



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

**ENTRE LA MORAL, LA POLÍTICA Y EL
DERECHO:**

**El pensamiento filosófico y jurídico de
Gregorio Peces-Barba**

Autor:

Reynaldo Bustamante Alarcón

Director:

Rafael de Asís Roig

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS**

Getafe, junio de 2008

TESIS DOCTORAL

ENTRE LA MORAL, LA POLÍTICA Y EL DERECHO:

El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba

Autor: Reynaldo Bustamante Alarcón

Director: Rafael de Asís Roig

Firma del Tribunal Calificador:

	Nombre y apellidos	Firma
Presidente:		
Vocal:		
Vocal:		
Vocal:		
Secretario:		

Calificación:

Getafe, de de 2008

A Dios, por todo, en especial por la gracia
de la fe y la luz de la razón.

A mi familia, por ser apoyo de mi fe y parte
de la razón de todo cuanto hago.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I-VII
--------------	-------

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA E ITINERARIO IDEOLÓGICO

I.	Presentación	1
II.	Los elementos metodológicos e ideológicos	9
	1. La razón situada en la historia	10
	2. La influencia de la Modernidad y de la Ilustración	20
	2.1. Principales aportes tomados del proyecto ilustrado y moderno	25
	2.2. Un proyecto remozado y vigente: Críticas y respuestas	33
	3. Una visión de la política orientada al desarrollo humano. Los obstáculos que dañan la política	42
	4. La influencia del socialismo democrático	54
	4.1. El socialismo democrático y la construcción de la sociedad socialista	64
	4.2. La integración de la dimensión ética del socialismo democrático con el liberalismo político progresista	69
	5. La influencia del republicanismo	75
	5.1. Virtudes cívicas y vicios ciudadanos. La pedagogía de la libertad	78
	5.2. Ciudadanía y patriotismo constitucional. La relación del individuo con su comunidad y los deberes fundamentales	86
	5.3. La libertad como no dominación frente a la libertad como no interferencia	92
III.	Un modelo de relación entre la moral, el poder y el Derecho	103
	1. Un normativismo realista: la apertura a la realidad social. La conexión del poder con el Derecho y la primera posición sobre la moral	107
	2. Un positivismo flexible: la incorporación de la moralidad. La segunda posición sobre la moral y la visión tridimensional de lo jurídico	120

CAPÍTULO II

**LA CONCEPCIÓN SOBRE LA PERSONA Y LA
DIGNIDAD HUMANA**

I.	Consideraciones generales	139
II.	Una concepción humanista sobre la persona y la dignidad humana	143
1.	El ser humano concebido como persona y la eminente dignidad que le corresponde	144
1.1.	Ser humano, individuo y persona. El significado de ser persona	145
1.2.	El camino filosófico de la dignidad. La dignidad como punto de partida y punto de llegada	153
2.	Un humanismo personalista, comunitario y abierto a la trascendencia	160
2.1.	La influencia del personalismo cristiano	162
2.2.	El personalismo comunitario: El equilibrio personalista	168
3.	Un humanismo antropocéntrico secularizado	176
3.1.	Hacia una visión antropocéntrica secularizada. El desarrollo histórico de la dignidad humana	177
3.2.	La persona como centro del mundo y centrada en el mundo. La opción por la laicidad, no por el laicismo	185
III.	El fundamento de la idea de persona y de dignidad humana	191
1.	El dinamismo de la libertad: de la libertad de elección a la autonomía moral. La estructura moral de la condición humana	192
2.	Los rasgos diferenciadores del ser humano. El discurso de las capacidades, potencialidades y posibilidades	198
2.1.	Las capacidades que distinguen al ser humano modélico. Una visión abstracta y renacentista	200
2.2.	El complemento del discurso: la diferencia de las capacidades, las potencialidades y posibilidades	208
IV.	El primado de la persona: la dignidad como fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho	213

CAPÍTULO III

LA MORAL DE LA LIBERTAD

I.	Categorías, problemas y perspectivas	227
II.	Una moral humanista. El equilibrio entre los principios de autonomía y universalidad	234
III.	Una moral afín a las Éticas basadas en el consenso, contractual o comunicativo, de raíz kantiana	242
	1. El procedimiento de las Éticas contractualistas	245
	2. El procedimiento de las Éticas comunicativas	261
IV.	Una moral que distingue entre ética pública y ética privada	278
	1. La ética privada como camino hacia la autonomía moral	285
	2. La ética pública como justicia del orden social	292
	3. Conexiones y patologías. Los casos de difícil distinción	311
	4. El paso de la ética pública al Derecho a través del poder político	319
	5. La ética pública expresada en los valores libertad, igualdad, seguridad y solidaridad	322
	5.1. La libertad social, política y jurídica: protectora, promocional y participativa	326
	5.2. La igualdad: igual libertad e igualdad para la libertad	329
	5.3. La seguridad: en relación con el poder, el Derecho y la sociedad	333
	5.4. La solidaridad: la cooperación y la responsabilidad	335
V.	La intervención del poder y del Derecho en la libertad de elección de las personas	339

CAPÍTULO IV

**ESTADO DE DERECHO:
LA LEGITIMIDAD DEL PODER Y LA JUSTICIA
DEL DERECHO**

I.	Problemas, perspectivas y modelos	347
II.	La legitimidad del poder: El Estado de Derecho en su vertiente política	365
	1. Un Estado único, abierto, institucionalizado y complejo. El poder como hecho fundante básico	367
	2. Un poder democrático, legitimado tanto en su origen como en su ejercicio. La apertura hacia la democracia deliberativa y la primacía del Parlamento	379

Índice

3. Un poder limitado y organizado por el Derecho	395
3.1. La dimensión de limitación. Los derechos fundamentales como límites al poder	398
3.2. La dimensión de organización. Los principios que organizan el poder	404
4. Un poder que funciona según el principio de las mayorías y el de la negociación. Límites y patologías	408
III. La justicia del Derecho: El Estado de Derecho en su vertiente jurídica	419
1. Un Derecho concebido como fenómeno tridimensional. El Derecho como conjunto de normas y subsistemas jurídicos	420
2. Un Derecho concebido como sistema normativo estatal, a partir de una norma fundante básica de identificación de normas	427
3. Los valores superiores	437
4. Los derechos fundamentales. Del dualismo al trialismo en la concepción de los derechos	448
4.1. La concepción dualista de los derechos fundamentales. La dimensión ética y jurídica. El rol del poder político	456
4.2. La concepción trialista de los derechos fundamentales. La dimensión de la eficacia: El problema de la escasez	465
5. Los principios jurídicos	473
6. Un Derecho cuya interpretación se conecta necesariamente con criterios de política y de moralidad	483
CONCLUSIONES	489
ANEXO	499
BIBLIOGRAFÍA	507
1. Bibliografía de Gregorio Peces-Barba	507
2. Bibliografía general	519

INTRODUCCIÓN

En 1970 decía el joven profesor Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (Madrid, 1938), que en una sociedad a la altura de nuestro tiempo: “el abogado cumple una misión de importancia suma por su especialización en postular la justicia y por su profesionalidad en la defensa de los Derechos del Hombre”¹. Varias décadas después, al aproximarnos al testimonio de su vida, a su enseñanza y condición de maestro reflejada en varias generaciones de discípulos, a la producción científica y profesional de la que ha sido autor o partícipe, se puede comprobar su empeño por ser coherente con esos ideales que fijó en sus pasos iniciales: una vida dedicada a la opción por la persona y la defensa de sus principales derechos; un esfuerzo constante por la realización social de las exigencias de justicia, a fin de alcanzar una convivencia justa y reconciliada. Esa es una de las razones que me motivaron a elegirlo como el autor materia de esta investigación. Completan mis motivos la vocación integradora que caracteriza su pensamiento, su marcada propensión por promover la dignidad del ser humano, su experiencia académica, política y jurídica, así como sus reconocidos aportes para la cultura jurídica de nuestro tiempo². Son circunstancias que enriquecen su pensamiento, lo hacen sugerente y positivamente complejo. Se trata de un autor que presenta una nota característica: la incesante búsqueda de una filosofía jurídica y política humanas, así como de una

¹ “La misión del abogado”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, N° 83-84, agosto-septiembre de 1970, p. 19.

² Aportes que, entre otros actos de reconocimiento, han dado lugar a los *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, compuestos por cuatro volúmenes que reúnen alrededor de 200 trabajos de autores que, coincidentemente con la jubilación de nuestro autor, han querido expresarle así su reconocimiento. Tales trabajos han sido organizados en función a los grandes temas en los que pueden agruparse las contribuciones académicas de nuestro autor, a saber: Volumen I: “Entre la Ética, la Política y el Derecho”; Volumen II: “Teoría y metodología del Derecho”; Volumen III: “Teoría de la justicia y derechos fundamentales”; y, Volumen IV: “Historia y Filosofía política, jurídica y social”.

sociedad organizada a favor de la persona. En ese sentido, es un humanista. Su marcado interés por la libertad de elección y la autonomía moral del individuo, su propensión por la secularización, el papel que otorga a la razón, su manera de actuar en forma libre, autónoma y participativa, en el progreso de su sociedad y la forja de su propio destino, autorizan a calificarlo como un ilustrado³. Estamos ante uno de los autores más representativos de la filosofía jurídica española, cuya vida ha sido dedicada al estudio y promoción de los derechos fundamentales, a la configuración de un Estado de Derecho, así como a la construcción de una sociedad democrática⁴. Su actividad académica ha sido enriquecida por una vasta experiencia docente –a la que ha dedicado buena parte de su vida–, por el ejercicio de la abogacía –especialmente en la defensa judicial de los derechos humanos a la que se dedicó algunos años–, por la lucha en la recuperación de la democracia, así como por la labor política donde le cupo una participación destacada. Vivencias que reúnen en una sola persona la experiencia del filósofo, del profesor, del abogado y del político, permitiéndole una reflexión más integral sobre los fenómenos morales, políticos y jurídicos⁵.

Confirman estas afirmaciones la defensa de los derechos humanos que ejerció en los procesos políticos durante la dictadura de Franco; su oposición al régimen franquista por el que padeció un confinamiento político; su participación en el Partido Socialista Obrero Español; la actividad como Diputado por Valladolid que desarrolló en tres legislaturas –las de 1977, 1979 y 1982–; su trabajo en la ponencia constitucional que le mereció ser reconocido como uno de los “Padres de la Constitución Española”; la Presidencia del Congreso de los Diputados que ejerció desde 1982 a 1986; su vida

³ Utilizo aquí el término “ilustrado” para significar aquella persona que actúa según cierto *modo de proceder*: libre, autónomo, que tiene como única herramienta del conocimiento a la razón, desprovista de todo tipo de dogmatismos y de oscurantismos, pero con un espíritu crítico, orientado por una dimensión ética al servicio del ser humano. Es el sentido que le daban KANT, MENDELSSOHN, HAMANN, WIELAND, entre otros (vid al respecto: *¿Qué es Ilustración?*, –Colección Clásicos del Pensamiento–, segunda edición, traducción de Agapito Maestre y José Romagosa, estudio preliminar de Agapito Maestre, Tecnos, 1989).

⁴ Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, por ejemplo, da cuenta de que con sus obras científicas PECES-BARBA “culmina una dilatada labor de investigación iniciada en 1973 con la publicación del volumen sobre *Derechos Fundamentales. [I]. Teoría [G]eneral*, que constituyó en su día la primera obra de conjunto sobre la materia publicada en España; con el mérito adicional de haber aparecido en una época en la que todavía la defensa de las libertades entrañaba un riesgo, que el profesor Peces-Barba no dudó en arrostrar.” (“Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 1092).

⁵ Algunas de estas notas han sido destacadas por Virgilio ZAPATERO en su artículo: “Las Huellas de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 1343-1355.

académica dedicada a la docencia universitaria desde 1962 y prolongada por más de 40 años; su condición de Rector de la Universidad Carlos III de Madrid; su labor fundacional en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de esta universidad, y antes en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de dicha ciudad; su incorporación como académico de número a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España; sus varias decenas de libros y artículos científicos que forman parte de su obra académica, así como sus centenares de artículos periodísticos que forman parte de su acción social y política. Su obra ha traspasado las fronteras españolas, no sólo a través de su producción académica, sino también a través de varias generaciones de investigadores, doctores y profesores cuyo magisterio ayudó a surgir⁶.

⁶ Vid sobre estos temas las referencias que hace el propio autor en sus libros: *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1996, todo el libro; y *La España civil, –Voces Libres–*, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2005, pp. 272-279. La referencia a su producción bibliográfica y a sus discípulos aparece en las pp. 278 y 276-277 respectivamente, de este último libro. Aunque ambas obras no son una autobiografía, ni un volumen de memorias, buena parte de ellas contienen una serie de anotaciones de carácter biográfico a los que se puede acudir para conocer los datos más relevantes de la biografía de PECES-BARBA. También puede acudirse, con similar propósito, a: FERNÁNDEZ, Eusebio. “Gregorio Peces-Barba. Apuntes biográficos”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 453-463.

Entre los trabajos de PECES-BARBA que han sido traducidos a otros idiomas y publicados fuera de la frontera española, podemos mencionar los siguientes: En Italia: (i) “Sul fondamento dei diritti umani: un problema della morale e del diritto”, en: *Sociologia del diritto*, traducción de Valerio Pocar, Volumen 16, Nº 1 (genn. –apr. 1989), pp. 101-116; (ii) “Diritti e doveri fondamentali”, en: *Digesto*, traducción de Eduardo Roza Acuña, Volumen 5, 1987-1991, UTET, Torino, pp. 139-159; (iii) *Teoria dei diritti fondamentali*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas, la cura de Vincenzo Ferrari, la traducción de Letizia Mancini y la presentación de Norberto Bobbio, Milano - Dott. A. Giuffrè, 1993; (iv) “Dall’uguaglianza normativa all’uguaglianza reale. La riserva di quote elettorali per le donne”, en: *Teoria politica*, Volumen 15, Nº 2-3, 1999, pp. 235-246; (v) “Diritti sociali: origine e concetto”, en: *Sociologia del diritto*, traducción de Andrea Greppi, texto de la conferencia impartida en la Universidad de Milán el 26 de Octubre de 1999, Volumen 27, Nº 1 (genn. –apr. 2000), pp. 33-50; (vi) “Il contributo della filosofia del diritto alla Costituzione spagnola del 1978”, en: *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, traducción de Andrea Greppi, con la cura de Vincenzo Ferrari, Paola Ronfani y Silvia Stabile, Franco Angeli, Milano, 2001, pp. 683-696. En Francia: (i) “Depasser les nationalismes”, en: *La nouvelle revue socialiste*, Nº 36, Diciembre de 1978, p. 49 ; (ii) “Une définition normative du droit”, en: *Droits: revue française de théorie*, Nº 11, 1990, pp. 51-54 ; (iii) “Droit et pouvoir: le pouvoir et ses limites”, en : *Revue du droit public et de science politique en France et a l’étranger*, Année 115, Nº 5, Septiembre-Octubre de 1999, pp. 1263-1281; (iv) *Théorie générale des droits fondamentaux*, traducción de Ilié Antonio Pelé, presentación de Samir Naïr y prefacio de André-Jean Arnaud, LGDJ, París, 2004. En Alemania: “The majority principle seen from philosophy of law”, en: *Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, pp. 71-82. En Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica: (i) “Reflections on economic, social and cultural rights”, en: *Human rights law journal*, traducción de Robert Norris, Volumen 2, Nº 3-4, Julio-Diciembre de 1981, pp. 281-294; (ii) “Legal security from the point of view of the philosophy of law”, en: *Ratio juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Volumen 8, Nº 2, Julio de 1995, Oxford, pp. 127-141; (iii) “Fundamental rights: between morals

Su contribución a la cultura jurídica de nuestro tiempo ha recibido el reconocimiento internacional. Norberto BOBBIO ha destacado sus virtudes, en especial su teoría de los derechos fundamentales, calificándola como una “*elaboración teórica original*”⁷. Samir NAÏR ha dicho de él que “es indiscutiblemente uno de los grandes pensadores de la España democrática y, más aún, uno de los teóricos de referencia en Europa y en América Latina”; añadiendo que su teoría es el “pensamiento sólido y original de uno de los grandes intelectuales de nuestro tiempo. Un pensador libre”⁸. Vincenzo FERRARI no ha tenido reparos en subrayar:

“No es casual que el profesor español se sitúe entre los mayores especialistas de esta materia, a pesar de que a ella está dedicada tanta literatura contemporánea. La insistencia y la pasión con la que este autor ha tratado [el] tema a lo largo de casi tres décadas hacen de él casi un personaje-simbólico en la comunidad científica internacional, también por la actividad pública que ha desarrollado [...]. Su actividad intelectual se ha desarrollado siempre en el filo entre la teoría y la praxis, en busca, como él dice, ‘de un paradigma’ que exprese ‘no cualquier posible relación teórica’, sino la relación más pura, la relación racional, ‘entre ética, política y Derecho’, que sirva a un mismo tiempo como criterio de interpretación de la historia humana contemporánea, de la Ilustración en adelante, y como guía para la acción.”⁹

Esta investigación tiene por objeto examinar parte de la obra científica de PECES-BARBA. Concretamente, sus aportes a la Teoría de la Justicia para contribuir a la construcción y fortalecimiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática, es decir una “sociedad bien ordenada”. A través de su estudio encontraremos materiales adecuados para avanzar en el camino del conocimiento y en el despliegue de esa sociedad; siempre de la mano de la *praxis* y a la luz de la razón. Lo que se pretende es reconstruir su edificio teórico fijando los fines que persigue, examinando los elementos que utiliza en su edificación y analizando cada uno de los niveles en los que consiste. Una empresa nada sencilla, pues su obra intelectual es muy vasta y compleja. Comprende temas que van desde la Filosofía Moral, la Filosofía Política hasta la Filosofía del

and politics”, en: *Ratio juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Volumen 14, Nº 1, Marzo del 2001, Oxford, pp. 64-74.

⁷ “Presentazione”, en: PECES-BARBA, Gregorio. *Teoria dei diritti fondamentali*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas, la cura de Vincenzo Ferrari, la traducción de Letizia Mancini y la presentación de Norberto Bobbio, Milano - Dott. A. Giuffrè, 1993, p. V, traducción personal.

⁸ “Gregorio Peces-Barba: un penseur libre”, presentación publicada en: *Théorie générale des droits fondamentaux*, libro traducido al francés por Ilié Antonio Pelé, presentación de Samir Naïr y prefacio de André-Jean Arnaud, LGDJ, París, 2004, pp. 13 y 15, respectivamente; traducción personal al español.

⁹ “El valor interdisciplinar del análisis de Peces-Barba”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 3, Año II, mayo de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 185-186.

Derecho e incluso con cierta apertura a la Sociología Jurídica. Tal dificultad se acrecienta al verificar que su obra no ha sido sistematizada, por lo menos no de manera completa. Este trabajo espera cubrir –en parte– ese vacío. No lo hará mediante una simple ordenación de sus ideas; sino, a propósito de ellas, a través del examen de varios de los problemas que interesan a la Filosofía y la Ciencia Jurídica. Al hacerlo, se tendrá en cuenta que esta investigación es también –por lo menos indirectamente– un estudio sobre parte de la vida de un hombre. Nos aproximamos a ella con el respeto que toda vida humana suscita, pero con el espíritu investigador de quien espera encontrar en el camino recorrido por sus mayores, los materiales adecuados para seguir avanzando en la edificación de una sociedad más justa y reconciliada. El resultado obtenido es una interpretación sobre las reflexiones y propuestas de ese hombre –en consecuencia, una comprensión abierta y perfectible, sujeta a crítica y a estudios mayores–; pero también un análisis sobre una serie de problemas que interesan a la filosofía jurídico-política.

El trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos referido a la metodología y al itinerario ideológico de nuestro autor que inciden en la edificación de su modelo; el segundo a su concepción sobre la persona y la dignidad humana, por ser la piedra angular sobre la cual descansa todo su edificio teórico; el tercero a la moral de la libertad, por comprender, según él, a la moralidad relevante que debe ser asumida y realizada por el poder y el Derecho, para que el primero sea legítimo y el segundo sea justo. Finalmente, el cuarto capítulo, referido al Estado de Derecho por ser, según su postura, la síntesis integradora de la legitimidad del poder y la justicia del Derecho, al incorporar a esa moralidad relevante en sus vertientes política y jurídica: Un cierto tipo de organización con la que concibe la construcción y el fortalecimiento de una sociedad bien ordenada. A través de estos capítulos se pretende demostrar que PECES-BARBA contribuye a la Teoría de la Justicia a partir de especiales elementos metodológicos, ideológicos y antropológicos, postulando un modelo de relación entre la moral, la política y el Derecho. Un modelo que le permite abordar una especial concepción sobre esas tres dimensiones de la vida humana, así como proponer un modo de convivencia social orientado a la racionalización de las diversas esferas de la vida en sociedad y al desarrollo integral de la persona. Un proyecto teórico donde la persona es ubicada racionalmente como el fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho; y el

Estado de Derecho es considerado como la síntesis integradora de la legitimidad del poder y la justicia del Derecho, al incorporar una moralidad pública expresada en valores, derechos fundamentales y otros principios. Unos materiales con los que concibe una forma especial de vincular al Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales, a fin de contribuir a la construcción de una sociedad libre y bien cohesionada: una sociedad bien ordenada.

El método empleado en esta investigación ha sido relacional y reconstructivo: se ha procurado reconstruir el desarrollo del pensamiento de PECES-BARBA en los temas materia de estudio, relacionándolo con las ideas o los autores que le sirvieron de referente, haciendo un esfuerzo por completar o restablecer lo que falta, de acuerdo con una construcción planificada.

La bibliografía utilizada está compuesta por fuentes directas e indirectas. Las fuentes directas reúnen obras de nuestro autor desde 1963 a la actualidad. Por la extensión de su producción bibliográfica, sólo se han hecho uso de sus libros y artículos científicos que han resultado relevantes y pertinentes para el objeto de este trabajo. Varios de ellos han sido publicados más de una vez –en diferentes ediciones o distintos soportes– por lo que, en cada caso, se ha señalado dicha circunstancia –tanto en las notas a pie de página como en la enumeración de la bibliografía utilizada–, cuidando de mencionar en lo posible las distintas publicaciones e indicando las que en este trabajo se sigue o se cita, así como señalando entre paréntesis los diferentes años en que esa publicación ha sido realizada. También se ha hecho uso de la correspondencia cursada con él, que se anexa al final de este trabajo, citándola en notas a pie de página cuando se ha hecho uso de ella. No se han utilizado sus artículos periodísticos, por no corresponder a la planificación que ha sido elaborada. Ellos pueden dar lugar a otra investigación que debería ser alentada¹⁰. Las fuentes indirectas utilizadas están formadas por artículos y libros de otros autores, principalmente especialistas en Filosofía Moral, Política y Jurídica. La bibliografía correspondiente a nuestro autor se encuentra organizada en orden cronológico; y la bibliografía general, correspondiente a otros autores, en orden lexicográfico. Ambas se encuentran al final de este trabajo.

¹⁰ Para tal efecto debe tenerse presente que, en algunos de sus artículos periodísticos, PECES-BARBA utiliza el seudónimo de: “Matías Alarcón”, como ocurre en su artículo de prensa: “Verdad y sociedad política”, publicado en el *Diario Madrid* el 18 de abril de 1969, p. 3.

Para finalizar, permítaseme agradecer la generosa dirección del profesor Rafael DE ASÍS ROIG, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y Director del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de esta Universidad. Su amistad, ayuda y consejo permanente han sido especialmente valiosos para mí. Su colaboración representa una deuda impagable que siempre mantendré con él. Hago extensivo mi agradecimiento a los demás profesores, compañeros y personal administrativo del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de esta Universidad. Su presencia y apoyo han sido siempre alentadores. Agradezco también a los miembros de la Agencia Española de Cooperación Internacional. La Beca MAEC-AECI que me fue concedida hizo posible que pudiera llevar adelante mi investigación doctoral. Agradezco en especial la cordial atención y el apoyo personal que siempre me supieron brindar. Prosigo agradeciendo a los integrantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en especial a los profesores y alumnos de su Facultad de Derecho. Al llevarlos siempre en mi recuerdo, el testimonio de mi gratitud no podía faltar. No puedo dejar de mencionar a los compañeros y amigos con los que compartí en Madrid, en especial a los integrantes de la promoción de doctorado que integro. Ellos son parte de la familia que he encontrado aquí.

Getafe, junio de 2008

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA E ITINERARIO IDEOLÓGICO

“[E]l abogado y todos los hombres de buena voluntad deben continuar la lucha para someter la fuerza al servicio del Derecho y éste al servicio del hombre. Si se abandona este camino se comete una falta política, que es, al mismo tiempo, una falta moral.” (Gregorio PECES-BARBA)*.

I. PRESENTACIÓN

La construcción y el fortalecimiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática, donde cada persona pueda encontrar las condiciones adecuadas para el desarrollo de todas las dimensiones de su humanidad, es una utopía pero no por ello una meta imposible de realizar¹. Un proyecto difícil, pero posible, que requiere de esfuerzos serios y constantes para concretarse en la realidad; en especial, de un poder político comprometido con su realización y de una sociedad dispuesta a participar activamente para alcanzar esos objetivos. Su extensión requiere de la participación de todos en una pedagogía de la libertad, de la educación en todos los ámbitos de la enseñanza, especialmente en el seno de la familia. Será ésta la que contribuya a generar una cultura de los derechos humanos o fundamentales, así como la construcción de una auténtica

* “Procesos y castigos, Reflexiones y experiencias sobre procesos políticos”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, (números extraordinarios), N° XXVIII, diciembre de 1971, p. 43.

