interés general el fomento de ciertas actividades privadas y de otras iguales no; sin olvidar que con el tiempo lo que ayer estuvo subvencionado hoy está prohibido y todo porque así lo autoriza el interés general declarado por quien va a aprovecharse de él.

Lo mismo puede decirse del valor supremo de la Justicia: ese monte Everest tan alto que ya flota entre la Tierra y el Cielo. Al análisis teórico y empírico de la Justicia he dedicado buena parte de mi vida (*cfr. El arbitrio judicial*, 2 ed. 2007 y *Balada de la Justicia y la Ley*, 2002) para constatar al final —con tanta modestia como convicción— que Justicia es lo que sale de la boca del Príncipe o, por mejor decir, que el Príncipe es el único que puede disfrazar sus fechorías con tan augusto nombre y que a los demás sólo nos cabe disentir o a todo lo más discutir, aun a sabiendas de que con fajos de páginas emborronadas y catálogos de conferencias no se puede detener la marcha de la apisonadora pública.

EFEECTO PERVERSO DE LOS VALORES

Los juristas tradicionales atribuyen a los valores dos funciones excelsas: por un lado, al inspirar y orientar toda la acción pública, imponen un límite al Poder ya que en ningún caso puede éste desconocerlos; y por otro es el único título legitimador de la Administración (del Estado, del Poder en general) puesto que sin ellos perdería su fundamento. Esto se da por sabido, mas veamos hasta qué punto es cierto.

Por lo pronto los valores no cumplen la primera función, antes al contrario sirven para justificar cualquier avasallamiento de derechos incluidos los fundamentales. A la historia y a la actualidad me remito e incluso hoy la situación se ha agravado por la indicada proliferación de valores normativamente proclamados, contrarios entre sí, que permiten actuar a la Administración Pública en el sentido que más le convenga: la libertad individual de producir y aspirar humo de tabaco se desconoce invocando la protección del valor superior de la salud pública; y la libertad de expresión se desconoce invocando la protección del valor superior del honor o la intimidad. Unos cuantos individuos —con casaca ministerial, chaqué parlamentario o toga judicial— deciden en cada caso cuál es el valor decisivo y sin mucho esfuerzo le encuentran siempre en las bien provistas alacenas del *Boletín Oficial*.

Cuando dos valores entran en conflicto, la arbitrariedad está asegurada y perdido definitivamente el valor superior de la seguridad jurídica. Piénsese en el conflicto resuelto por la reciente “ley Sinde”. ¿Qué valor se prima de los que están en conflicto? Cualquiera que sea la solución, uno prevalecerá y el contrario tendrá que ceder y a la postre quien decide es el Poder. Scheler sostenía que entre los valores había una relación de jerarquía y, formada una escala de ellos, la posición de cada uno decidía el conflicto. Si hubiera, en efecto, tal escala desaparecería, al menos, la arbitrariedad, pero nadie se ha atrevido nunca a establecerla porque los valores no pueden ser medidos ni pesados y menos en abstracto. Rickert propuso una escala de urgencias, con el mismo fracaso. Cada conflicto nos coloca en una situación de incertidumbre, de la que sólo nos sacará la decisión, siempre impredecible, del Poder.

Dentro de esta incertidumbre sistémica en que vivimos (que hace ilusorio el disfrute de cualquier otro valor) el meollo de toda actuación pública —desde los sesudos razonamientos del Tribunal constitucional hasta la más humilde de las decisiones administrativas— gira en torno de un conflicto de valores respetables e incompatibles. Subvencionar una empresa concreta está a caballo entre el valor igualdad y el valor de fomento de la economía nacional: cualquier decisión que se tome ha de ser por tanto legal. La práctica del botellón callejero está a caballo entre la libertad individual y el derecho al descanso de los vecinos: si tenemos la desgracia de vivir en su área de influencia sólo el azar podrá salvarnos o hundirnos en cuanto que el azar decidirá si caemos bajo la jurisdicción de un ayuntamiento que esté a favor o en contra del valor del descanso nocturno.

LEVIATHAN LEGITIMADO POR LOS VALORES SUPERIORES

La más importante función de los valores es la de legitimar al Estado. Hoy se considera que un Estado que no respeta y realiza ciertos valores no está legitimado. Desde la perspectiva europea la legitimación básica e imprescindible del Poder es la que proporciona la democracia y el racimo de valores y libertades que ésta lleva consigo. Pero desde otras perspectivas culturales es la Religión la que legitima, o la nacionalidad, o la raza o la revolución.

Esta función legitimadora de los valores produce literalmente escalofríos cuando se piensa en los Poderes legitimados por un valor que consideramos perverso, como los que legitimaron en su día a la Alemania nazi, a la Unión Soviética y hoy a muchos regímenes que juzgará la Historia por mucho que todos exhibieran, y exhiben, con orgullo los valores de apoyo.

Yo veo, sin embargo, en los valores superiores la máscara de Leviathan, cuya dominación legitiman. No hablo, por tanto, solamente de *Poderes escondidos detrás de una máscara perversa sino de Poderes perversos escondidos detrás de una máscara beatífica* pero engañosa. Y creo que importa reconocerlo así para poder levantar tal máscara y tener el valor de mirar al monstruo cara a cara. El hábito no hace al monje.

¿Es que somos incapaces de aprender nada de la Historia? Con el evangelio en una mano y la espada en la otra nuestros antepasados expulsaron a los musulmanes de España (que antes habían llegado aquí con razones similares). La Religión —cuya condición de valor superior es indiscutible— legitimó aquella proeza como luego legitimaría la menos gloriosa de expulsión de los judíos y la hazaña épica de la conquista de América y el expolio de los indios.

En el siglo XIX se abandonó la Religión para invocar, como más idóneo, el constitucionalismo: un simple cambio de máscara y pretexto. El constitucionalismo se impuso a hierro y fuego sobre media España que no lo quería y con cinismo se excluyó de sus miríficos beneficios a los españoles —criollos, negros y pardos— de Ultramar. Luego se descubrirían los valores superiores de la Democracia, del Trono, de la Patria grande y chica, de Nación y de tantos otros con los que nos convencen, aunque ahora felizmente no por el hierro y por el fuego sino por otras armas más sutiles y eficaces. Pero todavía huele a pólvora en Europa y en el mundo y la farsa continúa. ¿Qué nos impide reconocer lo evidente? En verdad que cuando veo las máscaras de la nación grande y chica, del progreso, de la constitución, de la igualdad, del liberalismo, del intervencionismo y de todos los valores superiores en curso me echo a temblar porque siento la presencia del *Leviathan* enmascarado.

Los valores superiores legitiman el Poder cualquiera que sea éste: lo que resulta muy peligroso. Son la cara amable de la dominación, la vaina dorada que enfunda y oculta la espada de acero. Los que permiten decir al león que devora no *quia nominor leo* sino *quia bonus et superior sum*. ¿Qué Poder no cuenta con un buen abogado que le proporciona un valor superior para legitimar sus tropezadas? La vieja y denostada razón de Estado ha vuelto a nosotros con un nombre más respetable.

En resumidas cuentas: los valores que las normas jurídicas (desde la constitución a los códigos de conducta) imputan a las Administraciones públicas son en el mejor de los casos superfluos o inútiles y en el peor de los casos perversos. Pero tampoco hay que prestarles demasiada atención porque, salvo para un puñado de profesionales, que de su elaboración y exégesis viven, ni los políticos, ni los funcionarios las dan la menor importancia. Sencillamente no creen en ellos y por descontado no los practican seriamente. Son filósofos sin saberlo desde el momento en que aceptan y aplican a pies juntillas la sabia doctrina de Wittgenstein: “En el mundo no hay ningún valor y aunque lo hubiera no tendría valor alguno; y de haber algún valor que tuviese valor, éste habría de quedar fuera de cuanto ocurre (...) De aquí la imposibilidad de las proposiciones éticas”. (*Tractatus lógico-philosophicus*: 6.4.1 y 6.42).

En resumidas y concretas cuentas: Las Administraciones públicas carecen de valores propios y los que se le imputan desde fuera —desde la constitución, la leyes y los códigos de conducta— en el mejor de los casos son inútiles (por superfluos, contradictorios y triviales) y en el peor de los casos tienen un efecto perverso puesto que con ellos se pretenden legitimar los excesos del Poder y aun el Poder mismo con abstracción de la impureza de su origen y de lo torticero de sus fines.

EL CONSTRUCTIVISMO DE DIEGO GRACIA

Hace unas semanas hemos tenido el privilegio de escuchar una lección auténticamente magistral de nuestro nuevo compañero Diego Gracia, en la que dentro de la mejor herencia de la filosofía española moderna, ofreció una salida — el constructivismo— al bloqueo intelectual provocado por la conocida antítesis entre el absolutismo y el subjetivismo axiológico. Una postura brillante que por admiración personal y cortesía académica merece un comentario, un inicio de diálogo. Mas ¿qué puede decir un jurista sobre tan estupenda idea?