¹ Las utopías, o más precisamente, las sociedades utópicas, son sociedades cualitativamente superiores a las que existen en la realidad; implican un sueño, un horizonte ideal, pero también la posibilidad de construir un plan de acción para alcanzarlo. Por eso, no todas las utopías son impracticables; algunas de ellas –como las utopías de la reconstrucción– son posibles de realizar. Una de las funciones de las sociedades utópicas es la de servir de modelos críticos desde los cuales analizar la realidad, proponer nuevas ideas o planes de acción y procurar su mejora o transformación. En esa línea se pronuncian Raymond TROUSSON (*Historia de la Literatura Utópica, Viajes a países inexistentes*, traducción de C. Manzano, Península, Barcelona, 1995, pp. 39-41) y Miguel Ángel RAMIRO (*Utopía y Derecho, El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2002, p. 46).

sociedad democrática y de un verdadero Estado de Derecho². No puede haber Estado de Derecho sin sociedad democrática, ni sociedad democrática sin respeto y realización de este tipo de derechos, son máximas verificadas en la historia que no debemos olvidar³. Nos corresponde a todos contribuir con nuestro trabajo diario, desde la posición o situación en la que nos encontremos, a alcanzar esos objetivos. La razón y la *praxis* son herramientas para lograrlo. La razón debe proporcionar criterios para la acción, para la crítica de la realidad y, sobre todo, para su transformación. La práctica debe ser cotidiana y constante para alcanzar esos objetivos, siempre a la luz de la razón.

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ es de similar parecer. Mediante una serie de aportes, propios de una Teoría de la Justicia, contribuye a la construcción y el fortalecimiento de una “sociedad bien ordenada”, es decir, una sociedad libre, abierta, plural y democrática⁴. Lo hace a partir de especiales elementos metodológicos,

² El término “derechos humanos” suele ser utilizado como sinónimo de la expresión “derechos fundamentales”; sin embargo, hay quienes encuentran diferencias. Así, la locución “derechos humanos” suele estar reservada para identificar a aquellos derechos que, a pesar de sustentarse en algún valor vinculado con la dignidad del ser humano (como la libertad, igualdad, seguridad o solidaridad), no están reconocidos en los ordenamientos jurídicos de algún Estado (aunque como exigencias éticas demanden ser reconocidos o positivizados). También suele designarse con dicho nombre a los derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En cambio, con la locución “derechos fundamentales” generalmente se identifica a aquellos derechos que, sustentándose en algún valor vinculado con la dignidad humana, sí han sido recogidos o positivizados por el ordenamiento jurídico de un Estado en particular. Según esta distinción, puede ocurrir que un Estado no vulnere un derecho fundamental (porque su ordenamiento jurídico no lo ha reconocido como tal) pero sí un derecho humano (porque este último trasciende a un ordenamiento jurídico estatal). Sin perjuicio de esta distinción, por cuestiones metodológicas, en este trabajo se considera ambos términos como sinónimos (al respecto vid: BARRANCO, María del Carmen. *El discurso de los derechos, del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 1, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996).

³ “El Estado democrático de [D]erecho no puede, por tanto, tener otra base de sustentación que una población acostumbrada al ejercicio cotidiano y puntilloso de la libertad en los contextos sociales, en la esfera pública y frente a los poderes públicos, y dispuesta a no dejarse arrebatar esa libertad; y ello es una base que el Estado democrático de [D]erecho presupone y a cuya reproducción puede en todo caso contribuir, no una base que él pueda crear.” (JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. “Introducción”, en: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez, sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 14).

⁴ Con el nombre de “Teoría de la Justicia” se hace referencia a aquella parte de la Filosofía que, en un sentido general, se ocupa de estudiar las condiciones, características y estructuras que debe presentar una sociedad para que sea considerada justa; y, en un sentido particular, a las que debe cumplir un Derecho para ser reconocido como justo. Sobre el particular, vid: VAN PARIJS, Philippe. *¿Qué es una sociedad justa?, Introducción a la práctica de la filosofía política*, (1991), traducción de Juana A. Bignozzi, Ariel, Barcelona, 1993; BOBBIO, Norberto. “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”, en: *Contribución a la Teoría del Derecho*, (Serie de Derecho), edición a cargo del profesor Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 88; y, PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (Serie de Derecho), Debate, Madrid, 1983 (hay una cuarta reimpresión de 1993), p. 305.

ideológicos y antropológicos, postulando un modelo de relación entre la moral, la política y el Derecho. Un modelo que le permite abordar una especial concepción sobre esas tres dimensiones de la vida humana, así como proponer un modo de convivencia social orientado a la racionalización de las diversas esferas de la vida en sociedad y al desarrollo integral de la persona. Un proyecto teórico donde la persona es ubicada racionalmente como el fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho; y el Estado de Derecho es considerado como la síntesis integradora de la legitimidad del poder y la justicia del Derecho, al incorporar una moralidad pública expresada en valores, derechos fundamentales y otros principios. Unos materiales con los que concibe una forma especial de vincular al Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales, a fin de contribuir a la construcción de una sociedad libre y bien cohesionada: una sociedad bien ordenada.

Su Teoría de la Justicia se sintetiza en la siguiente máxima: No existe justicia del Derecho sin poder legítimo, ni poder legítimo sin justicia del Derecho. Legitimidad del poder y justicia del Derecho que se adquieren al incorporar y realizar una moralidad relevante, orientada a la racionalización de las diversas esferas de la vida social y a la humanización de la sociedad y del individuo:

“Igual que poder y Derecho son dos caras de la misma moneda [nos dice], legitimidad y justicia son asimismo la expresión de la ética pública en sus dimensiones política y jurídica. La interconexión es tan evidente que a veces se utilizan los dos términos en sentido inverso y se habla de poder justo y de Derecho legítimo, aunque es preferible vincular al poder con la idea de legitimidad y al Derecho con el de justicia”⁵.

⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 319-320.

Elías DÍAZ, por ejemplo, utiliza el término “legitimidad” para hablar del Derecho justo para diferenciarlo de la “legalidad” como sinónimo de Derecho positivo. Dice: “Una cosa es la legalidad (normas vigentes y válidas que en su conjunto logran hacerse cumplir y aplicar) y otra la legitimidad (valores que están o no en esa legalidad); una cosa es el Derecho que es –pero algún valor, justo o no, común o no, lleva siempre dentro de sí– y otra la prefiguración del Derecho que debe ser, el cual puede impulsar o, por el contrario, acabar socavando –vía deslegitimación– la propia existencia normativa y fáctica de aquél en caso de grave e irracional discrepancia y desavenencia.

Legalidad hace aquí referencia, por tanto, a normatividad en el campo del Derecho, normatividad jurídica, Derecho positivo, Derecho sin más u ordenamiento jurídico. [...] [L]a legitimidad hace referencia –ya se habló de estos términos correlativos– a normatividad en el campo de la ética, a justicia, a propuestas, pretensiones, valores y exigencias que están más allá de lo estrictamente jurídico: normas morales y criterios racionales de valoración, autocríticos y también críticos de lo empírico.” (*Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, pp. 27-28).

Su proyecto representa un esfuerzo importante para abordar los “tres momentos sucesivos de un fenómeno común, la vida social del hombre moderno, con las vicisitudes de su desarrollo, de su dignidad, en una mentalidad del hombre centrado en el mundo y del mundo centrado en el hombre”⁶. Una consideración trilateral que impide o, al menos dificulta, los reduccionismos, permitiendo una construcción racional de la situación del individuo en la vida social teniendo en cuenta todos los elementos (morales, políticos y jurídicos). Una construcción teórica elaborada “sobre la base de las distintas corrientes históricas que han actuado y que se han desarrollado en la modernidad, con un modelo simulado que completa la realidad”. Toma de ellas los aportes parciales que considera útiles para lograr una síntesis integradora que le permita avanzar en el camino del conocimiento. “Es una forma de actuar similar a la de los restauradores de pintura y monumentos, donde se completa y restablece lo que falta, se ha destruido o se ha borrado, de acuerdo con una construcción planificada.”⁷

Estamos ante un esfuerzo teórico importante para interrelacionar la moral, la política y el Derecho porque una moralidad que no sea asumida por el poder y realizada desde el Derecho será abstracta y no podrá coadyuvar al desarrollo de la condición humana con el sólo esfuerzo de cada uno. La moral necesita un apoyo social, que sólo le puede proporcionar una cierta concepción de la política y del Derecho. A su vez, el Derecho y la política que no tomen en cuenta la moral, “es decir que no acepte[n] que es necesaria una determinada concepción de lo público y de lo jurídico, para que el hombre pueda desarrollar su condición humana”, será una realidad deshumanizante, exclusivamente pragmática, “basada en la razón de Estado, o incluso a veces en la pasión de Estado, con estrategias de fuerza y de sumisión”⁸. De allí la importancia de la interrelación moral, política y Derecho, para la construcción y fortalecimiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática.

⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, (Cuadernos y Debates, Nº 54), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 13. El contenido de este libro ha sido posteriormente publicado, con el mismo nombre, en: AA.VV. *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 253-363. También hay una edición del 2000 del primero de los libros mencionados. En ambos casos no se han introducido mayores cambios con relación a la versión original. Aquí se cita la primera edición del primero de los libros nombrados.

⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 12, las dos últimas citas.

⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 56-57, ambas citas.

Este planteamiento “se sitúa en el ámbito de la cultura, que es obra humana en la historia y, por consiguiente que va formando un depósito de ideas que se transmiten, se matizan o se cambian de generación en generación.”⁹ Si bien no todas las personas, ni siquiera la mayoría, hacen una reflexión racional sobre estos temas, sino que lo asumen por tradición u otros medios de transmisión, la importancia de esta relación para la convivencia civilizada, justa y pacífica, hace que dicha obra no pueda fiarse sólo a los juristas, politólogos o filósofos morales, sino que requiere para su extensión de la educación en todos los ámbitos de la enseñanza, especialmente en el seno de la familia. Requiere de la participación de todos en una pedagogía de la libertad¹⁰. Un modelo que tiene las siguientes notas características¹¹:

1º. Tiene como fundamento y fin último al ser humano. Por ello su objetivo principal es la *humanización*: el desarrollo integral de todos y cada uno de los individuos que conforman la familia humana. Supone profundizar en cada uno las dimensiones de su condición, desarrollándolas plenamente, generalizándolas lo más posible y extendiéndolas a la sociedad toda.

2º. Parte para ello de una determinada comprensión de la condición humana y de la convivencia social, basada en la cultura humanista de la Modernidad. Busca establecer nada más y nada menos que el *Paradigma de la Modernidad*: las “relaciones entre ética, política y Derecho, que supone [según sus palabras] el más gigantesco esfuerzo de la

⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 78.

¹⁰ “[L]as sociedades democráticas avanzadas han de encontrar su hábitat propio en la cultura de los derechos fundamentales. Esta cultura recoge la herencia ética del universalismo de los derechos humanos positivizados en los textos constitucionales.

La educación en valores constitucionales se percibe, en este contexto, como necesaria propedéutica y como *paideia* para la formación del *ethos democrático*. “La cultura de los derechos fundamentales se asienta en la idea de un humanismo cosmopolita que propugna los valores y derechos de la persona como garantías universales” (SALGUERO, Manuel. “La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 7, Año IV, enero 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 446 y 447, respectivamente).

¹¹ Características que se encuentran reflejadas en la obra de PECES-BARBA: “Ética, Política y Derecho, El paradigma de la modernidad”, publicada en: *Ética pública y Derecho*, Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Fraga Iribarne, Sesión de 19 de abril de 1993, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993, pp. 14, 15 y 22. El discurso se encuentra publicado también, en formato de artículo, como parte del libro del mismo autor: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 53-107. Aquí se cita la primera de las versiones nombradas.

cultura humana para dar respuesta al problema de la libertad.”¹² No es un modelo que proponga conservar indiscriminadamente todo lo moderno. Es una propuesta que toma de la Modernidad lo que tuvo de esencialmente bueno y positivo en materia de valores, principios y derechos para la organización de la vida humana; y, naturalmente, utilizarlos como materiales, conjuntamente con los antiguos y nuevos aportes, para la construcción de una sociedad bien ordenada orientada al pleno desarrollo de la persona. Su propuesta “no expresa cualquier posible relación teórica entre ética, política y Derecho, sino el proyecto de la ilustración y de la modernidad, que desemboca en el Estado social y Democrático de Derecho”¹³.

3°. Es un paradigma *armónico*: integra coherentemente posiciones parciales en una síntesis, a partir de la razón situada en la historia, concretamente, en las distintas corrientes históricas que han actuado y que se han desarrollado en la Modernidad y que centran al ser humano en el mundo y lo convierten en centro del mundo, liberándolo de los condicionamientos que le disminuían como tal.

4°. Es un modelo teórico y racional. Significa que “[n]o pretende reflejar la realidad, ni su evolución histórica, sino ser núcleo de racionalidad que expresa las dimensiones de una ética pública, la de la modernidad y sus exigencias para el poder y el Derecho”, a fin de que el primero sea legítimo y el segundo sea justo, en ambos casos orientados al desarrollo integral de la persona¹⁴. Será la *racionalización* de todos los órdenes de la vida social el objetivo medial para alcanzar la humanización de la sociedad y el individuo.

5°. Al mismo tiempo, no es una simple reflexión teórica, sino de un esfuerzo por encontrar razones para la acción, la crítica de la realidad y sobre todo su transformación. Si bien a veces puede no existir plenamente en la realidad, su utilidad consiste en servir de referente y paradigma racional o, si se prefiere, de *horizonte utópico*, para la construcción del sistema jurídico-político que postula. Así, los modelos históricos, falibles e imperfectos podrán ser valorados y criticados desde él¹⁵.

¹² “Ética, Política y Derecho, El paradigma de la modernidad”, op. cit., p. 7.

¹³ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 15.

¹⁴ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid.

¹⁵ En ese sentido, Miguel Ángel RAMIRO califica la propuesta teórica de PECES-BARBA que busca construir y fortalecer una sociedad bien ordenada, como “una propuesta normativa de reforma social y

6°. Por ese motivo, es un modelo marcadamente *prescriptivo*: no pretende reflejar la realidad, ni se corresponde necesariamente con lo que ocurre en ella. Se ocupa principalmente de plantear cómo debería ser esa realidad para alcanzar los objetivos que propone¹⁶.

7°. Es un paradigma *procedimental*: “su función consiste en regular racional y pacíficamente las tensiones que derivan de los conflictos reales de intereses y de las plurales propuestas de planes de vida que son posibles sólo y precisamente en este modelo”¹⁷. Eso no significa que carezca de valores materiales y de fundamentos, con contenidos y orientaciones determinadas. Su idea de persona y de dignidad humana, así como los cuatro valores que extrae del proyecto ilustrado y moderno –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad– integran, junto con los derechos fundamentales y demás principios derivados de ellos, el contenido de su modelo, por lo que limita y excluye a otros. Sin perjuicio de ello, su carácter procedimental significa que esos contenidos y orientaciones se construyen intersubjetivamente a través de la deliberación racional y la participación de todos los interesados.

8°. Es un proyecto *exigente* porque si bien existen otras propuestas prescriptivas –asumiendo, por ejemplo, uno u otro valor o cualquier otro referente–, el modelo en estudio se caracteriza por el incremento de los contenidos de justicia en la organización jurídico-política que formula¹⁸.

política de la realidad” que “tiene un indudable *espíritu utópico*” que merece ser incluida “sin ningún género de dudas entre las utopías realistas españolas” (“La España civil, Una utopía para el siglo XXI”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 1122, la cursiva no es mía).

¹⁶ Aquí utilizo el término “prescriptivo” para identificar el tipo de discurso con el que se elabora un concepto o un modelo teórico. Es un sentido similar al otorgado por Carlos Santiago NINO cuando se ocupa de distinguir los tipos de discursos para referirse luego a la conexión entre Derecho y moral, Derecho y política. Se dice que un discurso puede ser: prescriptivo, descriptivo o mixto. El *discurso descriptivo* se ocupa de lo que *es* algo en la realidad, de explicar, designar o utilizar situaciones de hecho sin formular propuestas o valoraciones normativas. El *discurso prescriptivo* no describe lo que es, sino que postula lo que *debería ser*; lo que sostiene puede no existir en la realidad pero es muy útil para procurar su transformación. El *discurso es mixto* cuando resulta de una combinación de ambos, con el acento puesto en uno u otro tipo, de ser el caso (Cfr. del mencionado autor: *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, –Ariel Derecho–, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 41-42).

¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. “Ética, Política y Derecho, El paradigma de la modernidad”, op. cit., p. 15.

¹⁸ De manera similar, Rafael DE ASÍS califica la propuesta prescriptiva de PECES-BARBA como un “modelo exigente”, para diferenciarlo de otros modelos que también podrían ser ubicados dentro de una aproximación prescriptiva –como el modelo garantista de Luigi FERRAJOLI–: “El modelo exigente se caracteriza por el aumento de los contenidos de justicia que aparecen en la fórmula. Este modelo expresa

Esta construcción teórica no implica denostar el período anterior a la Modernidad, ni el progreso de las ideas que generalmente acompaña al futuro. Pero tampoco que toda idea vale, o vale lo mismo, para el desarrollo integral del ser humano. Supone un marco de tolerancia, de diálogo, donde las ideas se confrontan y se expresan libremente, como corresponde a toda sociedad libre, abierta, plural y democrática; pero, al mismo tiempo, defiende una determinada concepción del ser humano y un modo de organización de la vida social, de la relación entre la moral, la política y el Derecho.

No debe perderse de vista que si bien es un esfuerzo de racionalización es también un planteamiento histórico. Está sujeto a las correcciones de quienes puedan tener mejor perspectiva, mayores racionalidades históricas que interpretar o mejores razones que aportar. No es un modelo que deje de lado las enseñanzas de la historia, mucho menos las ideas de progreso que acompañan al futuro. Es un planteamiento perfectible, abierto a la crítica y a desarrollos mayores, siempre que estén orientados al servicio, defensa y promoción de la persona, así como al reconocimiento de la eminente dignidad que le corresponde. Ése es su principal fundamento, el baluarte que defiende y la meta que aspira alcanzar.

Como ocurre con cualquier propuesta teórica, ésta recibe la influencia de diversos factores. Por ese motivo, y a fin de comprender su real sentido, este capítulo está dedicado al examen de la metodología e itinerario ideológico de nuestro autor, que inciden en la edificación de su proyecto. Para tal efecto, empezaremos con abordar sus elementos metodológicos e ideológicos y continuaremos con su modelo de relación entre la moral, el poder y el Derecho. Sin ellos el pensamiento filosófico y jurídico de PECES-BARBA, así como el edificio teórico que postula, probablemente serían distintos.

una concepción finalista del Estado de Derecho caracterizada por establecer una conexión cierta entre éste y la moral. Y ello se traduce como en los modelos anteriores en la concepción de los rasgos de lo jurídico. Esta conexión cierta está representada por la asunción del marco de moralidad, en el que se incluyen los derechos individuales y sociales y los derechos de participación. En este sentido, queda en pie el problema de la posible jerarquía o no de estos contenidos.” (*Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 87).

Sobre lo que significa el garantismo para Luigi FERRAJOLI, vid su obra: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), sexta edición, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 2004, pp. 851-903.

II. LOS ELEMENTOS METODOLÓGICOS E IDEOLÓGICOS

La construcción de una teoría sobre los fenómenos morales, políticos y jurídicos – hasta el trabajo que se hace con ellos– se encuentra influenciada por una serie de factores que pueden llevar a resultados diferentes. A manera de ejemplo, no es lo mismo, estudiar el Derecho desde un iusnaturalismo abstracto, intemporal y universalista, que desde un positivismo excesivamente formalista. Tampoco es igual estudiar el Estado de Derecho, la democracia o los derechos fundamentales teniendo en cuenta sus desarrollos históricos, que prescindiendo de las enseñanzas de la historia. En todos esos casos los resultados serían distintos. La concepción que se siga influirá en su concepto¹⁹. Ciertamente influyen en esa construcción el uso de una u otra herramienta epistemológica o la definición de uno u otro marco metodológico; pero probablemente también la realidad social y los condicionamientos que rodean al autor, la visión que tenga del mundo y del ser humano, así como la filosofía moral, política o jurídica de la que se parta. El empleo de una u otra perspectiva o la adopción de una u otra postura serán siempre un acto de elección, una toma de posición –expresa o tácita– sobre cuál ha de ser el camino y la perspectiva a seguir. Razones pueden haber muchas: la finalidad perseguida, las ventajas comparativas, su utilidad para lograr un conocimiento global del objeto que se estudia, hasta la posición ideológica que subyace al pensamiento del autor. El caso de PECES-BARBA no ha sido la excepción²⁰.

¹⁹ La *concepción* es la perspectiva epistemológica o filosófica con la que nos aproximamos metodológicamente al objeto de estudio; nos permite estudiarlo, analizarlo, formular propuestas teóricas y, en general, tener una idea acerca de él. El *concepto* es la determinación de lo que el objeto de estudio es o puede llegar a ser, de aquello para lo cual sirve. Dependiendo del tipo de concepción que se utilice, se tendrá uno u otro concepto del objeto de estudio.

²⁰ Como dice Adela CORTINA: “a fin de cuentas, es todo cuestión de *perspectiva*”; y refiriéndose a uno de los temas objeto de su investigación, agrega: “los hombres podemos asumir la perspectiva unificadora del mundo nouménico, desde la que aparecemos como iguales y capaces de superar el egoísmo, pero también la perspectiva del mundo fenoménico, en la que son patentes desigualdad y egoísmo. Desde la primera avistamos el mundo *como* si fuéramos libres e iguales, y entonces cobran sentido la moral autónoma, el [D]erecho moderno, que restringe la libertad externa para que cada quien pueda ejercer su libertad interna, y el Estado de [D]erecho, encaminado a proteger la libertad de todos.” “Y, ciertamente, ¿quién negará hoy que todo conocimiento viene movido por un interés? Sin embargo, sin olvidar que cualquier perspectiva puede ser manipulada desde un interés unilateral, también es verdad que sólo desde una perspectiva adoptada desde un interés racional adecuado tiene sentido practicar incluso la crítica de la ideología. En buena ley, sólo cabe denunciar el individualismo posesivo como moral ilegítima desde la convicción racionalmente justificada de que una moral, un [D]erecho y un Estado racionales no tienen por misión defender el derecho de los propietarios, sino el de todo hombre al ejercicio de su autonomía. Sólo la

1. La razón situada en la historia

Historia y razón son en el pensamiento de PECES-BARBA dos herramientas metodológicas que se complementan recíprocamente y que con el transcurrir de los años adquieren en sus obras perfiles más nítidos de integración, hasta conformar lo que denomina una *razón histórica* o una *razón situada en la historia*. Perspectiva epistemológica a la que considera una característica de su pensamiento: “el punto de vista de la historia y el punto de vista de la razón [nos dice], expresan dos formas de aproximación al fenómeno jurídico complementarias, que siempre me han resultado fructíferas”. “Es el signo de una visión integral que se aproxima al estudio del Derecho desde una razón histórica o, si se prefiere, situada en la historia.”²¹

El interés por la historia se encuentra presente en sus obras²². Su importancia se ve confirmada cuando dice: “no creo posible tratar un tema conceptual o desplegar un

perspectiva de la igual libertad y del derecho igual rompe el esquema de cualquier individualismo posesivo.” (*Ética sin moral*, –1990–, quinta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 13, las dos primeras; y 13-14 la última cita).

²¹ *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Introducción, p. 12, ambas citas.

²² Lo atestiguan varias de sus publicaciones, como: (i) “La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 21-76; (ii) “Notas para la historia de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 3, 1984-85, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 221-252. Posteriormente reelaborado y vuelto a publicar con el nombre de: “Notas para la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 119-151; (iii) “Notas para la filosofía de la tolerancia en Holanda, en Gran Bretaña y en las colonias americanas en los siglos XVI y XVII”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 153-191; (iv) “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987)”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 1, 1981, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 171-253. Posteriormente reelaborado y publicado nuevamente en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 19-118; (v) “Los derechos del hombre en 1789 –Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa–”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº VI, 1989, Madrid, pp. 57-128. Posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 21-118; y, (vi) “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, con la colaboración de Javier Dorado Porras como autor secundario, en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales. Siglo XVIII: El contexto social y cultural de los derechos, Los rasgos generales de evolución*, dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001, Tomo II, Volumen I, pp. 3-219.

análisis de la realidad sin situarlos en su contexto histórico”²³. No es el interés ni el acercamiento que podría tener un historiador. Es la aproximación de un teórico o filósofo que hace uso de ella para comprender mejor lo que sea su objeto de estudio. La historia permite abordar las diferentes etapas por las que ha transitado una sociedad y examinar en ella los factores –económicos, culturales, sociales, etc.– que incidieron en el origen, desarrollo y transformación de algún aspecto moral, político o jurídico. Permite estudiar la evolución del pensamiento sobre algún tema de interés en esos ámbitos, conocer las diversas explicaciones sobre su concepto, fundamentación, contenido, y apreciar la influencia de aquellos factores sobre los diferentes puntos de vista. Sin que se agoten allí sus posibilidades, la historia es útil también para estudiar la evolución histórica del Derecho: la Constitución, las leyes, la jurisprudencia, etc., comparándola con la influencia que ha tenido sobre la sociedad a la que pertenece.

La apertura a la historia influye en la manera como concibe la labor filosófica. Además de tener como presupuesto el análisis de la realidad y el conocimiento científico, busca producir “una forma de reflexión acotada a un momento histórico y cultural dado”, susceptible de ser modificado por los cambios históricos que se presenten, “y que es inexplicable sin ese contexto histórico”²⁴. Esa forma de reflexión pretende ser en él, el método de partida para aproximarse a todos y cada uno de los problemas que se plantean tanto en la Teoría del Derecho, en la Teoría de la Ciencia Jurídica, como en la Teoría de la Justicia, siendo extensible también a otras áreas de la filosofía y del conocimiento.

Siendo un filósofo del Derecho el uso que hace de la historia tiene una estrecha relación con la perspectiva de la razón. Ésta permite efectuar una reflexión teórica, abstracta, racional de su objeto de estudio, con el propósito de explicarlo, fundamentarlo y ofrecer soluciones a sus problemas. Permite reflexionar, por ejemplo, sobre la moral, el fundamento del poder o del Derecho, las funciones que cumplen o podrían llegar a tener, sobre sus fines, etc. Incluso meditar sobre si es posible o no criticar al Derecho desde dimensiones morales, sin caer en posiciones subjetivas; y, de serlo, sobre cuáles podrían

²³ *España civil*, op. cit., p. 220.

²⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 205, ambas citas.

ser esos fundamentos objetivos que respaldasen un razonamiento crítico del Derecho. Todo ello con cierta dosis de generalidad y de abstracción propia de un análisis teórico²⁵.

Estas dos herramientas metodológicas se complementan recíprocamente en sus obras y –como ya se dijo– adquieren con el transcurrir de los años perfiles más nítidos de integración hasta constituir una razón histórica o situada en la historia. El vínculo que encuentra entre ambas herramientas le permite hacer suya la máxima: la razón sin historia es vacía, y la historia sin razón es ciega; además le permite usar la historia para verificar la teoría e ilustrar la teoría a través de la historia²⁶. La forma como trabaja en sus obras cuando hace uso de esta razón histórica, permite identificar en ella las siguientes notas características²⁷:

1º. Tiene en cuenta a la historia para encontrar, a través de la reconstrucción histórica de lo que sea su objeto de estudio, las dimensiones culturales que tienen racionalidad. Por ejemplo, en el estudio del Estado de Derecho y los derechos fundamentales, un análisis histórico de la sociedad y del pensamiento europeo de los

²⁵ La perspectiva de la razón se encuentra presente, por ejemplo, en: (i) su *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit.; y, (ii) en su “Nota sobre la Justicia”, en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 201-218. Este último artículo se publicó anteriormente en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo I, 1984, Madrid, pp. 251-263; aquí se cita tal como apareció en *Derecho y derechos fundamentales*.

²⁶ Cfr.: *La España civil*, op. cit., p. 224.

²⁷ Vid, por ejemplo: (i) su estudio “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 4, 1986-87, (Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez), Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 219-258; posteriormente publicado en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 227-264; (ii) su trabajo sobre “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales, Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, bajo la dirección de Gregorio Peces-Barba y otros, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, Tomo I, p. 15 y siguientes. Hay una primera versión de este último trabajo que dio origen a un libro; me refiero a la obra de Gregorio PECES-BARBA: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982; (iii) su ensayo sobre “El Derecho y el amor: Sus modelos de relación”, en: *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 67, 1982, Universidad Complutense, Madrid, pp. 65-79; publicado posteriormente en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 219-238; y, (iv) su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, (1995), con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, reimpresión de 1999, pp. 207-208. Un resumen actualizado, con algunas precisiones y especificaciones de este último libro dio lugar a sus *Lecciones de Derechos Fundamentales*, (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho), con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés, Dykinson, Madrid, 2004. Como el propio PECES-BARBA lo señala en su prólogo (p. 15), estas Lecciones son, básicamente, el resultado de un cuidadoso trabajo de síntesis de su obra *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, efectuado por los profesores Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés, aunque con una atenta lectura de su parte y un capítulo agregado de Rafael de Asís Roig sobre la interpretación de los derechos. Por esa razón, en esta investigación preferimos citar su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*.

siglos XVIII y XIX nos llevaría a ubicar y conocer las distintas ideas aportadas que incidieron en el origen y desarrollo de tales fenómenos, así como entender los condicionamientos económicos, sociales y culturales que explican sus alcances y las diferencias que presentan con las concepciones actuales.

2°. Tiene en cuenta a la razón para extraer de esas dimensiones culturales las racionalidades que ellas presenten. Verbigracia, obtener del análisis histórico antes efectuado los argumentos teóricos que fundamentan las ideas relacionadas con el Estado de Derecho y los derechos fundamentales en los pensadores de los siglos XVIII y XIX.

3°. Considera a las racionalidades así encontradas como parciales e históricas, porque están condicionadas por la realidad social, así como por el espacio y tiempo al que pertenecen. Por lo tanto, pueden ser revisadas, corregidas y perfeccionadas.

4°. Su propósito es ordenar esas racionalidades y utilizar las que se consideren útiles para ensayar con ellas una síntesis que suponga dar un paso más en el camino del conocimiento. Lo hace a través de una nueva reflexión racional que, aunque con vocación de generalidad y de trascendencia, es también una razón histórica o situada en la historia. Por ejemplo, ensayando a partir de los aportes anteriores que fueron encontrados, enriquecidos o matizados con nuevos elementos, un concepto de Estado de Derecho y de derechos fundamentales adecuado para el siglo XXI. Esta nueva reflexión tampoco será inmutable o definitiva: estará abierta a nuevos análisis, revisiones y perfecciones.

Tal perspectiva permite superar los problemas generados por las aproximaciones historicistas o racionalistas excluyentes. Se aparta tanto de una racionalidad abstracta que tenga pretensiones de validez para todos y para cualquier tiempo y espacio (planteamiento racionalista), como de un análisis histórico que disuelva la razón en la historia (planteamiento historicista). Es una herramienta epistemológica en la que no se puede prescindir de la historia, pero tampoco de la razón. Una y otra son indispensables y se complementan recíprocamente para tener una mejor comprensión de lo que sea el tema de reflexión o estudio. “Es el equilibrio entre una historia que alumbró dimensiones

culturales que tienen racionalidad y una racionalidad de realidades culturales, que tienen una historia, es decir, que se explica y arranca desde su dimensión histórica”²⁸.

Su uso amplía los horizontes teóricos a la realidad vinculada con el fenómeno que se estudia. Por ejemplo, permite verificar a través del análisis histórico que la moral, el poder y el Derecho, así como los institutos que fundamentan o suscitan, no sólo poseen una dimensión ética, política y jurídica, sino que también son cultura. Realidades que se insertan dentro de una cultura más general, dentro de una realidad mayor, en una influencia recíproca que muchas veces condiciona y hasta define sus alcances, su realización, su futuro. Tres ámbitos de la vida humana que se ven influenciados por fuerzas y factores diversos, por el cambio histórico que en éstos se produce, pero que influyen también en la cultura y en la realidad social a la que pertenecen. Elías DÍAZ se refiere a esas fuerzas y factores como “las fuerzas reales de todo tipo y de los factores infra y superestructurales (factores económicos, sociales, culturales, políticos, éticos, etc.)” que, en el caso de lo jurídico, “determinan el nacimiento, conservación, transformación, destrucción y posible muerte del Derecho, tanto en un sentido general histórico como en referencia a un concreto ordenamiento jurídico positivo”²⁹.

¿Permite esta perspectiva los relativismos éticos, en el sentido de que todo vale o vale lo mismo? No por sí misma. Toda posición ética es siempre un juicio de valor. La razón situada en la historia no es más que una perspectiva epistemológica. El uso que se haga de ella dependerá del juicio o la postura que asuma el investigador. En el caso de PECES-BARBA su uso no supone asumir un relativismo ético. Tan sólo aceptar que la razón está delimitada por la historia. No en el sentido de reducir una en la otra, tampoco de ser compatible con cualquier otra herramienta metodológica o de carecer de criterios precisos para orientar la búsqueda del conocimiento, mucho menos en el de dar lugar a una anarquía metodológica; sino en el de considerar que las reflexiones y propuestas responden a una sociedad y a un espacio o tiempo determinados, por lo que nunca pueden ser cerradas ni concluyentes: deben estar siempre abiertas a nuevos estudios que puedan aportar razones y opiniones mejores. Él es categórico al respecto. Critica aquellas posturas relativistas que defienden un desarrollo político puramente formal o neutral,

²⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 208.

²⁹ *Sociología y Filosofía del Derecho*, –Taurus Humanidades–, séptima reimpresión a la segunda edición de 1980, Taurus, Madrid, 1992, p. 202, ambas citas.

“donde lo único que se ofrece a los ciudadanos son cauces para expresar sus puntos de vista y seguir su propio camino, casi siempre aislado, no solidario con los problemas de los otros”³⁰; y declara explícitamente que: “Tampoco acept[a] el relativismo ético”³¹ (según el cual toda reflexión moral, por el sólo hecho de serlo, se encuentra igualmente justificada o vale lo mismo que las otras). Ni todas las opciones morales valen o tienen el mismo valor que las demás (aunque todas tienen el mismo derecho a expresarse en un marco de tolerancia y de pacífica convivencia), ni las propuestas o reflexiones pueden ser para nuestro autor cerradas o definitivas.

La razón situada en la historia es compatible con la exigencia de objetividad de todo estudio científico o filosófico, y con la no-neutralidad que caracteriza al espíritu humano (a pesar de lo que se diga la neutralidad parece ser imposible, sobre todo cuando se trabaja con categorías morales, políticas y jurídicas). A través de ella el investigador puede *tomar posesión* de la realidad y de los fenómenos que estudia, conociéndolos a través de una reflexión racional que tenga en cuenta los desarrollos históricos, para, sobre esa base, *tomar posición* sobre aquello que estudia, emitir juicios de valor, aunque situados históricamente³². La reflexión racional lo permite, aunque sobre la base de la objetividad para no caer en la arbitrariedad y con la transparencia suficiente para diferenciar y explicitar lo que es el dato objetivo y lo que es nuestro juicio de valor.

³⁰ “El desarrollo político como desarrollo humano”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 89-90. Dicho artículo fue publicado primero en: *Revista de la Universidad de Madrid* (el tema monográfico era: “Sobre el concepto de desarrollo político”), Vol. XXI, Nº 81, 1972, Madrid, pp. 163-181. Después fue publicado también con el nombre de “Introducción: De Derecho y Política. Desarrollo Político Humano y Derechos Fundamentales”, como parte integrante del libro: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (biblioteca universitaria guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, pp. 16-48. Aquí se cita la versión que fue publicada en la obra citada al inicio de esta nota.

Por otro lado, el precitado libro: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973), tiene también una segunda (1976), tercera (1980) y cuarta edición (1983). Por lo menos el primer capítulo de la segunda edición tiene modificaciones respecto de la primera, básicamente referidos a profundizar sobre la tesis dualista de los derechos fundamentales y el rol del poder como nexo entre la moral y el Derecho. La cuarta edición es prácticamente una reimpresión de la tercera edición. Salvo que sea necesario lo contrario, en este trabajo se cita la primera edición.

³¹ “Nota sobre la Justicia”, op. cit., p. 218.

³² Por *toma de posesión* se define la actividad que realiza el investigador para conocer lo que es o puede llegar a ser su objeto de estudio, incluyendo el acceso a los estudios y propuestas de todo tipo que se hayan formulado al respecto, sea de tipo científico, filosófico, o de cualquier otro carácter. Por *toma de posición* se entiende la valoración, la postura que adopta el investigador sobre aquello que estudia, y que – en consecuencia– incide en sus propias propuestas o conclusiones. Es un sentido similar al que usa Norberto BOBBIO cuando dice: “La ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía, una *toma de posición* frente a la realidad.” (“Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”, op. cit., p. 88, la cursiva no es mía).

El uso de esta herramienta epistemológica plantea, sin embargo, algunos problemas. En primer lugar, si lo que se intenta es una reflexión racional, acotada a un momento histórico y cultural dado, que sólo tenga pretensiones de validez para una sociedad, espacio y tiempo determinados, es posible que se incrementen las dificultades para la crítica y el diálogo entre sociedades que pertenezcan a ámbitos culturales diferentes y/o sobre temas que no correspondan al espacio y momento histórico al que se pertenezca (por ejemplo, entre las civilizaciones de oriente y de occidente, o el debate sobre la discriminación en diferentes momentos de la historia, etc.). Dificultades que no necesariamente generan imposibilidad, pues mientras haya voluntad, objetividad, tolerancia y se asuma una posición no-neutral, el diálogo, el debate y la crítica moral, política y jurídica siempre serán posibles. En segundo lugar, si se parte de considerar que el uso de esta herramienta supone un marco histórico previamente definido, sólo dentro del cual el análisis y las propuestas de la reflexión racional tienen validez; parece ostensible la dificultad, sino la imposibilidad, de extenderlas a un marco histórico distinto (verbigracia, a un Derecho o a una sociedad con circunstancias históricas diferentes). La ventaja de la razón situada en la historia parece ser, entonces, uno de sus inconvenientes: por un lado fortalece y permite el avance de la razón, al acotarla históricamente y hacer uso de los materiales que proporciona la historia (pues de esa manera asegura la validez de sus propuestas, reflexiones o conclusiones y permite su revisión, perfeccionamiento y corrección); pero, por otro, dificulta su generalización, su extensión a ámbitos distintos a los previamente definidos (ya que puede perder su especial sentido si sale del marco histórico dentro del cual fue utilizada).

A pesar de ello, la apertura a la historia que esta postura epistemológica supone, trae consigo varias consecuencias en el pensamiento de PECES-BARBA. Algunas de ellas, son las siguientes:

1º. Sus propuestas o reflexiones, si bien tienen vocación de generalidad y de trascendencia, no tienen pretensión de validez para todos y para cualquier tiempo y espacio. Están referidas a una sociedad, lugar y tiempo determinados, aunque pueden servir como modelo, como referente crítico, para otras realidades. Por ese motivo, sus reflexiones y conclusiones no son definitivas, sino abiertas y perfectibles.

2°. Eso no significa –como ya se ha señalado– que se adscriban a un relativismo ético (en el sentido de que toda propuesta que se dice moral valga o tenga el mismo valor que las demás). Partiendo del respeto al pluralismo y la autonomía moral, sus propuestas y reflexiones se adscriben a un universalismo que podríamos calificar de moderado; es decir, si bien tiene vocación de generalidad y de trascendencia, reconoce los cambios históricos y la influencia de la cultura, por lo que sus planteamientos morales tienen un valor situado históricamente: siempre pueden ser perfeccionados por prescripciones morales mejores, en la medida que sean también universalizables y coadyuven al progreso moral de la persona. En *Carta manuscrita* (2006), que nos fue dirigida, lo confirma: “Efectivamente creo en la razón, pero siempre situada en la historia; aunque su diagnóstico de un universalismo con valor en cada tiempo me parece acertado. La razón es histórica pero sus conclusiones en cada tiempo deben parecernos y hacernos actuar como si fueran eternas y permanentes.”³³

3°. Eso conlleva a reconocer la dificultad de establecer un concepto, un contenido y un fundamento del Derecho, y en general de los fenómenos morales, políticos y jurídicos, válidos en todos sus extremos para todas las sociedades, espacios y tiempos. Siendo expresiones marcadas por la cultura variarán con el devenir histórico, el lugar y la sociedad a la que pertenezcan. La historia lo comprueba: No ha sido la misma la forma de entenderlos en la Antigüedad, en el Medioevo o en el Renacimiento, ni ha sido la misma en la Modernidad en comparación con la idea que se tiene sobre ellos en nuestro tiempo. Podrían estimarse, en el caso del Derecho, algunos rasgos formales como elementos que presentan una vocación de universalidad (como la publicidad y claridad de las normas, la posibilidad de su cumplimiento, etc.); pero –como dice nuestro autor– incluso en ese caso las formas del pensamiento jurídico, tanto científico como filosófico, se encuentran insertadas en esas coordenadas y difícilmente podrían escapar a ellas³⁴. El estudio y la reflexión sobre la moral, la política y el Derecho tienen que ser, pues, históricos, estar situados en la historia.

Esta postura metodológica es muy importante para una teoría sobre los fenómenos morales, políticos y jurídicos, como es el caso del Estado de Derecho, la

³³ *Carta manuscrita*, dirigida a Reynaldo Bustamante Alarcón, de fecha 16 de agosto de 2006, p. 1.

³⁴ Vid su *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 86-87.

democracia y los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que su gestación y desarrollo se han ido produciendo desde la Modernidad –con precedentes que en algunos casos hunden sus raíces en la Antigüedad–, se advierte que han ido evolucionando con el paso del tiempo y que su evolución ha sido distinta según las sociedades en las que se han insertado. Siendo categorías históricas, no podría formularse un concepto o un fundamento sobre ellos que resulte válido en todos sus extremos para cualquier contexto social o histórico. A lo más podría formularse una teoría –con dosis suficientes de validez–, que si bien mantenga una vocación de generalidad y de abstracción –propia de un estudio teórico–, se encuentre situada en la historia; es decir, que sólo sea válida para una sociedad, espacio y tiempo determinados, que esté dispuesta a recibir nuevos aportes y sirva como referente teórico para otras sociedades o construcciones.

4°. Eso supone reconocer la influencia recíproca que se presenta entre la cultura o realidad social y los fenómenos morales, políticos y jurídicos. Aquélla incide en éstos a través de la economía, el arte, la ciencia, la filosofía, las organizaciones y grupos sociales, así como a través de las fuerzas y factores de todo tipo, que influyen en la determinación de sus contenidos, funciones, límites y objetivos. Estos fenómenos inciden en la cultura o realidad social a través de las funciones que cumplen, ayudando a construirla, garantizarla o transformarla. Si a ello se agrega que los fenómenos morales, políticos y jurídicos, en tanto expresiones humanas en la vida social que trascienden un momento concreto, son también parte de la cultura; tenemos una profunda interacción abierta, dinámica y continúa muy beneficiosa. Ella permite que la moral, la política y el Derecho puedan evolucionar históricamente para responder mejor a las nuevas necesidades y transformaciones sociales que van apareciendo; y también que la vida social pueda organizarse cada vez mejor mediante la acción de aquellos fenómenos.

Esta interrelación fomenta una concepción del Derecho, así como del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales, abierta a la cultura, a la realidad social en la que se insertan; tanto para estudiar y reflexionar sobre su funcionamiento e influjo sobre la sociedad, como para analizar los valores, las expresiones culturales y los factores de la realidad que influyen sobre ellos. Todo esto sin llegar a reducir su

concepción –en especial de lo jurídico– a un sociologismo o axiologismo que prescindía del rasgo de normatividad que los caracteriza³⁵.

5°. PECES-BARBA participa de estas ideas³⁶. Tempranamente rompe con el iusnaturalismo abstracto, intemporal y universalista, al considerar que si el Derecho es cultura necesariamente tiene una dimensión histórica; su entendimiento e incluso su fundamento tienen que ser históricos³⁷:

“La cultura producirá a través de la producción normativa que llamamos Derecho un orden real de las relaciones humanas, fundado en última instancia en el Poder, y en ese sentido se sitúa en la vida histórica de las sociedades. Al aceptar estas premisas será casi una consecuencia ineludible que la reflexión sobre el Derecho sea sobre esta realidad histórica, sobre una forma de organización normativa de las sociedades históricas; estaremos en el modelo historicista, en la Filosofía del Derecho.”³⁸

6°. Por esa razón resulta inevitable que rompa también con el positivismo formalista, con aquel que no tiene en cuenta la cultura, la realidad social en la que el Derecho se inserta, ni los cambios históricos³⁹:

³⁵ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 13.

³⁶ Así lo cree también Emilio MOYANO, para quien: “La obra de Peces-Barba constituye un permanente diálogo con la historia, donde encuentra los condicionantes que influyen en la configuración de lo moral, lo jurídico y lo político.” (“El Derecho como concepto histórico en la obra de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 994).

³⁷ Debido a la fuerte presencia que el iusnaturalismo tuvo en España en la época de la formación universitaria de PECES-BARBA, los inicios académicos de éste estuvieron marcados por esa concepción jurídica. No obstante, prontamente rompe con ella para adscribirse a un positivismo remozado; decisión en la que Elías DÍAZ influyó de manera importante: “Llegué a la filosofía del Derecho [dice nuestro autor refiriéndose al año 1962] con una gran confusión desde un vago iusnaturalismo, sin ninguna justificación, y recuerdo cómo Elías Díaz me enseñó a distinguir entre las implicaciones del Derecho válido y del Derecho justo. Me ayudó en las primeras lecturas y no tengo duda de que, en mi actual forma de entender el Derecho, desde lo que yo llamo el normativismo realista, aquellos contactos fueron decisivos. Nunca podré agradecer suficientemente sus consejos, el tiempo gastado conmigo, y la amistad que me ofreció Elías Díaz.” (“El profesor Elías Díaz”, en: *Anthropos: boletín de información y documentación*, N° 62, 1986, p. 47). En otro lugar agrega: “Elías Díaz, mucho más próximo en edad pues nos separan apenas tres años, se convirtió en un amigo, además de un maestro que poseía, ya entonces, una sólida y rigurosa formación. Yo todavía tenía muy vivas unas ideas religiosas que me llevaban a creer confusamente en el [D]erecho natural, y en las conversaciones con él se fueron aclarando mis dudas, a partir de su severa crítica al [D]erecho natural, y de la desmitificación de su ideología.” (*La democracia en España, Experiencias y reflexiones*, op. cit., pp. 51-52).

³⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 247-248. Vid también, del mismo autor, *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 13.

³⁹ “El formalismo pretende reducir el conocimiento jurídico al conocimiento de su forma, ante la imposibilidad, que proclama, del conocimiento del Derecho como normatividad social histórica. [...] La realidad del poder y de la vida social, materia del Derecho, tan importante para la comprensión del fenómeno jurídico, desaparecerán del horizonte científico del formalismo.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 166-167). No debe confundirse –PECES-BARBA no lo hace– el “formalismo jurídico” con las formas jurídicas. El primero es una concepción del Derecho, la

“A mi juicio, con la gran importancia que tienen las teorías formalistas o normativistas, y aceptando que el núcleo del Derecho es la idea de norma, o quizás la idea de ordenamiento jurídico o sistema jurídico, no se puede prescindir, para establecer el concepto del Derecho de su substrato material, las relaciones sociales entre hombres que se establecen como necesarias por medio de los preceptos imperativos en que consisten las normas.”⁴⁰

7º. Finalmente, y dentro de esas coordenadas, defiende una apertura o incremento del diálogo entre la filosofía y la ciencia jurídica con otras disciplinas que también se ocupan del estudio de los fenómenos jurídicos (como la sociología y antropología, la psicología y economía aplicadas al Derecho, etc.), para favorecer una visión más completa de las realidades jurídicas. Apertura que es compartida por Norberto BOBBIO al considerar que, por una lamentable propensión de tender al exclusivismo, se ignora o se finge ignorar que todo campo de la realidad puede ser considerado desde muchos puntos de vista, y que más bien la multiplicidad de enfoques favorece su mejor comprensión. “Esto vale con mayor razón para el [D]erecho, que es una esfera muy compleja de experiencias y cuyo conocimiento exige una visión muy global y no sectorial.”⁴¹

2. La influencia de la Modernidad y de la Ilustración

Teniendo a la razón histórica como método de partida, nuestro autor llega a construir, a través de los años de su fructífera labor filosófica, un modelo de relación entre la moral, la política y el Derecho que se reflejará en su concepción sobre los fenómenos que manifiestan alguna de estas dimensiones. En el grado más alto de la evolución de sus ideas, su planteamiento no expresará cualquier posible relación, sino el proyecto de la Modernidad y la Ilustración. Una vinculación que no coincide exactamente con la relación con un período de tiempo, como el de la Edad Moderna, sino con un proyecto cultural y un espíritu crítico que teniendo sus orígenes en ella –con

segunda es una característica de todo ordenamiento jurídico (Vid: GREPPI, Andrea. “Hay alternativa al formalismo de los juristas”, en: *Jueces para la Democracia*, Nº 41, 2001, pp. 29-36).

⁴⁰ “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, p. 244. Anteriormente publicado en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Número 15, 1975, Granada, pp. 279-305. Aquí se cita tal como apareció en la primera de las obras mencionadas.

⁴¹ *Teoría general del Derecho*, (1960), (Serie de Derecho), cuarta reimpresión a la primera edición de 1991, traducción de Eduardo Roza Acuña, Debate, Madrid, 1996, Prólogo, p. 10.

antecedentes en el Tránsito a la Modernidad, que en algunos casos hunde sus raíces en la Antigüedad— se proyecta hasta la actualidad⁴².

La Modernidad es el proyecto cultural formulado originalmente por los filósofos de la Ilustración del siglo XVIII (VOLTAIRE, KANT, ROUSSEAU, CONDORCET, entre otros) que tiene como ideales, en el plano filosófico, a la racionalidad, la dignidad del ser humano, la emancipación del individuo y el cosmopolitismo; y, en el plano jurídico-político, a los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad. Es una cultura humanista, orientada al desarrollo del sujeto como ser autónomo, caracterizada por la progresiva lucha por la independencia moral de la persona, ser social, y consiguientemente necesitado de una determinada organización de la vida colectiva, para alcanzar su emancipación. Es un proyecto que suma esfuerzos para la construcción de una ciencia objetiva, una moralidad y leyes universales, una organización racional de la vida social, y, en general, un intento por liberar a todas las expresiones de la vida y del conocimiento de las cadenas de la irracionalidad. Tiene en la idea de progreso a una de las líneas más importantes de su Filosofía de la Historia; y al Estado de Derecho, los derechos fundamentales —en su consagración como paradigmas éticos, además de jurídicos y políticos— junto con la constitución de sociedades libres, abiertas, plurales y democráticas, entre sus principales conquistas⁴³.