Que es admirable y digna de ser difundida, pero que carece en absoluto de relevancia social y menos aún política. La construcción de valores a través de una deliberación moral —tal como en ella se propone— es una utopía y únicamente como tal puede aceptarse. Las utopías son por definición irrealizables. En la histo-

ria no se ha conocida ninguna que se haya realizado. Nadie ha visto la *civitas Dei in terra*, nadie ha firmado un contrato social, nadie ha disfrutado de la dictadura del proletariado. Quien ha presenciado una sesión parlamentaria, visto una tertulia televisiva o escuchado un encuentro de candidatos políticos sabe hasta dónde llegan las deliberaciones sobre la praxis (otra cosa son los diálogos intelectuales). No vale la pena perder el tiempo en deliberar y ni siquiera discutir porque ya lo hace el Legislador por nosotros. Con todo mi respeto y admiración por Diego Gracia y sus correligionarios, estoy seguro de no vivir lo suficiente para ver instalados en la Administración española los valores que ellos construyan. Los sacerdotes de esta religión —los Perelman, Rawls, Cortina, Gracia— pretenden imponer el culto de la Diosa Deliberación, hija de la Dios Razón, pero se olvidan de que su reino no es de este mundo: el de los intereses y pasiones, pétreamente insensibles a conjuros éticos y filantrópicos. Con todo, nada hay más reconfortante personalmente que esta fórmula. Porque con ella se apacigua la angustia vital del individuo que se siente desvalido ante unas fuerzas sociales que parecen estar más allá de su alcance. El constructivismo, no obstante, le brinda la oportunidad de participar directamente en ese juego. Esta es la paradoja: una utopía racional basada en unos fundamentos irracionales, en una incomodidad nacida no se sabe dónde.

La construcción de valores es una de las aventuras más atractivas del intelecto y una de las tentaciones más dignas del ciudadano consciente. Pero habrá que estar muy alerta porque en la actualidad se ha convertido en una profesión —propiciado oficialmente por las Administraciones Públicas y docenas de Organismos y Fundaciones— que termina siendo dañina puesto que sus frutos, previamente esterilizados y banalizados, pueden aparecer un día en algún Boletín Oficial y en las maquinarias de la propaganda política. Aunque debemos distinguir entre las frívolas enumeraciones de un legislador preocupado estéticamente por las modas y los hercúleos esfuerzos de un filósofo comprometido que nos invita a embarcarnos en una hermosa utopía. El propósito de Diego Gracia es sencillamente irrealizable, imposible porque no podrá superar nunca los tests o requisitos de viabilidad.

- a) Por lo pronto el consenso —como resultado de una deliberación racional— sólo es posible entre sujetos que hablan el mismo lenguaje, o sea, los que comparten el mismo “juego de lenguaje”. Y por ello el sentido de los valores (por ej. el de la buena administración) es incommunicable entre un académico, un seguidor político, un inmigrante asiático, un parado andaluz y un oficial de artillería.
- b) Aceptado el hipotético consenso de un grupo homogéneo que utilizase las reglas del mismo juego de lenguaje, se trataría de “enunciados correctivos” (de “debería ser”): un discurso ético que tendría posteriormente que traducirse a “enunciados prescriptivos” (del “deber ser” nor-

mativo legal), o sea, convencer al Legislador. Y aun así, nada se conseguiría con ello puesto que los enunciados prescriptivos no son performativos.

- c) Habría que dar, por tanto, un tercer salto para llegar a la realidad y poder emitir “enunciados denotativos” que constataren esa realidad. Un triple salto mortal propio de acróbatas académicos y no de ciudadanos sensatos.

Vistas así las cosas, las tesis de Diego Gracia son un desiderátum del primer escalón, un azar del segundo y una imposibilidad del tercero porque de la misma manera que no se puede saltar de los hechos al deber ser, es más difícil todavía saltar del nivel ético del deber ser al ser de las prácticas administrativas.

FINAL

Quisiera hacer, para terminar, una última reflexión. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas es un observatorio inmejorable, una especie de sismógrafo desde el que pueden registrarse los cambios de valores de una sociedad. Ahora bien, los que aquí vivimos no somos caballeros del Santo Sepulcro empeñados en custodiar valores periclitados ni tampoco aventureros empeñados en destrozar otros o en imponer los que traen una ideología de moda que el mismo viento que los trae se encargará de disipar. En cualquier caso, el primer valor de esta Casa es el respeto a las opiniones razonadas y por ello me he atrevido hoy —en este “debate de los valores” que estamos desarrollando en el presente curso— a levantar la voz, tan débil como respetuosa de un antiguo y fiel devoto del relativismo axiológico. Y es que —amparándome de nuevo en la autoridad de Wittgenstein— “el mundo es como es y lo que aquí acaece es lo que acaece”. Lo demás son fuegos artificiales.