La Ilustración es el espíritu crítico del mundo moderno, aplicable a todos los ámbitos de la realidad, que sustituye a la imposición y la tradición de los siglos precedentes. En palabras de Immanuel KANT:

“[E]s la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad. La minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su propio entendimiento sin la guía de otro. *Uno mismo es culpable* de esta minoría de edad cuando la causa de ella no reside en la

⁴² Por Tránsito a la Modernidad se entiende, de manera general, aquel período que va entre la Edad Media y la Edad Moderna, donde muchas de las estructuras, económicas, sociales, políticas y culturales desaparecen, aunque otras se adaptan a la nueva era. No se trata de una etapa histórica con un principio y un final determinados, sino de un tiempo revolucionario donde muchos de los elementos de su realidad ya se anuncian en la Edad Media, otros desaparecen y algunos otros sobreviven (Vid al respecto: PECES-BARBA, Gregorio: “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, op. cit., p. 15 y siguientes; y del mismo autor el libro del mismo nombre: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, op. cit., p. 1 y siguientes).

⁴³ Sobre cómo fue gestándose este proyecto cultural y los aportes que recibió, vid: FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho, La Edad Moderna* (1966), traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, Volumen II de la obra general. Sobre la idea de progreso vid: BURY, John B. *La idea de progreso*, traducción de Elías Díaz y Julio Rodríguez Aramberri, Alianza, Madrid, 1971.

carencia de entendimiento, sino en la falta de decisión y valor para servirse por sí mismo de él sin la guía de otro. *Sapere aude!* ¡Ten valor de servirse de tu propio entendimiento!, he aquí el lema de la Ilustración.”⁴⁴

Con este lema se exhortaba a cada persona a atreverse a pensar por sí misma, a hacer uso público de la propia razón: a pensar, criticar y participar libremente. Una invitación a madurar intelectualmente y a autodeterminarse racionalmente.

Además de esta actitud frente al conocimiento, la Ilustración es una conciencia cultural que se introdujo en los diferentes sectores de la vida humana moderna: la escuela, la familia, la Iglesia, el Estado, etc., caracterizada por una visión secular y el ejercicio libre de la razón como instrumento para alcanzar la realización y la felicidad de las personas. Una concepción del ser humano, de la vida, del mundo, donde se contraponen la soberanía de la razón al orden autoritario de la Edad Media –que se sustentaba en ideas teológicas y eclesiásticas–⁴⁵. Significó un arduo esfuerzo de profundización en la idea de libertad contra el poder ejercido por la tradición político-religiosa dominante en los países europeos. Trajo entre sus consecuencias la emancipación de diversos sectores de la vida de la influencia teológica y religiosa –el Derecho, el Estado, la economía, etc.–, para sustentarlos en la razón y en la autonomía de la persona. Benno VON WIESE explica así esta situación:

“Esta metafísica de la ilustración se forma a través de la secularización de la imagen del mundo medieval. El primado de la cultura suplanta al primado del reino de Dios. La trascendente comprensión del mundo se disolverá en el inmanente esclarecimiento del mundo y su orden racional. A la independencia subjetiva vinculada a la fe, se le enfrenta la libertad, convertida en soberana gracias a la razón. Las nuevas ideas de cultura, libertad, moralidad y razón, tienen todavía su horizonte determinado por el subsuelo cristiano, del que se liberan lentamente.

La Ilustración significa, por tanto, ese intento que se lleva a cabo en todos los dominios de la vida para fundamentar y justificar de un modo unitario la existencia del hombre mundanizado en un mundo predominante determinado por la idea de cultura, y utilizando los medios de la secularización filosófica.”⁴⁶

⁴⁴ “Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?”, en: *¿Qué es Ilustración?*, (Colección Clásicos del Pensamiento), segunda edición, traducción de Agapito Maestre y José Romagosa, estudio preliminar de Agapito Maestre, Tecnos, 1989, p. 17.

⁴⁵ El siglo XVIII significó un profundo esfuerzo de profundización de estas ideas. Hubo, no obstante, diversos pensadores que reaccionaron contra los postulados de la Ilustración. Ellos ejercieron también influencia en el mundo del siglo XVIII. Vid al respecto: SORIANO, Ramón. *La ilustración y sus enemigos*, Tecnos, Fundación Cultural Enrique Luno Peña, Madrid, 1988, p. 9 y siguientes.

⁴⁶ *La cultura de la Ilustración*, –Civitas–, traducción y prólogo de Enrique Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 23.

Este fenómeno no se produjo de la noche a la mañana. Lo hizo paulatinamente en el contexto del mundo moderno, y como consecuencia de una serie de fuerzas y factores que se producen desde el Tránsito a la Modernidad. En dicho período se produjo un profundo cambio en la situación económica, con la aparición de un sistema que, en su desarrollo, llegará a ser el capitalista; la afirmación de la burguesía, con su protagonismo como clase social; la configuración de un nuevo poder político frente a los poderes medievales: el Estado; el cambio de mentalidad impulsado por el humanismo y la reforma; la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo como rasgos de una nueva cultura; la consolidación de un nuevo espíritu científico o de una nueva ciencia; la aparición de un nuevo Derecho producido cada vez más por el poder político, etc. Es decir, una serie de elementos teóricos, culturales, económicos, políticos y sociales que, en su interacción abierta y dinámica, cristalizarán los rasgos que caracterizan a la Modernidad y a la Ilustración.

Su intervención en el mundo –sea educando, reformando o actuando revolucionariamente– no se produce como consecuencia de fuerzas y factores amorales, desprovistas de una finalidad. Ella está siempre sujeta a la norma racional y al precepto moral. Al encontrarse inmersa dentro de la Modernidad, la Ilustración acoge los valores modernos como criterios de moralidad y se considera legítima “como orientada que está en cuanto medida educadora a la felicidad, a la libertad, a la razón. Es una parte en el infinito progresar del género humano.”⁴⁷

No es este el espacio para analizar la aspiración de lograr el progreso y la felicidad de la persona a través del ejercicio libre de la razón, en una visión secular de la vida y del ser humano. No podemos dejar de anotar, sin embargo, que esas metas requieren de la satisfacción de todas las dimensiones de la humanidad. La razón y la individualidad son sólo alguna de ellas. Hay otras dimensiones que las trascienden y que deben ser igualmente satisfechas, como la dimensión espiritual⁴⁸.

⁴⁷ VON WIESE, Benno. *Ibid.*, p. 45.

⁴⁸ Un recorrido, aunque sea sucinto, de las opiniones sobre el problema del alma (o espíritu) y el cuerpo como dimensiones de la humanidad sería interminable y carecería aquí de utilidad. Podemos recordar, sin embargo, que desde la Antigüedad las tesis sobre la relación entre ambas dimensiones oscilan entre las tesis monistas y las tesis dualistas, con una variedad de teorías intermedias. A riesgo de generalizar en demasía, mientras las posturas monistas sostienen que el alma y el cuerpo están íntimamente unidas, las tesis dualistas señalan que el alma y el cuerpo son dos sustancias distintas aunque relacionadas entre sí (al respecto, vid: DE KONINCK, Thomas. *De la dignidad humana*, traducción de María Venegas

Tampoco debe olvidarse que la razón es un medio para alcanzar el desarrollo humano, nunca un fin en sí mismo. En el proyecto ilustrado y moderno la razón tiene siempre una dimensión moral: estar al servicio de la persona humana, promoviendo su progreso en las distintas esferas de su vida. Cuando la persona es relegada o sometida para alcanzar cualesquiera otros objetivos, al que se les ha cubierto con el manto del conocimiento o de la razón, nos encontramos fuera de dicho proyecto. Habremos pasado, si se me permite la expresión, del “autoritarismo de la tradición” al “autoritarismo de la razón”; en ambos casos perjudiciales para la dignidad humana.

Por su fuerte dimensión utópica, la Modernidad ilustrada es un proyecto cultural inacabado, como lo reconoce Jürgen HABERMAS, pues no se han alcanzado todos sus objetivos en el plano de la realidad⁴⁹. A pesar de ello, autores como PECES-BARBA lo consideran un proyecto vigente que se puede actualizar para construir sobre él un modelo ético, político y jurídico⁵⁰. Esta postura le lleva a utilizar dicho proyecto como marco y fuente de sus construcciones teóricas. De él extrae, de manera especial, la secularización, el interés por la dignidad y la autonomía de la persona, el papel que otorga a la razón, así como la moralidad relevante en la relación con la política y el Derecho. Lo reconoce explícitamente en su *España civil* (2005) cuando, al referirse a los momentos históricos desde los cuales su conciencia ideológica se ha ido formando, menciona a: “la Ilustración, en que surgen todos los nuevos ideales que van a acompañar el desarrollo de la dignidad, la Constitución, los derechos humanos, el Estado de Derecho” y “la trilogía de la libertad [es decir, la llamada libertad social, política y jurídica], la igualdad y la solidaridad, la tolerancia y la paz.”⁵¹

Grau, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2006, en especial, p. 91 y siguientes).

⁴⁹ “La modernidad, un proyecto incompleto”, en: *La postmodernidad*, cuarta edición, traducción de J. Fibla, , Kairós, Barcelona, 1998, p. 27 y siguientes.

⁵⁰ Jürgen HABERMAS es de opinión similar. Se pregunta: “¿habríamos de tratar de asirnos a las *intenciones* de la Ilustración, por débiles que sean, o deberíamos declarar a todo el proyecto de la modernidad como una causa perdida?”. Se responde: “Creo que en vez de abandonar la modernidad y su proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de esos programas extravagantes que han tratado de negar la modernidad” (Ibid., pp. 27 y 32, respectivamente).

⁵¹ *La España civil*, op. cit., p. 55, ambas citas. Los otros dos momentos históricos que, según el propio PECES-BARBA, influyen en el acervo de sus convicciones ideológicas o de ética pública serán: “el Renacimiento y los humanistas y los libertinos, que están en el origen de conceptos como los de dignidad, felicidad o tolerancia [...]; y, finalmente, el socialismo democrático o ético, abierto a las corrientes moderadas de la satisfacción de las necesidades, de la búsqueda de la igualdad y de la solidaridad, así como a los nuevos valores del medio ambiente y partiendo de la universalización de esos derechos.” (Ibid).

2.1. Principales aportes tomados del proyecto ilustrado y moderno

La construcción teórica de nuestro autor supone una determinada comprensión de la condición humana y de la convivencia social, basada en la cultura humanista de la Ilustración y la Modernidad. No es un modelo que proponga conservar indiscriminadamente todo lo moderno. Es una propuesta que busca salvar todo lo que tuvo de esencialmente bueno y positivo en materia de valores, principios y derechos para la organización de la vida humana; y, naturalmente, utilizarlos como materiales, conjuntamente con los antiguos y nuevos aportes, para la construcción de un sistema jurídico-político orientado a favor de la persona. No se trata, por consiguiente, de una recepción carente de crítica, que pierda de vista las deficiencias u omisiones de la Modernidad, mucho menos que deje de lado el período anterior o el avance de las ideas que generalmente acompaña al futuro. De unos y otros toma críticamente los aportes parciales que le resultan útiles para construir –en una síntesis armoniosa– una propuesta de organización social orientada a esos objetivos. Lo podemos ver, por ejemplo, cuando al poner de manifiesto el falso dilema entre libertad e igualdad lanzado por autores tales como BURKE o MALTHUS hasta HAYEK y NOZICK, PECES-BARBA afirma: “esa es la peor herencia de [cierto sector] de la Ilustración, que ha reforzado hoy las nefastas consecuencias del liberalismo económico o neoliberalismo y de la llamada globalización”; y cuando tras observar que: “[I]a Ilustración en el ámbito de los grandes espacios europeos integró el republicanismo de Voltaire y de Rousseau con un individualismo a veces insolidario, centrado en los derechos individuales y civiles, en la privacidad, en el interés privado y en las dimensiones formales de la igualdad”, destaca la corrección producida por la dialéctica de los progresivos aportes liberales, republicanos y socialistas que trajeron consigo “el renacimiento de un republicanismo liberal socialista que está en el mejor de los horizontes y supone el retorno, en la actualidad, a la tradición republicana posible”, esto es: “[I]a ciudadanía frente al absentismo liberal, la cooperación frente a la privacidad extrema”, una sociedad donde se defiende la participación ciudadana acostumbrada a “valorar sus opiniones, intereses y principios, en el marco de la Constitución, deliberando y participando en el espacio público con nuevas alternativas

basadas en el bien común y en el interés general”⁵². Entonces, ni recepción acrítica del proyecto de la Modernidad y la Ilustración, ni olvido de los aportes pre y post modernos. Por el contrario, su reflexión filosófica se caracteriza por un uso crítico e integrador de las distintas racionalidades parciales aportadas a lo largo de la historia, con base en dicho proyecto, en una aproximación coherente con el uso que hace de la razón situada en la historia⁵³.

Con esas precisiones, PECES-BARBA construye su edificio teórico partiendo de un postulado humanista antropocéntrico, propio de la cultura ilustrada y moderna –aunque no exclusivo de ella–: la *primacía de la persona humana*, el reconocimiento de la *eminente dignidad* que le corresponde. Ésta aparece como la piedra angular que inspira toda su actividad y sobre la cual descansa todo su edificio teórico. Es su presupuesto epistemológico, el que le sirve de punto de partida y de punto de llegada para todas sus propuestas y reflexiones. Todas ellas están orientadas a respetar, defender, garantizar y promover a la persona⁵⁴.

⁵² Ibid., pp. 148 la primera cita, y 153 las demás.

⁵³ Precisamente sobre este punto Manuel FRAGA expresa una doble preocupación: (i) Que el modelo propuesto por PECES-BARBA esté incurriendo en el error, en el que también incurrió la Modernidad en sus inicios, de querer justificarse a sí misma denostando el período anterior y haciendo tabla rasa de toda cultura creada en el Medioevo; y, (ii) Que esté descuidando la tarea de previsión del futuro y de los cambios que ineludiblemente traerá consigo. Sustenta esa doble preocupación en que nuestro autor tiende a identificar con lo “premoderno” o con lo “postmoderno”, para descalificarlo, a todo lo que no parezca compatible con su paradigma de la Modernidad (Vid: FRAGA, Manuel. “Discurso de contestación”, en: *Ética pública y Derecho*, Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Fraga Iribarne, Sesión de 19 de abril de 1993, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993, pp. 71-72). La razón que brinda Manuel FRAGA no es del todo exacta. Si bien en el discurso y las obras de PECES-BARBA se aprecia que suele descalificar como premodernas o postmodernas –según corresponda– las situaciones que no son compatibles con su propuesta; ello se debe, a que nuestro autor no es neutral, ni pretende serlo –como se encarga de precisar– con las propuestas o alternativas morales, políticas o jurídicas que se postulan, aunque manteniendo siempre la dosis de objetividad que debe corresponder a todo teórico (vid su obra: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 13). Pero es PECES-BARBA, y no el modelo, quien muestra su rechazo calificando con esos términos lo que le parece inadecuado, sin que eso signifique rechazar a todo lo que sea pre o post moderno (el uso que hace de los diferentes aportes históricos para elaborar su concepción de dignidad humana es un ejemplo de ello). El modelo en estudio no rechaza *per se* las ideas anteriores a la Modernidad, ni los nuevos aportes o cambios históricos que generalmente acompañan al futuro; aunque defiende una determinada idea de estructurar a la sociedad que excluye o restringe a otras. Un modelo situado en la historia, abierto a los antiguos y nuevas aportes, a los cambios o progresos de futuro, en la medida que contribuyan a promover mejor a la persona, a avanzar en la consecución de los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen.

⁵⁴ El propio PECES-BARBA dice en el 2005, al respecto: “Si tuviera que señalar una norma básica en mi actividad política, también en este caso podría ser la misma que el punto de partida de mi reflexión académica; es decir, la idea de la dignidad humana que trae consigo inmediatamente la idea de respeto y de reconocimiento del otro como tal otro.” (*La España civil*, op. cit., p. 269).

Por ese motivo, su modelo extrae del proyecto ilustrado y moderno los objetivos de humanización y racionalización, a los que aspira contribuir para que la sociedad esté bien ordenada. La *humanización* consiste en que todos y cada uno de los seres humanos puedan alcanzar con su esfuerzo, pero con la ayuda de los demás, su autonomía moral, su desarrollo integral: la realización de las diversas esferas que configuran su humanidad y le permiten ser más plenamente persona. El mecanismo para alcanzarlo es un objetivo medial: la *racionalización* de la vida social expresada en una moralidad pública con sus exigencias para el poder y el Derecho, exigencias que buscan que el primero sea legítimo y el segundo sea justo, en ambos casos orientados a la humanización de la sociedad y del individuo⁵⁵. Esto significa, principalmente, responder a la necesidad de que la vida en sociedad se desarrolle con igual libertad y solidaridad –sin sacrificios excesivos para que aquella sea posible–, y con seguridad para hacer predecibles las conductas asegurando la convivencia civilizada, justa y pacífica; a partir de allí, que la arbitrariedad se encuentre proscrita, el poder sometido al Derecho, las instituciones organizadas democráticamente y el ordenamiento jurídico se encuentre dotado de un contenido de justicia manifestado en valores, principios, así como en derechos fundamentales derivados de aquéllos. Son esos valores: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, la moralidad relevante para la política y el Derecho, que nuestro autor recoge del proyecto ilustrado y moderno para construir –conjuntamente con los antiguos y nuevos aportes– su modelo teórico⁵⁶.

Para intentar alcanzar esos objetivos, se utilizaron en la Modernidad tres grandes liberaciones: la intelectual, la económica y la política. La liberación intelectual supuso rescatar la autonomía de la razón frente a la moralidad autoritaria y externa que se derivaba de la intervención religiosa –muy enérgica y continua– en los asuntos temporales, sea de orden cultural, científico, político y jurídico. La liberación económica supuso la eliminación de las trabas corporativas y comunitarias respecto de los gremios, así como el protagonismo del individuo y el paso a la economía política basada en la división del trabajo, en el interés propio y en la propensión a comercializar, intercambiar y contratar como rasgos del comportamiento humano. La liberación política supuso la

⁵⁵ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 77.

⁵⁶ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*, Introducción, op. cit., pp. 15-16.

lucha por el fin de la autocracia –de lo que se llamó en su día los “sagrados derechos de los príncipes”–, pretendiendo establecer una organización racional del poder y de la sociedad encaminada a contribuir a que el ser humano se realice como sujeto autónomo del Derecho, que participe en la toma de decisiones políticas y que aparezca como fin último de la actividad política para hacer posible el pleno desarrollo de su dignidad como persona⁵⁷.

La *sociedad abierta* es otra de las ideas que nuestro autor extrae de planteamientos modernos⁵⁸. A diferencia de las sociedades cerradas –que responden a concepciones premodernas–, en las sociedades abiertas –o por lo menos en las que tienen pretensión de serlo– el código moral vigente no se presenta como único, inmutable o indiscutible, sino como revisable y susceptible de modificación. Por eso una sociedad realmente abierta es además plural, ya que rigen en ella una diversidad de códigos morales, y facilita la implantación de la democracia a través de la deliberación y participación de sus miembros⁵⁹. No se trata, sin embargo, de una sociedad donde todo vale, donde cada quien pueda imponer sus puntos de vista o vivir en anarquía. Se trata de una sociedad tolerante, dialogante, inclusiva, donde sus miembros están dispuestos a orientar sus comportamientos hacia un horizonte moral y a participar por su mejoría. En palabras de José Luis L. ARANGUREN:

⁵⁷ Así lo considera PECES-BARBA en su obra: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 22-33.

⁵⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., pp. 26-27.

⁵⁹ En las sociedades abiertas el pluralismo aparece como una de las características de la vida social por excelencia. “El pluralismo deriva de la propia condición humana y de la libertad de pensamiento, de conciencia, de cátedra, de la ciencia, de la investigación y de la creación artística. Así, el pluralismo aparece en todos los ámbitos de la vida, y se puede hablar de pluralismo político, cultural, social, lingüístico, religioso, moral, filosófico, etc. El pluralismo, una consecuencia del libre juego de la razón humana, no es obstáculo para la existencia de sociedades ordenadas y estables, siempre que sean sociedades tolerantes y donde se reconozca al otro, al ajeno, como un ser igualmente digno, libre y razonable capaz de crear y de creer. La cooperación social y la amistad cívica sustituyen en las sociedades bien ordenadas, como son las democráticas, al enfrentamiento y a la dialéctica amigo-enemigo propios de las sociedades cerradas. El pluralismo es el único escenario posible de este modelo, lo que no significa que estas sociedades no incluyan concepciones filosóficas contrapuestas. Sólo es exigible que esas filosofías contrapuestas sean superponibles y no incompatibles. Deben ser, como dice Rawls ‘filosofías comprensivas razonables’, es decir, que expresan una concepción del mundo que se distingue de otras por los valores que prima, que suponen una cierta estabilidad, que no desean usar el poder político para impedir la expresión del resto de las doctrinas, y finalmente, que aunque crean en su verdad, no desean imponerla, ni piensan que supone además la única moralidad política.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre la democracia en la sociedad”, en: *La democracia a debate*, et. al.: Rafael de Asís Roig; eds.: José Antonio López García, José Alberto del Real Alcalá, Ramón Ruiz Ruiz, Dykinson, Madrid, 2002, p. 46).

“Desde el punto de vista *social*, la moralización pasa necesariamente por la apertura y el pluralismo. Desde el punto de vista individual o *personal*, incluso dentro de esa sociedad abierta y pluralista, cada persona se encuentra perteneciendo a un grupo que posee su propio código moral. La tarea moral no consiste ni en someterse ciegamente a él, ni en rebelarse ciegamente contra él. La moral no tiene nada que ver ni con la sumisión por la sumisión ni con la rebeldía por la rebeldía. La tarea moral que nos incumbe a cada uno de nosotros consiste en la progresiva moralización del código moral que encontramos vigente en nuestro grupo. Que ni ese ni ningún otro código son moralmente perfectos se desprende de lo que antes dijimos: un código no es sino la explicitación y el desarrollo, en un sistema de normas, de unos principios morales generales.”⁶⁰

Las sociedades abiertas son propensas a abarcar e integrar a toda la humanidad, pues son sociedades libres, flexibles, impulsadas por la autonomía personal, que dan gran importancia a la conciencia, a la iniciativa moral individual y se rigen por la hegemonía de la razón. Las sociedades cerradas, en cambio, se organizan en torno a un grupo, raza, nación o religión, de un modo hegemónico y excluyente; sus planteamientos son rígidos, anclados en la creencia en una única respuesta correcta que se encuentra basada en una ideología política o religiosa autoritaria; son sociedades que creen en la verdad que les cohesiona, rechazando cualquier compromiso con grupos ajenos, con los cuales no se superponen ni permiten coexistir; sólo aceptan al que llega de afuera si éste asume sus normas sin matices ni fisuras⁶¹. El paso histórico de las sociedades cerradas a las sociedades abiertas se da en la Modernidad, siendo los procesos de liberación intelectual, económica y política los que permitieron hacer ese tránsito. Debido a sus características, una sociedad abierta requiere del reconocimiento y respeto de la igual dignidad del otro, incluso del adversario o de quienes no comulguen con nuestras ideas o de la mayoría; requiere de la tolerancia, de la moderación, del respeto al Derecho, a las instituciones, etc., sin perjuicio de la crítica moral, política y jurídica que corresponda, de la libertad y coherencia con las propias ideas, así como del cumplimiento de las normas que garantizan una convivencia ordenada y civilizada. Siendo la sociedad abierta el tipo de colectividad humana al que el proyecto de PECES-BARBA se refiere, resulta coherente que éste diferencie entre ética pública y ética privada, considerando a esta última como “la moralidad de las personas” y a la primera como “la moralidad de la política y del

⁶⁰ De *Ética y de Moral, Lo que sabemos de Moral, Moral de la vida cotidiana, personal y religiosa*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1991, p. 5.

⁶¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., pp. 26-27.

[D]erecho”, defendiendo esa distinción como el camino que se debe seguir para que una sociedad sea realmente abierta⁶².

En la evolución de sus ideas, nuestro autor define a la *ética privada* –o moralidad privada– como un camino para que las personas puedan determinar su propio plan de vida, su idea de salvación, de virtud, del bien, de la felicidad; correspondiéndole a cada individuo construir o aceptar los ámbitos de su ética privada (por ejemplo, asumiendo la propuesta de una confesión religiosa o de una escuela filosófica)⁶³. En cambio, la *ética pública* –o moralidad pública– es definida por él como un conjunto de criterios guías para que los espacios sociales y los ámbitos de la política y del Derecho sean legítimos o justos, haciendo que todas las personas puedan determinar su propio plan de vida, de salvación, su idea del bien, de la virtud, etc., es decir, su propia ética privada (verbigracia, asumiendo y positivizando valores, principios y derechos fundamentales)⁶⁴.

Estos puntos de vista se completan con un tipo de poder: el *Estado*. Si bien se trata de un concepto histórico, es un tipo de organización política que aparece en la Modernidad, aunque con antecedentes medievales y aportes previos que, en ese período, adquirirán una nueva significación para contribuir a su formación. Una especial forma de convivencia política cuyas notas características son el poder soberano, la racionalidad de la Administración, la hacienda pública, la neutralidad religiosa, etc. No será, sin embargo –en el modelo en estudio–, cualquier tipo de Estado, pues no todo poder político expresa la racionalidad estatal necesaria para el impulso de los objetivos modernos, sino aquél poder democrático que, además de incorporar y garantizar la seguridad, libertad, igualdad y solidaridad, positiviza también los derechos fundamentales y los otros principios necesarios para ello. Es un Estado que tendrá su perfil más acabado en el Estado social y democrático de Derecho el que, según nuestro autor, responde mejor al modelo de la

⁶² *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., p. 30, ambas citas. Vid también, del mismo autor: *La España civil*, op. cit., p. 27.

⁶³ Vid sus obras: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 15-16 y 77-78; y, “Ética pública y ética privada”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 83.

⁶⁴ Vid: “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 83 y *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 69-71.

Modernidad ya que es capaz de integrar y de impulsar, conjunta y equilibradamente, esos valores para alcanzar los objetivos de racionalidad y humanización⁶⁵.

La Modernidad influye también en la forma como concibe el *Derecho*. Lo define como un ordenamiento jurídico estatal, porque es creado y estructurado por el Estado, único poder que conforme a una visión moderna es el que tiene legitimidad y monopolio para hacerlo. Se trata de una postura que excluye o no reconoce como jurídicas a otros ordenamientos –distintos al estatal– que puedan encontrarse en otros ámbitos de la sociedad: el económico, religioso, cultural, etc. (sin perjuicio de la importancia y del rol que puedan tener en esos ámbitos), a menos que cuenten con recepción o delegación por parte del Derecho. De no ser así –dice el autor– estaríamos ante un planteamiento antimoderno que recordaría a la poliarquía medieval⁶⁶. Su visión se completa con una forma sistemática de concebir el ordenamiento jurídico, que también es propia de la cultura moderna –con sus rasgos de unidad, coherencia y plenitud, aunque con matices que se encarga de señalar–, pero que en el modelo exigente que propone no sólo debe incorporar a los valores políticos de la Modernidad –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad–, sino también a los derechos fundamentales y a los demás principios derivados de aquéllos.

Con estos aportes del proyecto ilustrado y moderno, y sin olvido de los materiales pre y post modernos, PECES-BARBA busca contribuir a la construcción y fortalecimiento de una sociedad bien ordenada. Un tipo de sociedad que, en su construcción teórica, supone una serie de exigencias que deben estar incorporadas en el consenso de sus integrantes y que sirven para orientar e interpretar los valores, los procedimientos y las instituciones sociales. Específicamente considera como tales las siguientes⁶⁷:

1º. Como punto de partida axiológico, el reconocimiento y realización de la dignidad humana, con defensa de la vida, el rechazo a la violencia y la lucha por la paz⁶⁸.

⁶⁵ Vid: *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 13 y siguientes; y, *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op., cit. pp. 34, 41 y 94-95.

⁶⁶ Vid: *Derecho y derechos fundamentales*, Introducción, op. cit., pp. 13-14 y 16-17; y *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 92-93.

⁶⁷ Cfr. sus obras: (i) *La España civil*, op. cit., pp. 162-171; y, (ii) “Reflexiones sobre la democracia en la sociedad”, op. cit., pp. 51-52. En ellas se mencionan estas exigencias como requisitos de una sociedad bien ordenada.

⁶⁸ La paz se encuentra muy presente en las reflexiones de PECES-BARBA. Es muestra de ello sus: “Reflexiones sobre la paz”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N° 67, julio de 1985, Madrid, pp. 33-

2°. La distinción entre ética pública y ética privada, con todo lo que supone: pluralismo, libertad ideológica y de conciencia, además de Estado laico, separación entre Iglesia y Estado, así como la asunción y realización de los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, etc.

3°. Pluralismo de diversas ofertas políticas razonables que se superponen y que no son incompatibles. Estas son aquellas que si bien se distinguen unas de otras por los valores que asumen, presentan una cierta estabilidad, no impiden la expresión de las otras y, aunque creen en su verdad, no desean imponerla ni llegan a considerarla como la única respuesta correcta a los problemas prácticos que se puedan presentar⁶⁹. Por eso el modelo requiere de la tolerancia y excluye el fundamentalismo y las éticas autoritarias.

4°. El mutuo reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, con las consecuencias que ello implica: igualdad ante la ley, actuación promocional del poder y del Derecho, así como la protección de la conciencia individual y de la capacidad de cada uno de elegir y realizar su propia ética privada, etc. Por eso se exige evitar el establecimiento de obligaciones jurídicas generales que interfieran en la ética privada de las personas; y si se producen esas situaciones, establecer la exención del cumplimiento de la obligación a través de la objeción de conciencia para aquellos casos puntuales que estén razonablemente justificados.

5°. El reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales, tanto de los denominados individuales, civiles y políticos, como de los llamados económicos, sociales y culturales.

6°. La asunción de una democracia integral que comprenda: la democracia formal, referida a la legitimidad de origen y de ejercicio del poder; así como la democracia material, que supone la asunción de una serie de valores, principios y derechos que son incorporados al contenido de justicia del Derecho.

7°. La obligación *prima facie* de respetar el juego limpio, de seguir las normas que se han aceptado por consenso y la lealtad al sistema.

43. Dicho trabajo se gestó en una conferencia pronunciada el 21 de mayo de 1985 en la Sociedad de Estudios Internacionales de Madrid. Fue posteriormente publicado, con pequeñas modificaciones, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 265-278.

⁶⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. "Reflexiones sobre la democracia en la sociedad", op. cit., p. 46.

8°. El sentido de interés general y el bien común, lo que exige neutralidad de la Administración en su gestión para no favorecer a grupos sectoriales o de presión, sino actuar en beneficio de todos.

9°. La importancia del pluralismo político, de los partidos políticos y demás instituciones que garantizan el equilibrio del juego democrático, como el Congreso y el Poder Judicial, entre otros.

2.2. Un proyecto remozado y vigente: Críticas y respuestas

La influencia que la Ilustración y la Modernidad ejercen en PECES-BARBA es, pues, manifiesta. Sin embargo, este proyecto cultural no ha estado exento de críticas. Ya en el siglo XVIII y XIX diversos pensadores reaccionaron contra sus postulados desde posiciones moderadas (que recogían ciertas propuestas y rechazaban otras o formulaban matices a sus planteamientos) hasta posturas radicales (que veían en sus ideas un peligro para el orden preexistente por lo que las desechaban y atacaban conjuntamente). Eran críticas efectuadas como consecuencia del cambio de paradigmas que supuso este proyecto, o por las insuficiencias que reflejaba para abordar todos los problemas del ser humano situado y concreto⁷⁰. En el siglo XX las críticas han provenido especialmente de quienes postulan el discurso de la postmodernidad, caracterizado por su crítica a la razón universal e ilustrada y el culto a la diferencia. Las expresiones del particularismo socio-político, del relativismo ético-cultural, el nacionalismo excluyente y la versión dogmática del comunitarismo que, en palabras de Juan José SEBRELI, postula un obsesivo “fetichismo hacia la identidad cultural”, son ejemplos de ello⁷¹.

Entre sus principales críticos se encuentran Theodor W. ADORNO y Max HORKHEIMER por la influencia que han tenido sus reflexiones para el llamado

⁷⁰ Vid al respecto: SORIANO, Ramón. *La ilustración y sus enemigos*, op. cit., p. 9 y siguientes.

⁷¹ Este autor explica así su posición: “La sobrevaloración de la llamada identidad cultural de los pueblos, el respeto incondicionado a las peculiaridades, lleva a los relativistas a defender supersticiones y prejuicios enraizados en las tradiciones ancestrales, a aceptar hábitos que, de acuerdo con la manera de pensar actual, son estupideces y, a veces, crímenes”. “Las tradiciones que los defensores de la identidad cultural quieren preservar significan muy frecuentemente la opresión y el sufrimiento de los individuos y el atraso económico y técnico,” (*El asedio a la modernidad, Crítica del relativismo cultural*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 54 y 55, respectivamente).

“pensamiento postmoderno”⁷². Estos autores formularon en la primera mitad del siglo XX cuestionamientos importantes contra el paradigma racional de la Modernidad. Tras examinar las realizaciones, frustraciones, deficiencias y contradicciones del modelo occidental de racionalidad, denunciaron el peligro totalitario que conlleva apelar dogmáticamente a lo racional y advirtieron de la existencia de una dialéctica oculta que conduce a la razón, ofuscada en la consecución de condiciones de vida auténticamente humanas, a perderse “en una nueva forma de barbarie”. Si en un principio el proyecto ilustrado y moderno tenía “por objetivo liberar a los hombres del miedo y convertirlos en soberanos”, hoy en día –nos dicen– “la tierra completamente ilustrada resplandece bajo el signo de las calamidades que triunfan por todas partes”⁷³. Su análisis reposa en una evidente base histórica: por esos años ocurrieron sucesos tan trágicos como los producidos por el estalinismo, el fascismo y la segunda guerra mundial, eventos que destruyeron todo tipo de optimismo histórico acerca del progreso moral de la humanidad. La materialización que alcanzó dicho proyecto en esos años decepcionó las expectativas levantadas: no pudo lograr la emancipación del ser humano a través de la erradicación del dogmatismo y la superstición; por el contrario, se produjo una conciencia equivocada sobre el sentido de la Modernidad, desprendiendo a la razón de su dimensión moral y considerándola unilateralmente como una razón instrumental, lo que ocasionó una extraña compatibilidad entre una enorme perfección en los medios y una tremenda confusión en los fines⁷⁴. Los análisis de estos autores señalaron que en las sociedades modernas existe una correlación entre el nivel de desarrollo técnico, el grado de concentración del poder y los medios disponibles para la inculcación ideológica –el potencial manipulador de la cultura de masas–, significando un ingente peligro para la conciencia crítica y, por consiguiente, para la emancipación de los seres humanos. Un

⁷² Sobre el pensamiento postmoderno vid: LYOTARD Jean-François. *La condición postmoderna, Informe sobre el saber*, (1984), (Colección Teorema), novena edición, traducción de Mariano Antolín Rato, Cátedra, Madrid, 2006.

⁷³ *La dialéctica de la Ilustración* (1947), Trotta, Madrid, 1994, p. 51, la primera cita; y 59, las dos últimas.

⁷⁴ La razón instrumental es llamada así porque “se trata de una razón perfectamente habituada a descubrir qué medios son adecuados para alcanzar los fines que se persiguen, como también a calibrar las consecuencias de realizar determinadas acciones, pero que nada quiere saber de valorar los fines últimos, porque ya no se sabría desde dónde hacerlo.” Según esta postura, “[l]os fines y valores últimos se aceptan o se rechazan, pero es imposible argumentar a favor de unos u otros, pretendiendo que son racionalmente superiores, porque no hay otros fines o valores desde los que calibrarlos.” (CORTINA, Adela. *La ética de la sociedad civil*, –Hacer Reforma–, Alauda Anaya, Madrid, 1994, pp. 46-47).

análisis que no permitía mantener el optimismo y cuya conclusión resultaba desalentadora: el proyecto ilustrado y moderno parecía inviable sino responsable –en los hechos– de algunos de los más perniciosos excesos cometidos por la humanidad.

Esas críticas, aunadas a la constatación de que en la realidad muchas veces el conocimiento o la razón se ha convertido en una meta a alcanzar por sí misma, ha llevado a autores como Eduardo SUBIRATS a considerar que: “[l]a filosofía de la Ilustración ha fracasado” porque el fin que la legitimaba históricamente (la liberación del individuo del temor a los poderes de la naturaleza y de las constricciones y poderes sociales), “ha sido reducido a lo que, en un principio, se había determinado como su medio: el conocimiento científico de la realidad y del poder que de él emanaba sobre la naturaleza y la sociedad.”⁷⁵ Esto se debe –explica este autor– a que el espíritu de las nuevas ciencias, que había sido proclamado por la Modernidad como defensa de la supervivencia individual y de la libertad social, fue objetivado en una nueva forma de institución absoluta: la del conocimiento por el conocimiento y la consideración del avance de la ciencia y de la técnica como fin en sí mismo, como un principio absoluto. Esto produjo un olvido de la condición que justificaba su importancia social: la conservación de la vida frente al poder.

“En lugar de hacerse fuertes frente a la amenaza de la naturaleza y las coacciones sociales, los individuos se han visto socialmente debilitados en la medida en que el espíritu de la ciencia y la tecnología los separaba irreversiblemente de la naturaleza y de su propia naturaleza, y les usurpaba con ello su protección. No sólo el espíritu científico y la razón nacida de la Ilustración ha sido incapaz de abolir efectivamente la angustia de los individuos, sino que ha añadido al temor que no supo esperar [sic; entiéndase “superar”] –el miedo a lo sagrado, la angustia a la muerte– el horror social frente a su propia realidad y poder.”⁷⁶

En otras palabras, el poder científico-técnico, que debía contribuir al progreso de los individuos y de la humanidad, no sólo ha terminado por someter ámbitos importantes de la naturaleza a costa de la estabilidad o subsistencia de ésta, sino que ha acabado por someter al propio individuo y a la sociedad en aras de ese supuesto desarrollo:

“La misma autonomía de la razón, que constituía la premisa de toda la ilustración filosófica entendida como actividad crítica y emancipación efectiva de cadenas sociales, y en cuyo nombre debía de ponerse a salvo la integridad espiritual y física de los sujetos, ha destruido a éstos y los ha sometido a un universo de dependencias institucionales en

⁷⁵ *La Ilustración insuficiente*, Taurus, Madrid, 1981, p. 127, ambas citas.

⁷⁶ SUBIRATS, Eduardo. *Ibid.*

virtud de su mismo desarrollo. El individuo empírico ha de experimentar aquella racionalidad como una coacción total y totalitaria porque le impide ya toda confrontación espontánea y rica con el mundo de lo particular que lo rodea.”⁷⁷

Entre las deficiencias o grandes promesas incumplidas de la Modernidad, Boaventura DE SOUSA SANTOS anota las siguientes: el incumplimiento de la promesa de igualdad, que se ve reflejada en la gran diferencia que existe en la distribución de la riqueza entre los países capitalistas desarrollados con relación a los países en vía de desarrollo; el incumplimiento de la promesa de libertad, ya que las violación de los derechos humanos en países que viven formalmente en democracia y en paz han alcanzado niveles alarmantes; el incumplimiento de la promesa de paz perpetua: basta con pensar en las dos grandes guerras mundiales del siglo XX, sin dejar de tener en cuenta las situaciones de violencia que le precedieron y le sucedieron; y el incumplimiento de la promesa de dominación de la naturaleza, pues se ha incidido de manera perversa sobre ella afectándola severamente y causando una crisis ecológica de proporciones alarmantes⁷⁸.

Los inconvenientes para abordar los problemas del ser humano situado y concreto, así como para responder de manera adecuada a la diversidad cultural, al particularismo socio-político y, en general, a la diferencia, son otros de los cuestionamientos que se han formulado contra el pensamiento abstracto y universal de este proyecto. Un reproche que hunde sus raíces en los planteamientos contrarrevolucionarios del Siglo de las Luces, que cuestionaban la idea de “hombre” de la Ilustración. Así lo expresaba Joseph DE MAISTRE: “La Constitución de 1795, como las precedentes, está hecha para el hombre. Ahora bien, el hombre no existe en el mundo. Yo he visto, durante mi vida, franceses, italianos, rusos..., y hasta sé, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa: en cuanto al hombre, declaro que no me lo he encontrado en mi vida; si existe lo desconozco”⁷⁹.

Todas estas críticas, certeras en muchos aspectos, deben ser matizadas. En la producción académica de PECES-BARBA se extraña, sin embargo, la presencia de alguna

⁷⁷ SUBIRATS, Eduardo. *Ibid.*, p. 128.

⁷⁸ Vid su obra: “Sobre el Posmodernismo de oposición”, (1999), en: *El Milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, traducción de Antonio Barreto, Trotta-Ilsa, Madrid, 2005, pp. 98-99.

⁷⁹ *Consideraciones sobre Francia*, traducción de C. Gutiérrez de Gamba, Rialp, Madrid, 1955, p. 142.

obra que se encargue de hacerlo o que se ocupe de responderlas en forma sistemática. No se trata de una omisión involuntaria. El propio autor lo explica en su *Carta manuscrita* (2006):

“La modernidad, desde el Renacimiento a la Ilustración sitúa, a mi entender los fundamentos de la democracia liberal y social y de su Derecho. No se si mi displicencia esté justificada pero considero poco fundadas esas críticas a las que no creo que se deba dedicar mucho atención. Espero que en el cambio histórico sigan valiendo los conceptos que hicieron de la modernidad un núcleo de civilización.”⁸⁰

Si bien las críticas formuladas contra el proyecto ilustrado y moderno pueden resultar insuficientes para justificar su abandono, la gravedad de los datos empíricos en los que se basan, que explican su pesimismo y dureza, merecen atención y respuestas. Éstas no sólo contribuirían a desvirtuar o matizar los argumentos de quienes defienden tal abandono –acción que sí ha sido realizada por otros autores–, sino que servirían para mejorar y poner a prueba las propias propuestas, incluso las del proyecto ilustrado y moderno⁸¹. Servirían para fortalecerlas y perfeccionarlas, desechando lo negativo e irracional que aquellas críticas pudieran tener, y rescatando e integrando lo positivo y razonable que pudieran aportar. Al respecto, cabe oponer las siguientes observaciones:

1º. Contrariamente a lo que esas críticas parecen propugnar, no resulta congruente, o por lo menos suficiente, descalificar unos fines o valores por su falta de

⁸⁰ *Carta manuscrita*, 16 de Agosto de 2006, op. cit., p. 1.

Sobre este punto cabe señalar que PECES-BARBA se refiere a la crisis del proyecto moderno y a la aparición de la cultura postmoderna en su artículo: “Valores jurídicos y políticos de la cultura europea”; sin embargo, más que una respuesta a los cuestionamientos postmodernos es una recapitulación de los grandes objetivos, de los logros y frustraciones del proyecto moderno. Una estrategia metodológica a la que considera como “el único camino para valorar si la modernidad tiene futuro en el próximo milenio y si sus ideales centrales, especialmente sobre la persona como sujeto moralmente autónomo, independiente y libre, sigue siendo el núcleo central del humanismo laico. Renunciar a eso [agrega nuestro autor] es rendirse ante la postmodernidad, con el anuncio del fin de la historia, de la desaparición del sujeto humano, y con la fragmentación en mil pedazos de la cultura, con la conversión de los ciudadanos en consumidores y en propiedad de sus propietarios, con la dependencia del ordenador y con la aceptación del capitalismo y del mercado como último referente moral. Es aceptar una complejidad, imposible de ordenar, y una fragmentación imposible de integrar y cuando los hombres renuncian a comprender siempre tienen la tentación de manipular.” (“Valores jurídicos y políticos de la cultura europea”, en: *Economía y Sociedad. España y Europa en la década de los noventa*, Consejo Social de la Universidad de Valladolid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Valladolid, 1995, pp. 49-50).

⁸¹ Por todos los autores que se han ocupado de responder a los argumentos de quienes promueven el abandono del proyecto ilustrado y moderno, así como de insistir en la necesidad de explorar vías que permitan reconciliar dicho proyecto con las nuevas tendencias y necesidades que van apareciendo, puede citarse a: Alfonso DE JULIOS-CAMPUZANO, siendo una muestra de ello su obra: *La Globalización ilustrada, Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 30, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

correspondencia con la realidad. Mientras estos últimos apuntan a lo que *debería ser*, esas críticas apuntan a lo que *es* en la vida real. Cuando esos fines o valores son dignos de alcanzar –como ocurre con los del proyecto ilustrado y moderno por el servicio que prestan a favor de la humanidad– las dificultades para alcanzarlos no deben conducir a su abandono, antes bien, deben impeler a mayores esfuerzos para su realización.

2°. Despreciar las conquistas de la Modernidad al extremo de no ver por doquier más que la alianza entre razón y dominación, no sólo es un exceso sino también una injustificada simplificación. Como lo advierte Jürgen HABERMAS: una condena absoluta de la razón en su totalidad, dista mucho de constituir el modo más reflexivo e idóneo de reaccionar ante las manifiestas patologías del mundo moderno. Condenar de plano cualquiera de los usos de la razón constituye un sinsentido, ya que la viabilidad de una crítica lógicamente consistente de los efectos no deseados de la modernización depende, a su vez, de los presupuestos racionales y normativos que la Modernidad puso a punto⁸².

3°. En el proyecto ilustrado y moderno hay elementos positivos subyacentes que ciertamente pueden y deben ser salvados; más si se tiene en cuenta que, por su fuerte dimensión utópica, no ha alcanzado todos sus objetivos en el plano de la realidad. Si bien en varios ámbitos ha sido realmente insuficiente, se trata de un proyecto cultural inacabado y aún no superado⁸³.

4°. La razón por la razón, desprovista de un horizonte ético, no se corresponde con ese proyecto. La razón sin dimensión moral puede producir otras formas de dogmatismo o de dominación –como el pragmatismo deshumanizante, la discriminación, la corruptela y otras formas de perversión– que contradicen sus objetivos y presupuestos. El hecho de que la razón sea utilizada no pocas veces como un fin en sí mismo no es una crítica adecuada contra el planteamiento ilustrado y moderno; es una patología, una contradicción de sus términos. No se olvide que el objetivo final de este proyecto es la emancipación de la persona, a través de la implantación de una sociedad bien ordenada; por ese motivo, la razón –que en este proyecto es considerada como un medio para alcanzar ese objetivo– no puede carecer de horizonte ético. Siendo coherentes con ello, la

⁸² *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 155.

⁸³ Jürgen HABERMAS es de igual parecer. Cfr. sus: *Ensayos políticos*, traducción de Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988, p. 265 y siguientes; y del mismo autor: “La modernidad, un proyecto incompleto”, op. cit., p. 27 y siguientes.

razón –en todos los ámbitos de la vida o la cultura– debe ser considerada siempre como un medio para alcanzar el desarrollo humano, nunca un fin en sí mismo. Debe tener siempre una dimensión moral: estar al servicio del ser humano. El problema no se encuentra, por tanto, en tales medios sino en el uso que se haga de ellos.

5°. Este proyecto es una propuesta cultural situada en la historia, por lo tanto, perfectible y abierta a aportes mayores. Como ocurre con cualquier propuesta cultural, puede y debe ser renovado. Además de corregir sus errores, es posible reconstruir a partir de él una razón moral para hacer realidad sus objetivos⁸⁴. Las muchas referencias que ofrece el siglo XX sobre la fragilidad de la modernización ilustrada de las sociedades desarrolladas –sobre todo en el ámbito político– así lo reclaman (por desgracia, la barbarie experimentada por la humanidad durante la primera mitad del siglo XX es uno de los más notorios emblemas, pero no la única referencia). En ese esfuerzo no resulta conveniente, ni mucho menos correcto para la plena realización de la persona, renunciar a los objetivos de racionalidad y humanización que postula este proyecto para alcanzar, a partir de esa renuncia, un modelo de convivencia alternativo. Lo que se precisa es rescatar lo valioso de él y volver a dotar a la razón de un carácter profundamente práctico y emancipador; es decir, vincularla con la satisfacción de las necesidades concretas de los seres humanos, buscar con ella la autonomía de cada persona, no olvidar la interacción que ésta mantiene con la sociedad y el conjunto de la naturaleza, a fin de alcanzar un desarrollo pleno, real y vivificador. Se trata de afianzar dicho proyecto, adaptándolo a los nuevos tiempos, renovando críticamente la dimensión moral de la razón, así como el uso de los medios adecuados para su concreción. No se trata de conservar indiscriminadamente todo lo moderno, sino de buscar salvar de la Modernidad todo lo que tuvo de esencialmente bueno y positivo para la organización de la vida humana; y,

⁸⁴ “Así construida, nuestra ética conserva el *status* de una ética en sentido ‘fuerte’, que no cree en el fracaso del proyecto moral ilustrado, sino que, por sentirlo incompleto, se apresta a llevarlo a cabo. La Ilustración –al menos ciertas corrientes ilustradas– suponía la fe en el progreso técnico y moral, pero estando el primero al servicio del segundo: la racionalidad técnica era *ancilla* de la razón práctica. El hecho de que la razón instrumental se haya convertido en señora, y que su triunfo tenga por secuelas el emotivismo y el nihilismo, no significa tanto el fracaso como la desviación con respecto a ideales de libertad, igualdad y fraternidad, que deben ser encarnados. Se trata, pues, de reconstruir con medios actuales una razón moral, que tiene su matriz en la Modernidad, pero intentando eludir críticamente las consecuencias indeseables que la historia ha comportado de hecho y pudieran tener en ella su origen.” (CORTINA, Adela. *Ética sin moral*, op. cit., p. 164).

naturalmente, utilizarlos como materiales, conjuntamente con los antiguos y nuevos aportes, para la construcción de un mundo mejor orientado a favor de la persona.

6°. En ese esfuerzo, es posible formular planteamientos abiertos al diálogo intercultural, a la diferencia, a los problemas del individuo concreto, a fin de abordar de manera fructífera los problemas del multiculturalismo, de la globalización y del ser humano situado en sus circunstancias concretas⁸⁵. Hacer posible la convivencia humana, con respeto a la diversidad y la inclusión de todos, es el reto que enfrenta la democracia de nuestro tiempo. No se puede seguir tratando a las minorías como si no existieran o, peor aún, con la única arma de la represión a los que son diferentes por causa de su religión, de su origen étnico, de su pertenencia cultural, etc. Se requiere construir una sociedad bien ordenada donde se reconozca la igual dignidad del otro y donde se aprecie positivamente la diversidad, especialmente de los diferentes grupos culturales, garantizándose la inclusión y participación en las diversas esferas de la vida social. En ese horizonte es posible rescatar la importancia de la comunidad, sin perder el valor de la persona individual, en una mutua responsabilidad que tenga como objetivo final la emancipación de todos y cada uno de los miembros de la familia humana. También es posible, y necesario, volver la mirada a la naturaleza, a su cuidado y protección, e insistir en el disfrute racional de sus recursos, de tal manera que se pueda gozar de un desarrollo sostenible que asegure una relación vivificadora así como el disfrute de sus beneficios a las generaciones futuras. No se trata de renunciar a los paradigmas de la Modernidad y la Ilustración, sino de abrir sus esquemas a nuevas reflexiones con el propósito de perfeccionarlos y enriquecerlos. Es así como puede desarrollarse una auténtica sociedad

⁸⁵ “Se podría afirmar que la ‘igualdad’ entre los seres humanos puede o, incluso, debe admitir ‘diferencias’ personales entre ellos –puesto que éstas son las que los identifican como tales y en base a las cuales pueden expresar necesidades específicas–, pero *no* puede admitir desigualdades o diferencias sociales y económicas entre ellos, porque éstas son las que los discriminan socialmente. Las ‘diferencias’, pues, sirven para *identificar* a los seres humanos en sus diferentes contextos o *situaciones* culturales y vitales de copertenencia, frente a la abstracción y a la homologación universales y, a la vez, excluyentes, y frente a la vaciedad antropológica, que han sido provocadas por la puesta en práctica de una igualación meramente formal y asimilacionista.

El considerar la *diferencia* como un valor jurídico-político implica [...] la necesidad de desarrollar mecanismos públicos de gestión económica y cultural, a la vez que derechos de protección y de integración social de las diferentes y múltiples identidades culturales, en cuanto *situaciones* en las que [...] los seres humanos se encuentran en el mundo y desarrollan libremente su dignidad.” (FARIÑAS, María José. *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 16, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 49).

libre, abierta, plural y democrática; una sociedad bien ordenada a la altura de nuestro tiempo. Tomando los aportes de María José FARIÑAS, tal tipo de sociedad:

[R]econoce y acepta al ‘otro’ como tal y en pie de igualdad, en su propia identidad y con toda la complejidad y apertura mutuamente autocrítica, que tal aceptación implica; es decir, una sociedad plural es aquella en la cual cada identidad cultural diferente reconoce a la otra, como una entidad legítima con la cual es preciso debatir y negociar, sin la imposición de ningún tipo de cuestión innegociable y sin pretensiones de homogeneización [...]. Una sociedad plural e intercultural es aquella que quiere y sabe convivir con la complejidad del pluralismo, aplicando criterios relacionales para alcanzar la igualdad *entre* todos los pluralismos existentes, es decir, entre todas las comunidades o grupos sociales diferenciados, permitiéndoles participar también en las gestiones y deliberaciones públicas de carácter político, económico y cultural.”⁸⁶

7°. No hay pues que apresurarse en dar por superado el proyecto ilustrado y moderno. Por el contrario, convendría retomarlo incorporando críticamente en él a todos los planteamientos –como los del llamado “pensamiento postmoderno”– que han tenido el mérito de señalar sus límites o los problemas que provoca su impacto en la realidad. Tras corregir los errores y deficiencias de este proyecto, urge declarar su vigencia y llevar a su cumplimiento aquellos aspectos emancipatorios que, tras ser anunciados, fueron abandonados o traicionados. Siguiendo a Jürgen HABERMAS: “en vez de dar por perdido lo moderno y su proyecto, debemos más bien aprender de sus equivocaciones y de los errores de su exagerado proyecto de superación”. Dicho de otra manera: “no hay más cura para las heridas de la Ilustración que la propia Ilustración radicalizada”⁸⁷. Se trata de interpretar críticamente el legado ilustrado, teniendo en cuenta que el mundo no adolece de un exceso de razón, sino más bien de un importante déficit en su aplicación. Las diversas patologías de la Modernidad –todas sus distorsiones y contradicciones– no son atribuibles a la razón en sí misma; son, por el contrario, el resultado de su abandono, del desinterés por hacer uso de ella o, en no pocos casos, del predominio –indebido– de algunas dimensiones de la misma sobre la dimensión ética a la que siempre debe estar orientada. En vez de proceder de modo negativo contra la razón, en una crítica derrotista, fatalista y sin salidas, se trata de reconstruir con optimismo y en positivo las potencialidades liberadoras de la razón.

⁸⁶ Ibid., pp. 59-60.

⁸⁷ *Ensayos políticos*, op. cit., pp. 279 y 190, respectivamente.

3. Una visión de la política orientada al desarrollo humano. Los obstáculos que dañan la política

PECES-BARBA no ha elaborado una definición cerrada y acabada sobre lo que es la política. Quizás porque advierte que la vida –y la política es un aspecto de ella– es mucho más rica que los intentos de sistematización de las ciencias sociales; pero probablemente también porque sus sentidos son diversos incluso para la ciencia y la filosofía que se ocupan de ella. En función a la perspectiva que se adopte para estudiarla, puede ser percibida como una estructura, un proceso o un resultado⁸⁸.

La política es vista como *estructura* cuando lo que se estudia es el modo estable en que una comunidad organiza sus actuaciones políticas; es decir, cuando se observa sus formas de organización social y/o se analiza sus reglas e instituciones (los factores que explican la aparición del Parlamento, del Tribunal Constitucional, los métodos para designar a los titulares del poder, las funciones que se le asignan, la manera como las ejercen, etc.). Corresponde a esta dimensión el análisis del Estado y de sus instituciones, así como el estudio de otras formas paraestatales de organización política o de las organizaciones políticas internacionales. Estamos ante la cara estable de la política.

En el examen de la política como *proceso* se presta especial atención a una serie de conductas, individuales y/o colectivas, que se concatenan dinámicamente. Se examina de manera particular los comportamientos de diferentes sujetos, atendiendo a sus motivaciones y formas de intervención (los factores que influyen en una negociación entre partidos políticos para formar una coalición de gobierno, los motivos por los cuales unos ciudadanos se organizan en asociaciones políticas mientras otros prefieren la acción individual, etc.). Estamos ante la cara dinámica de la política: la política en acción.

Cuando se contempla la política como *resultado* se observa principalmente las respuestas que la combinación de estructura y proceso da a cada situación, demanda o conflicto. Estas respuestas –en forma de decisiones– son el resultado final de la política, destinadas a intervenir en las relaciones sociales, a regular las demandas o las tensiones existentes en diferentes ámbitos de la vida social. Interesa analizar, por ejemplo, qué

⁸⁸ Sigo aquí, por su claridad, a Josep M. VALLÈS. *Ciencia Política: una introducción*, (Ariel Ciencia Política), Ariel, Barcelona, 2000, pp. 45-47.

medidas deben adoptarse para combatir el desempleo, la pobreza, la deserción escolar, cuáles serían sus presupuestos, sus consecuencias, etc. Tienen aquí lugar el examen de las llamadas “políticas públicas”.

PECES-BARBA se ha ocupado de analizar la política como estructura, proceso y resultado. La preocupación por la estructura lo está cuando se ocupa del Estado o de las instituciones que son necesarias para que el poder se organice de manera adecuada (verbigracia, cuando reflexiona sobre el Parlamento⁸⁹). La política como proceso aparece cuando analiza la manera como debe ejercerse el poder para alcanzar sus objetivos, cuando se ocupa de los criterios que deben respetarse para no vulnerar las reglas de la democracia (como ocurre con el principio de las mayorías, que debe respetar a las minorías⁹⁰). El interés por el resultado se advierte cuando postula que el poder político debe cumplir con una serie de exigencias derivadas de los valores, derechos y demás principios –fundamentalmente a través de las llamadas políticas públicas– para actuar coherentemente con el proyecto de organización social que formula (como sucede con las exigencias para alcanzar la igualdad material⁹¹).

Pero la política puede ser clasificada también en función a los roles que se le asignan. Así, es posible distinguir las siguientes nociones: (i) la política entendida como control sobre personas y recursos: aquí será político todo fenómeno relacionado con las formas de poder o de dominio sobre los demás, capaz de imponer conductas que no serían espontáneamente adoptadas (MAQUIAVELLO⁹²); (ii) la política como actividad desarrollada a través de un sistema de instituciones públicas: será política toda actividad insertada en instituciones estables –esencialmente pertenecientes al Estado–, autorizadas a ejercer coacción sobre la comunidad (WEBER⁹³); (iii) la política como actividad dirigida por objetivos de orden y equilibrio social: será política toda actividad encaminada al fomento del bien común o del interés general (ARISTÓTELES⁹⁴); (iv) la política entendida

⁸⁹ Vid su trabajo: “Reflexiones sobre el Parlamento”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 10, marzo de 1986, Madrid, pp. 207-219.

⁹⁰ Vid su: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 97-107.

⁹¹ Vid su libro: *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 287 y siguientes.

⁹² Vid: *El príncipe*, (Ciencia Política. Fundamentos), traducción de Fernando Domènech Rey, Istmo, Madrid, 2000.

⁹³ *El político y el científico*, (1921), décima reimpression a la primera edición, Alianza, Madrid, 1988.

⁹⁴ Vid: *Ética a Nicómaco*, (Clásicos políticos), quinta edición, traducción de María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

como una lucha permanente entre “nosotros-ellos”, basada en la distinción “amigo-enemigo” (SCHMITT⁹⁵); y, (v) la política como práctica o actividad colectiva que los miembros de una comunidad llevan a cabo, con la finalidad de gestionar o regular los conflictos sociales mediante la adopción de decisiones vinculantes que, de ser necesario, pueden ser ejecutadas mediante el uso de la fuerza (VALLÈS⁹⁶). Todas estas nociones tienen puntos comunes, se influyen y se complementan, pero se distinguen en el énfasis que ponen en alguna de las manifestaciones de la política: el poder, la institucionalización, el sistema de valores, la violencia organizada, la gestión de los conflictos sociales, etc. Otras nociones también son posibles.

PECES-BARBA asume una posición no-neutral al respecto. No desarrolla una reflexión descriptiva sobre lo que es la política, pues no busca explicar ni dilucidar su sentido; sino una reflexión prescriptiva porque le interesa analizar las exigencias que debe cumplir para que sea legítima y, de acuerdo con ello, para discutir y evaluar su resultado, proponiendo además el diseño de instituciones apropiadas que integren su estructura. Un uso de la filosofía política que vincula la política con una dimensión moral. Ya lo había adelantado Leo STRAUSS: “La filosofía política es la tentativa de conocer en verdad la naturaleza de las cosas políticas y el orden político justo o bueno”⁹⁷; es la que mejor se presta para mediar entre distintas visiones de la vida deseada, siendo propicia para demostrar con argumentos por qué un conjunto de valores, instituciones y políticas es mejor que otro. A decir de Bhikhu PAREKH: “[l]a filosofía política es una disciplina compleja” que tiene, por necesidad de su objeto, ser “a la vez, *tanto* explicativa como recomendatoria, tanto analítica como prescriptiva”, resultando “incompleta si se queda sólo en una u otra cosa”⁹⁸:

“La política es una actividad práctica que trata de la forma en que vivimos colectivamente, de cómo manejamos nuestros asuntos, de cómo hacemos nuestras elecciones, de cómo resolvemos nuestras diferencias y así sucesivamente, y suscita necesariamente temas morales. Así pues, exige una forma de teorización que no distorsione ni nos haga perder de vista su naturaleza *práctica*. Un filósofo político no puede ser ni enteramente teórico, como puede serlo el físico, ni enteramente práctico,

⁹⁵ *El concepto de lo político*, (El libro universitario), versión de Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 1998.

⁹⁶ *Ciencia Política: una introducción*, op. cit., p. 18.

⁹⁷ *Qué es la filosofía política*, Guadarrama, Madrid, 1970, p. 14.

⁹⁸ *Pensadores políticos contemporáneos*, (1982), (Alianza universidad), versión española de Vicente Bordoy, revisión técnica de Fernando Vallespín Oña, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 11, las tres citas.

como ocurre con el médico o el ingeniero. La filosofía política trata de comprender y de explicar; también trata de diagnosticar el malestar de la época, de criticar las tendencias que se consideran responsables del mismo y de proponer una alternativa. Sus dos objetivos principales no son, obviamente, fáciles de reconciliar; la filosofía política contiene por lo tanto una tensión.”⁹⁹

Quizás por esa razón PECES-BARBA no se ocupa con preferencia en describir la política que *es*, sino en prescribir la que *debe ser*. En su ensayo: “Política: esencia y existencia” (1963) se aprecia ya esta perspectiva con la que se aproxima a su estudio. Reconociendo que es fundamental para la vida social, porque no puede haber vida social sin política, considera que en una organización adecuada de la sociedad está la clave de la perfección ética y de la plenitud del ser humano:

*“En un sentido amplio [afirma], la política supone el fomento y desarrollo de los vínculos, que hacen posible la vida del hombre en sociedad y facilitan el perfeccionamiento integral de su personalidad. En este sentido, actividad política, es toda actividad social, pero nos interesa aquí precisar más su concepto: concretamente la política tiene como misión organizar la sociedad en orden al bien común histórico, Seguridad o Justicia en la tierra, facilitando el trascendente cumplimiento del fin último del hombre.”*¹⁰⁰

Así considerada, la política es tempranamente caracterizada por nuestro autor de la siguiente manera¹⁰¹: (i) tiene como fundamento al ser humano, por lo que cualquier actuación política debe estar encaminada a ayudarlo a su desarrollo integral, así como a defender, proteger y promover sus principales derechos; ése será su principal referente y su mayor objetivo ético; (ii) tiene una estructura dialógica, pues sin diálogo no puede haber política; (iii) su esencia, aquello que le hace ser y le diferencia de lo demás, se encuentra en el mundo de los valores que permanecen, y que todos los seres humanos tienen que buscar e intentar plasmar en la realidad histórica; la libertad, la solidaridad, la igualdad (a la que inicialmente denomina también como justicia) y la seguridad, aparecen como los valores que constituyen esa esencia; (iv) como la política no puede quedarse en el mundo ideal de los valores, sino que tiene una vocación de realización en la vida social, para estructurarla y configurarla, su existencia es la lucha constante para hacer vida esa esencia; (v) para cumplir ese propósito, la política debe valerse de medios reales,

⁹⁹ PAREKH, Bhikhu. Ibid.

¹⁰⁰ “Política: esencia y existencia”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, Nº 2, noviembre de 1963, p. 6. La cursiva es del propio autor.

¹⁰¹ Vid: Ibid.

no permanentes, sino actuales¹⁰². Pero no de cualquier tipo de medios, sino de aquellos que cumplan dos limitaciones: que no sean medios inmorales (pues si la política aspira a conseguir un fin ético, esto es, el perfeccionamiento del ser humano, no puede admitir medios que vayan en contra de esa finalidad), y que sean respetuosos del conjunto de normas e instituciones que conforman el Estado de Derecho (las reglas de juego), bajo el convencimiento de que la forma de la actividad política exige esa estructura formal. Desde sus inicios PECES-BARBA considera que la actuación política debe utilizar siempre medios moralmente correctos y responder a valores que estén al servicio de la humanidad. Acusa como fariseos de la democracia a quienes, propugnando valores democráticos, actúan de manera contradictoria con ellos:

“También la democracia tiene sus fariseos, y su responsabilidad es mayor cuanto más importante es el puesto que ocupan en la política de su país. Nunca existe justificación para esa hipocresía, cuando se intenta además cubrir con la excusa de la defensa del mundo libre. Recordando la frase de Peguy sobre la revolución, podríamos decir que la [d]emocracia será moral o no será. Cuando cualquier dirigente político [...] cree servir o afirmar servir al mundo libre con medios inmorales o pactando con gobernantes no democráticos está desprestigiando a una vía que es el único camino para una convivencia civilizada”¹⁰³.

Esta concepción se encuentra también presente en su trabajo: “El desarrollo político como desarrollo humano” (1972-1978). En él reafirma su postura de concebir la política al servicio del ser humano y perfila algunas de las notas que deben caracterizarla para contribuir a su desarrollo integral¹⁰⁴. Proclama así que “[e]l centro y el punto de partida de todo desarrollo humano tiene que ser el hombre libre”; estableciendo como primer requisito para su cristalización la intervención de las personas, pues “[u]n desarrollo puramente material, sin esa participación, puede aumentar los desequilibrios y las servidumbres, puede no ser liberador”¹⁰⁵:

“Así, la primera condición de este desarrollo tiene que ser favorecer la intervención de las personas. Los hombres deben ser despertados, interesados, nunca utilizados contra su voluntad. Eso supone la consideración de todas las personas como hombres libres, dignos, y respetables, consideración de la situación y de las condiciones en que esa libertad tiene que desarrollarse. No se trata de aceptar la retórica abstracta del ciudadano

¹⁰² Así –según él– mientras la esencia de la política es lo permanente: los valores; la existencia de la política es lo histórico o actual: la realidad que se debe transformar o hacer frente para realizar los valores (Ibid).

¹⁰³ PECES-BARBA, Gregorio. “El fariseísmo de algunos demócratas”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, N° 87, diciembre de 1970, p. 31.

¹⁰⁴ Vid: “El desarrollo político como desarrollo humano”, op. cit., p. 84 y siguientes.

¹⁰⁵ Ibid., p. 82, ambas citas.

o del *homo juridicus*, sino de plantear los problemas de un hombre situado y comprometido”¹⁰⁶.

Tal modelo de desarrollo político requiere de la democracia, el único camino que favorece mejor la participación responsable de las personas. No de cualquier democracia, sino “de una democracia integral que tiene que hacer compatibles libertad e igualdad”¹⁰⁷. Sólo en una democracia renovada, capaz de integrar esos valores, además de la concurrencia de la solidaridad y la seguridad, el desarrollo político será auténticamente humano¹⁰⁸.

Por tales motivos rechaza las posturas que consideran que la política está al servicio de sí misma y no de la persona, a las que postulan que ésta y la moral deben estar subordinadas al poder político, a las que privilegian la técnica en detrimento de la moral y del ser humano¹⁰⁹. Se enfrenta a las concepciones que defienden un desarrollo político puramente formal, aquellas que postulan un relativismo neutral porque consideran imposible afirmar con certeza una verdad en el campo social y político (lo cual podría resultar peligroso para la defensa y promoción de la persona), donde lo único que ofrecen a los ciudadanos son cauces para expresar sus puntos de vistas y seguir su propio camino, casi siempre aislado, sin ser solidario con los problemas de los otros¹¹⁰.

¹⁰⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 92.

¹⁰⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

¹⁰⁸ “Es decir, se trata de realizar un desarrollo político que asuma, depurándolas de lo no valioso, las tres grandes liberaciones del mundo moderno: la renacentista, la liberal y la socialista. En esos tres momentos se plantean los fundamentos que hoy hacen posible esta posición: la liberación intelectual y científica, el análisis certero del poder y de su estructura pluralista y controlada, y la organización económica y social racional que supere el capitalismo. Se puede evitar desde esta perspectiva los dos parcialismos que dañan gravemente esa posibilidad de un desarrollo político humano. Se trata, por una parte, de superar el liberalismo capitalista que, manteniendo en sus estructuras sociales y jurídicas la libertad formal, no las orienta para que sean caminos de una auténtica liberación. Se trata, por otra parte, de superar la democracia totalitaria que pretende conseguir la liberación de hombres libres.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 92-93).

¹⁰⁹ “[E]l desarrollo político no es desarrollo simplemente técnico [nos dice], las Leyes políticas son Leyes de la acción humana que contienen en sí valores morales. La justicia, la libertad, el respeto a los demás forman parte de la estructura de la realidad política. Todo desarrollo político que ignore esa realidad será imposible”, pues como mínimo producirá miedo e inseguridad que conllevará a la autodestrucción del cuerpo político. “Debemos también descartar esta forma de desarrollo político. Sólo un desarrollo político que tenga en cuenta las finalidades esenciales del hombre y su vinculación con la vida política, sus resortes más profundos: la Justicia, la Ley y la amistad recíproca, podrá promover a la vez el desarrollo del hombre y de sus energías morales y espirituales.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 85, ambas citas).

¹¹⁰ “Naturalmente esta línea [se refiere a la que propugna un desarrollo político puramente formal] conduce a la relativización de los valores éticos, y, en el fondo, a la indefensión de la libertad, a su desarme”. “Este modelo de desarrollo político neutral tiene siempre el peligro del uso retórico de los grandes valores que dieron origen a la democracia liberal: libertad, lucha por la felicidad, derechos humanos, etc.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 90, ambas citas).

Critica además aquella visión tecnocrática y desideologizada de la política que la reduce a un conjunto de actividades concretas donde lo económico y su desarrollo eficaz son el presupuesto necesario y suficiente para producir el desarrollo político: “El desarrollo económico no produce, sin más, desarrollo político ni promoción humana, tal como se plantea en esa concepción tecnocrática, y desideologizada” sobre la política¹¹¹. Se opone a las corrientes totalitarias que ofrecen un modelo de desarrollo político planificado, dirigido por una minoría (clase, elite política, raza, nación, etc.) con una vía única, dogmática y exclusiva, de acceso a ese desarrollo (por resultar retóricas o farisaicas ya que no producen auténtica libertad con igualdad, es decir, un desarrollo integral del ser humano)¹¹².

En síntesis, desde sus primeras obras, PECES-BARBA postula una conexión entre la moral y la política para racionalizar esta última hacia la consecución del pleno desarrollo del ser humano, para que pueda servir como instrumento útil en la construcción de una sociedad bien ordenada, donde se conviva de manera civilizada, justa y pacífica¹¹³.

Años después, reflexionando sobre la política en su obra: *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones* (1996), confirma su apuesta por un “poder como servicio y como eticidad, capaz de organizar la vida social, a través del [D]erecho, para alcanzar la independencia y la autonomía moral de cada persona, de todas las personas.”¹¹⁴ Así, insiste:

“El maquiavelismo, el uso de medios perversos para buenos fines, es una contradicción. La política es esencialmente una tarea de civilización y de cultura. Los medios son caminos para el fin y el fin del Estado es un fin de racionalidad y de humanidad [...]. En

¹¹¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 80.

¹¹² Vid: *Ibid.*, p. 89.

¹¹³ Esta es la impronta intelectual y ética que caracteriza el pensamiento político de PECES-BARBA y su acción política. Comentándola, Alfonso GUERRA refiere: “No se trata de negar la necesidad, en muchas circunstancias, de apelar al pragmatismo. Toda política es siempre, en alguna medida, por obligación, pragmática. El político, a diferencia del intelectual, no se puede retirar en la meditación y la ‘pureza’, y tiene que operar con compromisos y dificultades, donde a veces las actitudes pragmáticas son inevitables. Lo que se quiere decir es que el progresismo, o como se le quiera llamar, a lo que no puede renunciar es al punto de partida. Frente al entendimiento de la política propia del conservadurismo, para el que lo que cuentan son los hechos y a partir de ellos se construyen las razones que los justifican, el punto de partida del progresismo son las ideas, los valores, en definitiva, la utopía, desde los que se intenta transformar una realidad que no se considera perfecta y acabada. La obra teórica de Gregorio Peces-Barba y su acción política son un nítido ejemplo de saber distinguirlos y hacer compatibles el pragmatismo y la utopía.” (“Un intelectual en la política”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 630).

¹¹⁴ *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., p. 259.

definitiva [...], el maquiavelismo no puede triunfar, porque de un mal nunca puede derivar un bien. La dialéctica interna de los éxitos del mal lleva inevitablemente a una duración efímera, mientras que los logros políticos, para madurar, tienen que permanecer en el tiempo.”¹¹⁵

La conexión entre moral y política que su modelo plantea no significa identificación, ni mucho menos reducción de una en la otra. Simplemente afirmar que la política no puede prescindir de la moral para ser legítima, ni la moral puede prescindir de la política si es que quiere ser fuerte y llegar a incorporarse al Derecho. Tal distinción, aunque asume la conexión, pone de manifiesto que no todo lo políticamente conveniente es moralmente aceptable, y no todo lo que en política conviene produce un Derecho justo. Ello se debe a que la moral y la política no se rigen por un mismo código de reglas, lo que indudablemente redundará en el contenido del Derecho¹¹⁶. Ni ética contra política, ni política contra ética, como dice Elías DÍAZ:

“[Lo que se defiende es] la necesidad de una ética que no crea –ingenua o perversamente– ser apolítica y, a su vez, de una política que, aun sin decirlo, no esté enseguida dispuesta a prescindir por ‘realismo’ de la ética [...]. Se trata, pues, de la necesidad de establecer una válida coordinación, mediación o como quiera llamársele, entre ética y política, o –recurriendo una vez más a los modelos de Weber– entre [É]tica de la convicción y [É]tica de la responsabilidad.”¹¹⁷

Sigue una “Ética de la responsabilidad” –para utilizar la terminología weberiana– quien decide su actuación considerando previamente el conjunto de las consecuencias previsibles que ocasionaría su comportamiento, preguntándose en esa valoración cuáles son –desde la perspectiva del contenido de valor de la realidad– las mejores consecuencias en una apreciación de conjunto y decidiéndose a actuar conforme con

¹¹⁵ Ibid., p. 78.

¹¹⁶ Eusebio FERNÁNDEZ lo explica muy bien cuando, al referirse a la ética y la política, se pregunta: “¿Obedecen la ética y la política a un mismo código de reglas o se rigen por códigos diferentes?”; para luego responder: “Sí, por un lado, la política y la moral tienen en común un mismo ámbito, que es el de la acción humana, por otro lado se distinguen por el diferente criterio de valoración y de justificación empleados por ellas: lo que es obligatorio en moral no quiere decir que sea obligatorio en política, lo que es lícito en política no incluye necesariamente la licitud moral y puede haber acciones morales impolíticas o apolíticas y acciones políticas que son inmorales o amorales. Ello nos lleva al ámbito de lo que se entiende por autonomía de la política, que no quiere decir otra cosa que la aceptación del principio de que el criterio con el que se considera buena o mala una acción política es distinto del criterio con el que se considera buena o mala una acción moral. [...]. Una acción moralmente buena es la que ha sido realizada dentro del respeto a ciertos principios universales (o creídos tales por quien los realiza); una acción políticamente buena es una acción que ha tenido éxito (que ha logrado el fin que los agentes se habían propuesto)” (“Ética y Política. Sobre la necesidad, decadencia y grandeza del gobierno de las leyes”, en: *Filosofía Política y Derecho*, –Monografías Jurídicas–, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 37).

¹¹⁷ *Ética contra Política*, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), Distribuciones Fontamara, México D.F., 1993, p. 10.

ellas, independientemente de que en una apreciación individual sean consideradas como reprochables o incorrectas (verbigracia, sacrificar algunas vidas para salvar las de la mayoría). En cambio, sigue una “Ética de la convicción” quien se decide a actuar conforme al principio básico del cual parte y que le permite discernir entre lo bueno y lo malo, lo justo e injusto, y no a partir de las consecuencias que su acción podría generar; lo que no significa que prescindiera absolutamente de evaluarlas, sino que no las considera determinantes para adoptar su decisión (por ejemplo, no matar aun cuando exista peligro de guerra). Max WEBER considera que se trata de posturas irreconciliables, inclinándose por designar a la “Ética de la responsabilidad” como la ética de la política, y a la “Ética de la convicción” como la ética de los santos o de las personas con un alto sentido de moralidad. Una separación que olvida que es posible ser político y mantener un alto grado de moralidad consiguiendo al mismo tiempo resultados políticos exitosos¹¹⁸. Como quiera que PECES-BARBA ubica racionalmente a la dignidad del ser humano como fundamento y fin último de una sociedad bien ordenada, sus desarrollos “tienen consecuencias en la ética social” incluyendo, por ejemplo, “la idea de respeto y de reconocimiento del otro como tal otro” y, por tanto, de ser titular de una igual

¹¹⁸ “¿Cuál es, pues, la verdadera relación entre ética y política? ¿No tienen nada que ver la una con la otra, como se ha dicho a veces? ¿O es cierto, por el contrario, que para la acción política vale la ‘misma’ ética que para cualquier otra acción?” “Nosotros debemos tener claro que toda acción que se oriente éticamente puede estar bajo *dos* máximas que son radicalmente distintas entre sí y que están en una contraposición irresoluble: una acción puede estar guiada por ‘la ética de las convicciones de conciencia’ o ‘por la ética de la responsabilidad’. No es que la ética de las convicciones sea lo mismo que falta de responsabilidad y que la ética de la responsabilidad sea lo mismo que falta de convicciones. No se trata de eso, naturalmente. Pero hay una diferencia abismal entre actuar bajo una máxima de la ética de las convicciones (hablando en términos religiosos: ‘el cristiano obra bien y pone el resultado en manos de Dios’) o actuar bajo la máxima de la ética de la responsabilidad de que hay que responder de las *consecuencias* (previsibles) de la propia acción.” “Sin embargo, no se puede prescribir a nadie si *hay* que actuar según la ética de las convicciones o según la ética de la responsabilidad, o cuándo según una y cuándo según la otra. [...]. En ese sentido, la ética de las convicciones y la ética de la responsabilidad no se contraponen de manera absoluta, sino que ambas se complementan y sólo juntas hacen al hombre auténtico, a ese hombre que *puede* tener ‘*Beruf* [vocación] para la política’”. No obstante, “[q]uien quiera hacer política en general, y quien quiera ejercerla sobre todo como profesión, tiene que ser consciente de [las...] paradojas éticas y de que es responsable de lo que *él mismo* pueda llegar a ser bajo la presión de éstas. Repito que tendrá que comprometerse con los poderes diabólicos que acechan en toda acción violenta (*Gewaltsamkeit*). [...]. Quien busque la salvación de su alma y la salvación de otras almas, que no la busque por el camino de la política, que tiene otras tareas muy distintas, unas tareas que sólo se pueden cumplir con la violencia (*Gewalt*).” (WEBER, Max. *La política como profesión*, –1919–, –Clásicos del Pensamiento–, edición de Joaquín Abellán, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, pp. 131, 135-136, 148-150 y 146, respectivamente). Al respecto, vid: SPAEMANN, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*, tercera edición revisada, versión española y prólogo de José María Yanguas, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993, pp. 73-74.

dignidad¹¹⁹. Esto hace que su modelo vincule la política –y en general todo ámbito de la vida social– con un referente ético orientado al desarrollo integral de la persona. Una característica que le lleva a privilegiar la “Ética de la convicción” sobre la “Ética de la responsabilidad”. “Se podría decir [nos dice, refiriéndose a su actividad política...] que he actuado más desde la [É]tica de la convicción que desde la de la responsabilidad.”¹²⁰

Adicionalmente, no deja de advertir y de denunciar los obstáculos que dañan esta forma de concebir y de vivir la política. Obstáculos que impiden avanzar en el desarrollo de una sociedad libre y bien cohesionada. En su *España civil* (2005), sin brindar una lista exhaustiva, menciona entre ellos a “la política realista, la corrupción, el juego sucio, la dialéctica del odio, el enriquecimiento excesivo e injusto, la falta de respeto, la manipulación, la arrogancia del poder, los excesos extremistas”, etc.¹²¹ Entre esos obstáculos destacan negativamente¹²²:

1º. La llamada “*política realista*”, que no es otra cosa que aquella tentación de la política que abandona los principios y sólo se mueve por el interés. Es la política desprovista de todo referente ético, la que busca satisfacer intereses sectarios, egoístas, de grupo o personales, como de quienes poseen el poder. Muchas veces no se detiene ante nada ni ante nadie para alcanzar o por mantenerse en el poder; no tiene límites y carece de escrúpulos. Utiliza la calumnia, la amenaza, la violencia y cualquier otro medio que considere útiles para alcanzar sus fines. Para ella todo es lícito. Esta forma de hacer política debilita los fundamentos morales, afecta a los sectores políticos no contaminados y a los propios miembros de la sociedad, fomenta en los ciudadanos la desconfianza en la política y en los políticos la tesis de la equidistancia. Abre el camino para la violencia y el uso de la fuerza, disminuyendo la obediencia al Derecho y la eficacia de las normas. En suma, erosiona la sociedad democrática y el Estado de Derecho. Por eso debe ser combatida y evitada.

2º. La *corrupción*, sea de origen público o privado, es otro de los obstáculos para avanzar en el desarrollo de una sociedad bien ordenada. Implica una grave disminución

¹¹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., p. 269, ambas citas.

¹²⁰ Ibid., pp. 269-270.

¹²¹ Ibid., p. 119.

¹²² Sigo aquí, básicamente, las ideas expuestas por PECES-BARBA en su libro: *La España civil*, op. cit., pp. 123-125 y 136-137.

de la moralidad pública, especialmente de su valor para considerar a la política como mecanismo apropiado para defender el interés general, la dignidad de las personas y la imagen de las instituciones públicas. Crea desconfianza en la administración y en los poderes públicos, contaminando las reglas del juego limpio.

3°. El *juego sucio* es algunas veces consecuencia del realismo. Son comportamientos que no consideran el valor de la concordia cívica; suelen generarse desde la ilusión del éxito inmediato y sus parámetros son inmorales o “amorales”. En el ámbito político suele valerse de la mentira y la calumnia ante el oponente, al que se le considera un enemigo. Se vale también de la falta de respeto a las reglas del juego limpio, de la conspiración, la amenaza, el chantaje. No siempre afecta al oponente político exterior, a veces afecta a los propios correligionarios a los que se teme, y se les quiere manipular o cerrar el paso.¹²³ Por eso, como acertadamente concluye nuestro autor: “el juego sucio ensombrece la realidad colectiva, produce un pesimismo antropológico y frustra muchas posibilidades del funcionamiento de la democracia real.”¹²⁴

4°. La *manipulación* es causa y efecto del realismo, así como de la dialéctica amigo-enemigo. Puede venir de enfrentamientos políticos, sociales o culturales, incluso internos a los propios partidos. Suele valerse de los medios de comunicación, de las mentiras y verdades a medias, o de una mezcla de ambas. Utiliza la confusión, la insinuación, el comentario insidioso, el rumor, entre otras técnicas de envilecimiento para someter a las masas.

5°. La *arrogancia del poder* suele presentarse tanto en su modalidad pasiva como activa; en ambos casos supone falta de sensibilidad ante los valores y principios democráticos. En la arrogancia pasiva, quien la practica se aísla de la ciudadanía y se encierra en el poder contemplando a los ciudadanos y a sus problemas desde la distancia. Con esa incomunicación convierte a los ciudadanos en súbditos, pudiendo llegar a autodestruirse ante la imposibilidad de resistir mucho tiempo su propio aislamiento. En la arrogancia activa, quien la practica toma posiciones autoritarias y va ocupando parcelas

¹²³ Vid: Ibid., pp. 124-125.

¹²⁴ Ibid., p. 125.

que corresponden a la sociedad civil, soliendo ser reticente a la transparencia, a la visibilidad, pues necesita del secreto para enmascarar la realidad y ocultar sus excesos.

La lucha contra estos y otros obstáculos, que constituyen auténticas barreras contra un ejercicio político decente y una sociedad libre y bien organizada, es tarea de todos. La educación, así como la acción preventiva y represiva del Derecho juegan en ello un papel importante. Todos deben ser convocados en esta tarea. Nuestro destino y el de las generaciones futuras se encuentran comprometidos. En ese esfuerzo –dice PECES-BARBA–, se necesitan especialmente de dos actores con características singulares: la del maestro –en todos los niveles– con vocación de enseñar y de resucitar la pasión por aprender y vivir los valores y virtudes de una convivencia libre, justa y civilizada; y la del líder social o político con profundo compromiso social, para que ayude a mostrar con su comportamiento el modelo de ciudadanía al que estamos convocados a vivir, y para que sean como manifestaciones vivas del modelo a seguir¹²⁵. A los políticos que viven el día a día de la actividad de sus organizaciones les pide distanciamiento de los intereses particulares y grandeza para atender el bien común: “Si sus decisiones tuvieran en cuenta el interés general y cegasen con un velo de ignorancia los pequeños, cotidianos y, a veces, mezquinos intereses de su organización, si vivieran todos la política con generosidad y sin sectarismo sería más fácil la educación en valores y la lucha contra

¹²⁵ Ibid., p. 140.

Uno de esos modelos fue, para PECES-BARBA, Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ. Aunque éste no fue su profesor durante los cursos para optar por la licenciatura de Derecho, en 1962 le aceptó como discípulo suyo y como ayudante de docencia en lo que correspondería a la cátedra de Filosofía del Derecho. Sobre él ha dicho elocuentemente PECES-BARBA: “Probablemente esa amistad y esa colaboración con don Joaquín Ruiz-Giménez fueron uno de los hechos más importantes de mi vida. Desde entonces don Joaquín fue como mi segundo padre, una persona que respeto y admiro y de quien he aprendido muchas cosas, en la vida real y en la Filosofía del Derecho. Algunos rasgos de mi personalidad hoy, sin duda, fijos y consolidados, los fui perfilando y matizando en contacto con él y con su ejemplo permanente. Su sentido de la tolerancia, su comprensión, su buena fe, su respeto a las reglas del juego limpio, al cumplimiento de los compromisos y de la palabra dada, han sido referentes constantes para la forja de mis propios criterios en las relaciones entre las personas.” Y con relación a la acción social y política de su maestro, PECES-BARBA considera que Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ “[e]s probablemente la persona que durante el franquismo y después de él, más ha extendido y divulgado los grandes valores democráticos, y quien los ha defendido con mayor reciedumbre y enterza. [...] Es una de las personas más merecedoras de un gran homenaje popular y de un reconocimiento por parte de las instituciones. España y los españoles le debemos mucho.” (“Joaquín Ruiz-Giménez educador de muchedumbres”, en: *La fuerza del diálogo, homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez*, Alianza, Madrid, 1997, pp. 100-101; y, 104-105, respectivamente. Vid también al respecto: *La España civil*, op. cit., pp. 205-211).

todos los obstáculos.”¹²⁶ Si la política se viviera con un horizonte moral, seguramente se superarían los obstáculos para alcanzar un desarrollo humano real y vivificador.

4. La influencia del socialismo democrático

La influencia socialista se encuentra presente en el pensamiento de PECES-BARBA¹²⁷. Prontamente manifiesta su interés por analizar el Estado de Derecho, la democracia, los derechos fundamentales y, en general, los problemas morales, políticos y jurídicos, también desde una perspectiva socialista¹²⁸.

El término socialista no es unívoco. Se suele hablar de socialismo cuando en realidad deberíamos hablar de socialismos¹²⁹. La perspectiva que aquí interesa y que

¹²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., p. 140.

¹²⁷ Dan cuenta de ello sus obras, tales como: (i) “Socialismo y Libertad”, en: *Sistema*, Nº 9, abril de 1975, pp. 67-95. Publicado también con el mismo nombre en el libro colectivo *Política y derechos humanos*, Fernando Torres editor, Valencia 1976; y luego en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 133-162. Aquí se cita tal como aparece en este último libro; (ii) “Socialismo y Estado de Derecho”, texto de la conferencia pronunciada en las Jornadas Socialistas de El Escorial el 18 de agosto de 1976, fue reproducido primero en *Sistema*, Nº 15, octubre de 1976, pp. 61-72; luego en el libro de las jornadas con el título genérico de *Socialismo es Libertad*, Edicusa, Madrid, 1976; finalmente fue publicado en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 163-180. Aquí se cita la publicación hecha en este último libro; (iii) “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, publicado inicialmente por la Universidad de Murcia, es el reflejo de las Cuartas Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho celebradas en 1978; posteriormente ampliado, completado y publicado en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 195-213. Aquí se cita tal como apareció en esta última obra; (iv) “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 38-39, octubre 1980, Madrid, pp. 3-27; y, (v) “El socialismo y el derecho al trabajo”, inicialmente publicado en: *Sistema*, Nº 97, julio de 1990, Madrid, pp. 3-10; posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 413-423. Aquí se cita como apareció en este último trabajo.

¹²⁸ “Sobre estos tres temas [dice PECES-BARBA refiriéndose a la libertad, el poder y el socialismo] tan conexiónados entre sí se ha centrado mi preocupación intelectual desde 1972 a 1977 [escribe esto en 1978]. En esos cinco años y muy en contacto con la praxis concreta de nuestra sociedad, me ha preocupado la libertad, el poder y sus límites desde una perspectiva socialista.”. “Muchos problemas quedan sólo esbozados y se apunta a lo que quisiera ser mi dedicación futura en este campo, si Dios quiere, una vez concluida mi historia de los derechos fundamentales. Aún quedan años para eso, pero quisiera si fuera posible trabajar a fondo sobre los actuales problemas jurídicos y políticos del Socialismo.” (“A modo de explicación”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, –Civitas Monografías–, Civitas, Madrid, 1978, es la Introducción de este libro, pp. 15 y 17, respectivamente).

¹²⁹ Sobre los diferentes tipos de socialismo vid: HARRINGTON, Michael. *Socialismo: pasado y futuro*, Editorial Sistema, Madrid, 1989, p. 49 y siguientes. Para el caso de España puede revisarse: FERNÁNDEZ, Eusebio. *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, p. 103 y siguientes. Una historia general puede encontrarse en: AA.VV. *Historia general del*

influye en el pensamiento de nuestro autor es la del *socialismo democrático*, en contraposición con el llamado *socialismo totalitario*. Ambas surgieron como respuesta a aquella tesis liberal ortodoxa que llegó a vaciar del contenido revolucionario que en un momento pudo tener el liberalismo, para convertirse en una ideología conservadora de los privilegios de la burguesía; y contra aquella realidad de discriminación y de explotación que distorsionaba las proclamaciones de libertad para todos de las revoluciones liberales.

Existieron diversas causas y condiciones que motivaron el surgimiento y auge del socialismo (económicas, sociales, políticas, técnicas, científicas, etc.). Baste recordar el desarrollo económico capitalista, con la explotación del ser humano, la toma de conciencia de los trabajadores de su opresión y de la injusticia que sufren, la férrea oposición de algunos representantes del liberalismo ortodoxo –o de ciertos liberales instalados en el poder– al valor igualdad, al derecho de asociación obrero, a los llamados derechos económicos y sociales –referentes al trabajo, a las condiciones laborales, etc.–, así como su defensa cerrada al sufragio censitario, a la propiedad privada, entre otras. Resulta ilustrativa de esta situación la posición que tiene en España Antonio Cánovas DEL CASTILLO a nivel de políticos prácticos, cuando dice:

“Tengo la convicción profunda de que las desigualdades proceden de Dios, que son propias de nuestra naturaleza, y creo, supuesta esta diferencia en la actividad, en la inteligencia y hasta en la moralidad, que las minorías inteligentes gobernarán siempre al mundo de una u otra forma”. “[S]iempre habrá miseria, siempre: siempre habrá un bajo Estado, siempre habrá una última grada en la escala social, un proletariado que será preciso contener por dos medios: con el de la caridad, la ilustración, los recursos morales y, cuando éste no baste, con el de la fuerza.”¹³⁰

Todo ello produjo desilusión con el planteamiento liberal, siendo visto por muchos como un proyecto que abandonaba la tesis de la defensa abstracta del hombre y del ciudadano en general, para convertirse en un proyecto de clase: la de la burguesía, abocado a la defensa de sus intereses y alejado de las aspiraciones de los trabajadores. Se

socialismo, (Colección DestinoLibro), traducción: Elvira Méndez, Pablo Rodríguez, publicada bajo la dirección de Jacques Droz, Presses Universitaires de France, París, 1984 a 1986, cuatro Volúmenes.

¹³⁰ “Discurso parlamentario sobre la Internacional”, pronunciado en la sesión del 6 de noviembre de 1871 en el Congreso de los Diputados de España, recogido en: *Antonio Cánovas del Castillo, Historia, Economía, Política*, Gevers, Sevilla, 1997, Tomo II: Discursos Políticos, pp. 303 y 299-300, respectivamente.

hizo patente la necesidad de contar con una alternativa para continuar con el progreso de la humanidad.

Una de esas alternativas fue el *socialismo totalitario o autoritario*. Éste surge como reacción ante ese estado de cosas, sobre la base de una interpretación económica y mecanicista de la vida humana. Su propósito es destruir la sociedad liberal y todo lo que ella representa, para instaurar una sociedad sin clases, meta última de cuya verdad y consecución no duda. Para ello postula destruir esa sociedad tanto en su estructura económica capitalista como en su organización política y jurídica. No distingue esos aspectos y afirma que la destrucción del capitalismo debe ir acompañada de la destrucción del Estado y de su Derecho, por ser creaciones liberales inservibles para la construcción del socialismo. Ello implica la eliminación de todos sus componentes: el imperio de la ley, la separación de poderes, los derechos fundamentales y, en general, de todo aquello que expresase la concepción liberal de la libertad. Incluso prevé que en la etapa de transición, hasta que se consiga la desaparición del Estado y de su Derecho, se instaure la dictadura del proletariado para sustituir a la dictadura de la burguesía que los explota y discrimina. Es así que LENIN, uno de los principales impulsores de esta corriente política, llega a hablar de la “destrucción del Estado parásito”, e interpretando a MARX considera que éste “dedujo de toda la historia del socialismo y de las luchas políticas que el Estado deberá desaparecer y que la forma transitoria para su desaparición (la forma de transición del Estado al no Estado) será ‘el proletariado organizado como clase dominante’.”¹³¹

La historia da cuenta, sin embargo, que la dictadura del proletariado fue sustituida por la dictadura de una clase política y de una tecnoburocracia que llevó a las más graves consecuencias del totalitarismo. La supresión de la libertad, y de las grandes conquistas liberales, no supuso la liberalización de la clase trabajadora, antes bien impidió la realización de la persona al eliminar o impedirle ejercer niveles básicos de su autonomía. Si antes la plusvalía se obtenía a nivel de las empresas, con la dictadura instaurada por el socialismo totalitario la plusvalía se logra a escala nacional y por el Estado, pero no desaparece el sistema salarial ni la alienación de los trabajadores.

¹³¹ LENIN, Wladimir Illich. *El Estado y la Revolución*, s/t, prólogo de Ted Grant, volumen I, Fundación de Estudios Socialistas Federico Engels, Madrid, 1997, p. 62. Cfr: MARX, Karl. *El manifiesto comunista*, segunda edición, Fundación de Estudios Socialistas Federico Engels, Madrid, 1997.

Si bien la situación de desigualdad y opresión debe ser superada, para que el ser humano y la sociedad alcancen mayores niveles de humanización, el socialismo totalitario no es la solución –principalmente por las restricciones que trae consigo a la libertad de elección y la autonomía moral de las personas–. PECES-BARBA lo comprende perfectamente:

“La idea de la liberación de los trabajadores y del protagonismo del proletariado y de todos los hombres en una sociedad sin clases se oscurece con el socialismo autoritario. En otros momentos el tema de la libertad estaba más oscurecido. Hoy [se refiere al tiempo en que escribe esas líneas] parece más claro. Los ejemplos de las sociedades socialistas existentes hacen más urgente el planteamiento de la relación socialismo y libertad como única forma de superar el *impasse* al que ha conducido el socialismo autoritario.”¹³²

El *socialismo democrático* se presenta como otra alternativa. Tiene como punto de partida y como meta a la persona. Asume como presupuesto su libre actuar en la historia, su acción libre en unas condiciones históricas socialmente dadas, esforzándose para alcanzar su plena realización, la liberación de todos los seres humanos en una visión que trasciende al individualismo¹³³. Es un socialismo humanista, como Fernando DE LOS RÍOS se encarga de calificar, un socialismo “que nace como consecuencia inmanente de las ideas generatrices de la moderna civilización occidental, el que pone todo su empeño en ser edificado sobre las bases humanistas y humanitarias de la nueva edad que el Renacimiento creará y reafirmará en el siglo XVIII” y que “no tiene relación alguna con el leviatán asiático edificado en Rusia”¹³⁴.

Este pensamiento socialista se opone a los reduccionismos mecanicistas o economicistas con que el socialismo totalitario pretende interpretar los distintos ámbitos de la vida humana –político, jurídico, cultural, etc.–, pues además de no resultar comprobables científicamente, impiden plantear adecuadamente los problemas de la democracia, de la libertad, etc., es decir, de lo político y lo jurídico¹³⁵. Llevado hasta sus últimas consecuencias, el socialismo democrático es contrario incluso a la “lucha de clases”, no sólo por su componente antagónico o violentista –tan contradictoria con una

¹³² “Socialismo y Libertad”, op. cit., p. 152.

¹³³ Cfr.: GARAUDY, Roger. *Una nueva civilización, El proyecto esperanza*, traducción de Tulio Raúl Rosembuj, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1976, p. 134.

¹³⁴ *El sentido humanista del socialismo*, (Biblioteca de Pensamiento), edición, introducción y notas de Elías Díaz, Editorial Castalia, Madrid, 1976, p. 193, ambas citas.

¹³⁵ Así lo señalan Fernando DE LOS RÍOS (*El sentido humanista del socialismo*, op. cit., p. 194) y Gregorio PECES-BARBA (“Socialismo y Estado de Derecho”, op. cit., p. 168).

visión humanista— sino porque sobre esa base no se puede construir un andamiaje político y jurídico que permita una convivencia reconciliada, justa y pacífica¹³⁶.

Contrariamente al socialismo totalitario, el socialismo democrático reconoce la importancia del Estado y del ordenamiento jurídico. Asume con sumo interés la idea de libertad, de Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, pero con planteamientos y modificaciones a la concepción liberal a fin de construir una sociedad socialista. Si bien se enfrenta a aquel liberalismo ortodoxo que se opone a las dimensiones de la igualdad, no cae en la tentación totalitaria de destruir la libertad, ni el Estado de Derecho o los derechos fundamentales. Por el contrario, parte de las aportaciones anteriores, sobre todo de la tradición liberal democrática, para construir su proyecto social, político y jurídico con respeto a cada uno de esos conceptos, pero en conjunción armoniosa con el valor igualdad¹³⁷. Aquí la herencia liberal no se destruye, se completa o perfecciona críticamente con aportaciones socialistas. No será, una mimética incorporación de esas aportaciones liberales, sino una inserción en un contexto nuevo y su coordinación con las ideas propias del socialismo. La obra de Louis BLANC, en el siglo XIX, es un ejemplo de la posibilidad de una teoría socialista y democrática en la que, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales ocupan un lugar central. Este autor propugnó la necesidad de una tercera vía entre el socialismo revolucionario y la democracia formal burguesa, es decir, el socialismo democrático. Una tercera vía que frente a la libertad e igualdad formales, abanderase la libertad e igualdad reales, esto es, la libertad como capacidad (que todos los hombres dispusieran de los medios necesarios para ejercer sus facultades) y la igualdad como satisfacción de las necesidades (en el sentido de que todos viesen satisfechas sus necesidades básicas)¹³⁸.

¹³⁶ El propio Fernando DE LOS RÍOS expresa categóricamente su oposición a la lucha de clases y sentencia: “De la ‘lucha de clases’ no puede, directa y congruentemente, derivarse una política social y, por tanto, un [D]erecho social, a menos que [...] no se le dé a la lucha otro valor que el de un hecho, mas no el de una norma; pues si se hace esto, si se cree no sólo en la ineficacia, sino en el daño de todo pacto [...], no queda margen para justificar el [D]erecho, y sólo cabe la política belicosa, la guerra social.” (*El sentido humanista del socialismo*, op. cit., p. 204).

¹³⁷ En ese sentido se pronuncia Galvano DELLA VOLPE, en: *Rousseau y Marx, y otros ensayos de crítica materialista*, traducción de E. E. revisada por A. Méndez, Barcelona, 1969, pp. 87-88 y 91.

¹³⁸ Vid, al respecto: BLANC, Louis. *Catéchisme des socialistes*, Au Bureau du Nouveau Monde, Paris, 1849, p. 8; y, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, (Monografías), Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1989, especialmente p. 339 y siguientes.

Este esfuerzo por compatibilizar socialismo con democracia, e incluso por encontrar una complementariedad en su relación, dio lugar a dos tesis que intentaron fortalecerla. Norberto BOBBIO, refiriéndose a ellas, explica que la primera postulaba que el proceso de democratización produciría inevitablemente o por lo menos favorecería el advenimiento de una sociedad socialista, basada en la transformación del instituto de la propiedad y en la colectivización al menos de los principales medios de producción; la segunda, que sólo la llegada de la sociedad socialista reforzaría y ampliaría la participación política y, por tanto, haría posible la realización plena de la democracia, entre cuyas promesas se encontraba la de una distribución equitativa, o por lo menos más igualitaria, del poder económico además del poder político, promesa que la democracia exclusivamente liberal jamás habría podido mantener¹³⁹. Esta incorporación de los esquemas igualitarios, propios del socialismo, produjo un cambio en la idea misma de democracia; por ese motivo –precisa este autor– el concepto de democracia no permaneció intacto en el paso de la democracia liberal a la democracia socialista: “en el binomio liberalismo más democracia, democracia significa principalmente sufragio universal, y por consiguiente un medio de expresión de la libre voluntad de los individuos”; en cambio, “en el binomio democracia más socialismo, democracia significa ideal igualitario que sólo la reforma de la propiedad propuesta por el socialismo será capaz de realizar.” Así, mientras en “el primer binomio la democracia es consecuencia; en el segundo [es], presupuesto.”¹⁴⁰

Esta búsqueda por conjugar libertad con igualdad llevó a varios intelectuales a buscar tender un puente sobre el abismo que dividía a los liberales ortodoxos y los socialistas autoritarios¹⁴¹. Desde plataformas socialistas se empezó a hablar así de un “socialismo liberal” para referirse a una especificación del socialismo democrático. Carlo ROSSELLI fue uno de ellos:

“El socialismo [afirmaba] debe tender hacia el liberalismo, el liberalismo debe nutrirse de la lucha proletaria. No es posible ser liberales sin adherirse de una manera activa a la causa de los trabajadores; y no se sirve con eficacia a la causa del trabajo sin contar con

¹³⁹ *Liberalismo y Democracia*, (1985), sexta reimpresión a la primera edición en español, traducción de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000, pp. 90-91.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 93-94, la primera cita; 94, las dos últimas.

¹⁴¹ Son un ejemplo de ello los estudios de Norberto BOBBIO recogidos en: *Ni con Marx ni contra Marx*, traducción de Lia Cabbib Levi e Isidro Rosas Alvarado, basado en la versión italiana al cuidado de Carlo Violi, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999.

la filosofía del mundo moderno, fundada en la idea de un desarrollo por la vía de las oposiciones sin cesar superadas, lo cual encierra precisamente la esencia de la posición liberal.”¹⁴²

Sería injusto omitir que también desde sectores del liberalismo político progresista se produce una búsqueda de la igualdad, en clave de libertad, para intentar la conjunción armoniosa de ambos valores, siempre, claro está, desde perspectivas liberales. Esta finalidad común de socialistas democráticos y liberales progresistas difiere en el camino que cada uno ha trazado para alcanzarlo, diferencia que liberales como Ramiro de MAEZTU encuentran a inicios del siglo XX como artificiosa y que lo llevan a hablar de un “liberalismo socialista”, de manera similar al “socialismo liberal”:

“En el terreno de las puras ideas políticas [nos dice] no cabe antagonismo entre la idea liberal y la socialista, por la sencilla razón de que la idea liberal comprende a la socialista y la rebasa, porque la idea liberal es el todo y la idea socialista es sólo una parte, y más que parte un camino. Los liberales partimos del postulado ideal de una sociedad humana cuyos miembros todos sean libres y consiguientemente iguales y unidos por fraternal afecto, y tratamos de realizarlo en la práctica por los procedimientos que la experiencia cotidiana nos va sugiriendo. Uno de estos procedimientos es la propiedad colectiva de los medios de producción, distribución y cambio, es lo que aportan a los socialistas al liberalismo práctico. Pero en la teoría los socialistas no son sino liberales, ni pueden ser otra cosa”¹⁴³.

Es posible que algunos liberales o socialistas no estén de acuerdo con las afirmaciones de ROSELLI ni de MAEZTU, pero seguramente coincidirán en el acercamiento que existe entre el liberalismo político progresista y el socialismo

¹⁴² *Socialismo liberal*, (1930), traducción de Mario Merlino, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1991, p. 78.

Otro de los autores que dedica sus investigaciones al socialismo liberal fue Renato TREVES. Vid al respecto su obra: *Sociología del Derecho y Socialismo Liberal*, traducción de Luis C. Aparicio y Rafael de Asís, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, específicamente pp. 247-304.

¹⁴³ “El liberalismo socialista, Votos e ideas”, artículo periodístico publicado originalmente en el *Heraldo de Madrid*, el 12 de diciembre de 1909, y recogido posteriormente en: *Liberalismo y Socialismo*, (Textos fabianos de 1909-1911), Selección y estudio preliminar de E. Inman Fox, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 4.

En otro momento agrega: “Si en la idea pura –Libertad, Igualdad, Fraternidad– el liberalismo y el socialismo son una misma cosa, en el camino para realizarlo se dividen. El liberal, por haber luchado contra el absolutismo y el obscurantismo [sic], considera al desarrollo sin trabas de las facultades humanas como la fuente generadora del progreso. Pero el socialista, llegado al mundo después del liberal, ha tenido que confrontar una sociedad en que, bajo fórmulas liberales, subsistía la opresión del débil por el fuerte y, consiguientemente, ha insistido en preconizar la igualdad y la fraternidad, la cooperación y la organización, sobre la libertad. Pero en el antagonismo entre el liberal y el socialista es más aparente que real. No les separa ni siquiera una cuestión de prioridad, sino simplemente una mala inteligencia.” (DE MAEZTU, Ramiro. “El liberalismo socialista, El ideario común”, artículo periodístico publicado originalmente en el *Heraldo de Madrid*, el 15 de diciembre de 1909, y recogido posteriormente en: *Liberalismo y Socialismo*, – Textos fabianos de 1909-1911–, Selección y estudio preliminar de E. Inman Fox, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 11).

democrático. Por otro lado, si bien los aportes del socialismo democrático a la cultura de los derechos fundamentales son importantes, tampoco puede negarse que sin los aportes liberales no existiría esa cultura.

En cualquier caso, el socialismo democrático aporta una nueva visión a la herencia liberal sobre la libertad. Considera que ésta no puede alcanzarse realmente sin el valor igualdad. La libertad sólo alcanzaría plenitud en relación con aquélla. La igualdad es el valor que añade y defiende el socialismo democrático en su lucha por alcanzar la libertad –sin que eso signifique excluir otras manifestaciones culturales que hayan hecho similar aporte–¹⁴⁴. No hay verdadera libertad sin igualdad, ni igualdad que no esté orientada hacia la libertad, son máximas que tienen su origen en esos esquemas. PECES-BARBA lo asume y lo dice muy claramente: “Se podría decir, recordando la famosa expresión de San Juan sobre la verdad, que la igualdad nos hace libres aunque habría, para ser exactos, que completar la expresión diciendo que la libertad nos hace, también, más iguales.”¹⁴⁵. En esa perspectiva, el socialismo democrático se presenta como la etapa siguiente al liberalismo democrático en la lucha por la libertad, como un proyecto de realización plena de ésta que no será real sin la realización de las exigencias derivadas de

¹⁴⁴ “[E]l valor de la igualdad constituye el elemento específico del socialismo, cuya concreción continúa siendo cometido permanente del presente y del futuro.” (ZAPATERO, Virgilio. “El futuro del Estado social”, en: AA.VV. *El futuro del socialismo*, Editorial Sistema, Madrid, 1986, p. 79).

Este intento por compatibilizar libertad con igualdad se encuentra también presente en otras corrientes políticas, como es el caso de la tradición republicana. El republicanismo presenta un compromiso igualitario ya que propugna que la comunidad política trate a los individuos como iguales. Igualdad que si bien no necesariamente tiene que llegar a ser real o material, por lo menos debe llegar a ser lo que Philip PETTIT denomina “igualitarismo estructural”; esto es, que la libertad como no-dominación se distribuya igualitariamente, de tal suerte que: (i) las personas estén en capacidad de rechazar o disuadir la interferencia arbitraria de los otros, pero también (ii) que la tasa de poder esté equilibrada en el conjunto de la sociedad, aun si para lograr ese objetivo deba disminuirse los poderes de los poderosos o incrementar los poderes de los demás, o ambas cosas a la vez. Dice PETTIT: “El motivo primordial que me lleva a defender el igualitarismo estructural es que la intensidad de la libertad como no-dominación de que disfruta una persona en una sociedad está en función tanto del poder de otros, como de su propio poder. Los poderes de una persona –o eso podemos entender al menos– incluyen todos aquellos factores que pueden incidir en el tejido político, jurídico, financiero y social. La intensidad de la libertad como no-dominación de alguien –si se quiere, el nivel de su protección– no está sólo en función de los poderes que le capacitan para rechazar o disuadir la interferencia arbitraria de otros. También está en función de los poderes de que esos otros disponen, pues lo que los propios poderes permitan en punto a defenderse de y disuadir a otros variará según la naturaleza y las dimensiones de los poderes de los otros. En el país de los ciegos, el tuerto es el rey. Quiere decirse que el valor absoluto de la intensidad de no-dominación de que disfruta una persona está en función del valor relativo a los poderes: está en función de su tasa de poder en el conjunto de la sociedad.” (*Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, –Paidós Estado y Sociedad–, traducción de Toni Domènech, Paidós, Barcelona, 1999, p. 153).

¹⁴⁵ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (biblioteca universitaria guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, p. 230.

la igualdad que postula el socialismo. Por esa razón agrega: “En la dialéctica histórica de nuestro tiempo, el socialismo es imposible sin la libertad y la libertad sin el socialismo, siempre en un horizonte de realizaciones humanas.”¹⁴⁶ Esta vinculación ineludible entre libertad e igualdad, propia del socialismo democrático, le llevará a hablar inclusive de “libertad igualitaria” como signo de la intensa relación que encuentra entre ambos valores¹⁴⁷.

A partir de allí, la relación del socialismo democrático con los derechos fundamentales, sobre todo a partir del siglo XIX, ha sido muy profunda. Ha contribuido a generalizar los derechos de raíz liberal y los derechos de participación política, a través de la lucha por el sufragio universal y por el derecho de asociación, y ha luchado por la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales al acervo de los derechos fundamentales. Incluso su crítica al derecho de propiedad de los medios de producción y otros derechos de imposible contenido igualitario, ha contribuido a la evolución de la teoría de los derechos fundamentales¹⁴⁸. No se puede concebir una historia de estos derechos sin referirse a la influencia socialista.

Lo mismo ocurre con el Estado de Derecho. Si bien los aportes liberales son decisivos para la caracterización de este tipo de poder político, limitado y controlado por el Derecho (a través de figuras tales como: el imperio de la ley, la separación de poderes, la legalidad administrativa y el reconocimiento de los derechos individuales), la

¹⁴⁶ “Socialismo y Libertad”, op. cit., p. 138.

¹⁴⁷ “No desmentirá tampoco el estudio de la igualdad la afirmación de que la libertad es el valor central, como fundamento de los derechos y de que todos los demás, sin perjuicio de su autonomía, se orientan hacia él, para completarlo y perfeccionarlo. Así, podremos hablar de libertad igualitaria.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 283). En otro lugar agrega: “se trata de valores preferidos y siempre buscados por los hombres de nuestro tiempo, que, quizá, incluso se podrán integrar en uno solo: la libertad igualitaria” (“Nota sobre la Justicia”, op. cit., p. 217).

Norberto BOBBIO ha dado cuenta también de esa conexión entre libertad e igualdad que, como tema constante, ocupa a las ideologías y teorías políticas, señalando además que muchas veces la expresión “libertad y justicia” se usa como equivalente de la expresión “libertad e igualdad” (Vid, al respecto, su obra: “Igualdad”, –1977–, en: *Igualdad y libertad*, –Pensamiento Contemporáneo–, traducción de Pedro Aragón Rincón, introducción de Gregorio Peces-Barba, Ediciones Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, pp. 53 y 56).

¹⁴⁸ En esa línea dice DELLA VOLPE: “Este proceso de igualación de las libertades civiles con un exponente igualitario culmina en la legalidad propia de un Estado socialista digno de tal nombre: legalidad perfecta en la cual, suprimidas las libertades civiles de exponente igualitario inferior y, por lo tanto, en decadencia, tal como sucede con la libre empresa económica privada y la propiedad privada de los medios de producción, no quedan sino las libertades civiles de exponente igualitario idéntico (entre las cuales citamos ya la propiedad para uso personal, contemplada por los códigos soviéticos). Entonces, cesa la secular falta de armonía entre democracia política formal y democracia social, sustancial, entre libertad civil y libertad igualitaria.” (*Rousseau y Marx, y otros ensayos de crítica materialista*, op. cit., p. 81).

influencia socialista es decisiva para entender el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho (mediante su lucha por el reconocimiento y realización del valor igualdad, de los derechos económicos, sociales y culturales, etc.), así como su superación por el Estado democrático de Derecho (donde se exige la deliberación y participación de los ciudadanos, tanto en el ejercicio y organización del poder, la creación de las normas jurídicas, como en la distribución equitativa de la riqueza).

Elías DÍAZ –de quien el propio PECES-BARBA dice haber recibido una influencia inicial en su bagaje ideológico– da cuenta de esta situación¹⁴⁹. En una de sus primeras obras reconoce al Estado social como un modelo superior al Estado liberal, pero lo considera como una simple respuesta del neo-capitalismo de algunas sociedades industriales para corregir los problemas del individualismo liberal –denunciados y enfrentados por el socialismo– mediante el reconocimiento de algunos derechos sociales y la realización de ciertos objetivos de justicia social. Una reforma que si bien constituía un paso adelante, no resultaba suficiente para promocionar la auténtica liberalización del ser humano, pues resultaba un modelo más próximo a las sociedades de masas que a las sociedades democráticas. Por esa razón –como también lo haría PECES-BARBA– propuso construir y desarrollar en aquel entonces un nuevo tipo de Estado de Derecho, al que denominó *Estado democrático de Derecho*, donde se institucionalizara una sociedad democrática que funcionase sobre bases socialistas; o, lo que es lo mismo, como una “*vía occidental hacia la democracia y el socialismo*”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Entre las obras donde PECES-BARBA menciona a Elías Díaz como uno de los autores que tuvo una influencia inicial en su bagaje ideológico, destaca por su referencia al socialismo: “El profesor Elías Díaz” (1986), indicando en ella lo siguiente: “Con él, por fin, inicié mi interés por el pensamiento español contemporáneo, especialmente por la Institución y por el socialismo” (op. cit., p. 47).

¹⁵⁰ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1966, Introducción, p. 10 (hay una octava edición). El análisis de todas estas cuestiones es realizada por el autor entre las páginas 11 y 127 del referido libro. “Este ideal, este objetivo, que se perfecciona progresivamente en la historia puede ser hoy concretado en la fórmula institucional que hemos venido denominando *Estado democrático de Derecho*, Estado que exige ser construido sobre una organización económica e ideológica de carácter *socialista* como forma más correcta de llegar a la realización de una auténtica *democracia*. Lo importante entonces es que el binomio *democracia-socialismo* se institucionalice en un Estado de Derecho, es decir, que la realización de la democracia y el socialismo se lleve a cabo respetando las exigencias fundamentales del Estado de Derecho: imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; división de poderes y legalidad de la Administración como mecanismos jurídicos anti-totalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales. El socialismo así entendido se convertirá, sin duda, en un factor decisivo para la progresiva liberación del hombre, para la salida ideológica y material de la enajenación, en definitiva para la construcción en nuestro tiempo de una sociedad democrática y de un Estado democrático de Derecho

Este es el socialismo democrático que influye en el pensamiento de PECES-BARBA, quien además se define explícitamente dentro de esa postura. Sin embargo, resulta ilustrativo apreciar los cambios que su acervo ideológico ha tenido a lo largo del tiempo, a propósito de esa tradición socialista y sus aportes para construir una sociedad bien ordenada. Si bien conserva en todo momento aquella dimensión ética del socialismo que lo considera como un medio para alcanzar la liberación de todos los seres humanos, especialmente de los más desheredados –entre ellos, los trabajadores–; su posición sobre temas como la economía de mercado, la propiedad privada de los medios de producción y la libertad de comercio e industria, presenta cambios respecto a sus planteamientos iniciales. Cambios que incidirán en su concepción sobre el rol del Estado, la democracia y los derechos fundamentales¹⁵¹.

4.1. El socialismo democrático y la construcción de la sociedad socialista

En un primer momento representado por sus obras “Socialismo y Libertad” (1975-1978) y “Socialismo y Estado de Derecho” (1976-1978), PECES-BARBA postula sin ambigüedad que la esencia del auténtico socialismo democrático es “*construir la sociedad socialista* en una tradición de libertad heredada del liberalismo, pero que [...] se

donde cada vez más plenamente se institucionalicen jurídicamente y se realicen materialmente todas las posibilidades y dimensiones del hombre real.” (DÍAZ, Elías. *Ibid.*, pp. 126-127).

Ejemplo de la similar propuesta de PECES-BARBA es su obra: “Socialismo y Estado de Derecho”, *op. cit.*, pp. 163-180. En él analiza los presupuestos y las dimensiones necesarias para relacionar el socialismo con el Estado de Derecho, entre ellos la participación democrática.

¹⁵¹ En 1973 decía PECES-BARBA: “El contenido de ese pensamiento [se refiere al pensamiento socialista] tiene dos aspectos fundamentales que, por otra parte, no son estáticos, sino dinámicos. Por una parte el socialismo, que al criticar la insuficiencia de la concepción liberal prescinde de la libertad [es el llamado socialismo totalitario], y por otra parte la posición de quienes ven en el socialismo la última fase de la democracia que integra las fases parciales anteriores y entre ellas la libertad política [es el llamado socialismo democrático]. El paso de una a otra, entre esas concepciones, es constante, sobre todo de la primera a la segunda. Es esperanzador para quien, como el autor de este libro, sostiene la segunda posición, la evolución de intelectuales y hombres de ciencia de los países socialistas y de los partidos comunistas occidentales hacia la misma.” (*Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, *op. cit.*, p. 223). Más de veinticinco años después, en el 2005, el propio PECES-BARBA sostendrá: “Me considero un socialdemócrata, un socialista liberal que rechaza el extremismo, el fanatismo y la imposición. Me he sentido incómodo y desplazado en el franquismo, pero también en gran parte de nuestra historia moderna; en suma, como un heterodoxo que ha sufrido las consecuencias de un poder arrogante y abusivo.” (*La España civil*, *op. cit.*, Introducción, p. 9).

transforma muy prontamente aunque no se destruya en la sociedad socialista.”¹⁵² En la construcción de ese tipo de sociedad la libertad se plasmaría en “la asunción del Estado de Derecho, de los derechos fundamentales y de la limitación del poder, conquistas liberales que así alcanzar[ían] su sentido pleno”; pero que adoptaría formas propias “sólo posibles en el socialismo y que la sociedad liberal no pudo prever”¹⁵³. Así por ejemplo, como consecuencia de la incorporación de la igualdad a la idea de libertad, y con la finalidad de aplicar a los derechos fundamentales la perspectiva socialista, nuestro autor propuso tempranamente una doble tarea: en primer lugar, “desfundamentalizar y apartar a algunos derechos considerados como fundamentales por los liberales, como el derecho de propiedad y las libertades de comercio y de industria” –propuesta que será matizada con el paso del tiempo–; y, en segundo lugar, lograr “una organización jurídica reforzada de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, aportación específica del socialismo en la historia de los derechos fundamentales y despreciados e ignorados en la teoría liberal burguesa.”¹⁵⁴ Según explica, esto no es más que:

“[U]na doble consecuencia en la evolución histórica del Derecho positivo de los derechos fundamentales. Al introducirse ese componente igualitario en la idea de los derechos de libertad, ésta se amplía con nuevos derechos que potencian la libertad. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, su incorporación exigirá lógicamente, la desfundamentalización, es decir, la pérdida de su condición de derecho fundamental, de aquellas libertades que son de imposible contenido igualitario, como, por ejemplo, el derecho de propiedad y la libertad de comercio y de industria.”¹⁵⁵

¹⁵² “Socialismo y Libertad”, op. cit., p. 152. La cursiva es mía.

¹⁵³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 160, ambas citas.

¹⁵⁴ “Socialismo y Estado de Derecho”, op. cit., p. 178, las dos últimas citas.

Esta doble tarea de “desfundamentalizar” los derechos fundamentales de imposible contenido igualitario y de otorgar tal carácter o reforzar la organización jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, la sostiene PECES-BARBA en diferentes obras a lo largo del tiempo, a saber: (i) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973), op. cit., p. 139 y siguientes; (ii) “Socialismo y Libertad” (1975-1978), op. cit., p. 154 y siguientes; (iii) “Socialismo y Estado de Derecho” (1976-1978), op. cit., p. 178 y siguientes; (iv) “Notas sobre derechos fundamentales, Socialismo y Constitución” (1977-1978), en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, p. 184 y siguientes; publicado anteriormente en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 17-18, abril de 1977, Madrid, pp. 89-97; (v) “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales” (1978-1988), op. cit., p. 203 y siguientes; (vi) “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–” (1988), en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 215; este artículo es una reelaboración del que fuera anteriormente publicado en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 2, 1983, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 333-345; aquí se cita tal como apareció en aquel libro; y, (vii) “El socialismo y el derecho al trabajo” (1990-1993), op. cit., p. 413.

¹⁵⁵ “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, op. cit., p. 203.

Esta propuesta de “desfundamentalización” de algunos derechos de corte liberal, por carecer de contenido igualitario, no implica necesariamente que dejen de pertenecer al ordenamiento positivo o pierdan su carácter jurídico. Significa, en principio, que dejan de ser considerados como derechos fundamentales para pasar a ser derechos de rango inferior o tipo distinto, con las consecuencias que se deriven de ello (mayores límites a su ejercicio, alcance o contenido más restringido, asignación de especiales funciones sociales, regulación más planificada o flexible, etc.). Sin embargo, también es verdad que la propuesta no impide que sean sustituidos por otros derechos, o que sean regulados de manera tal que se favorezca la concreción del valor igualdad de una manera más general y extensiva (verbigracia, desde una perspectiva socialista¹⁵⁶). En cualquier caso, ambas situaciones se alejarían de los planteamientos más conservadores u ortodoxos de la filosofía liberal, con lo que se advierte desde aquí que la filosofía política y moral que se siga influye decisivamente en el estatuto y la interpretación de los derechos fundamentales, así como en la definición de los derechos que deben ser considerados dentro de este tipo¹⁵⁷.

Mención especial merece el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, pues los sectores más conservadores de la doctrina les niegan ese *status* –e incluso su carácter de derechos subjetivos propiamente dichos–¹⁵⁸. Tales derechos contribuyen a favorecer los ámbitos sociales de humanización. Su punto de partida es la desigual distribución de la propiedad y la riqueza, que impide

¹⁵⁶ Ese fue el planteamiento que formulaba PECES-BARBA a finales de la década del setenta. Vid: su artículo: “Socialismo y Estado de Derecho”, op. cit., p. 178.

¹⁵⁷ “Por ejemplo, si movidos por ese afán clasificador, limitamos el concepto de derechos humanos a aquellas ‘cosas importantes’ que reúnan los requisitos en su día enunciados por la filosofía política que alentó el surgimiento de los derechos, resultará que humanos o fundamentales sólo pueden ser la vida, la libertad y la propiedad (Locke), o la libertad o la igualdad (Kant); y algo análogo ocurre con otras restricciones, como la exigencia de que los derechos sean definidos en una posición original revestida por el velo de la ignorancia (Rawls), que desempeñan una función de límite a las políticas utilitarias (Dworkin), o que sean universales (Laporta)” (PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 93).

¹⁵⁸ Benito DE CASTRO CID da cuenta de esa situación en su libro: *Los derechos económicos, sociales y culturales, Análisis a la luz de la Teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993, p. 81 y siguientes.

Que los derechos económicos sociales o culturales sean considerados o no derechos subjetivos, o mejor aún, derechos fundamentales es, antes que una problemática de tipo jurídico, una cuestión de ideologías que marca el sentido de nuestra civilización jurídico-política. Es perfectamente posible construir un andamiaje teórico con operatividad práctica, donde tal tipo de derechos sí resulten exigibles y justiciables. Sobre el particular vid: ABRAMOVICH, Víctor; y, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (2002), (Colección Estructuras y Procesos), segunda edición, Trotta, Madrid, 2004, p. 19 y siguientes.

que muchos seres humanos puedan satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas. Esta situación les puede dificultar seriamente alcanzar el nivel de humanidad mínimo para vivir realmente como personas y, consiguientemente, ejercer y disfrutar plenamente de los derechos fundamentales. La libertad sería puramente formal si las personas no pudiesen decidir libremente, ni estuviesen en la aptitud de desarrollarse integralmente. Los derechos económicos, sociales y culturales pretenden coadyuvar a alcanzar niveles reales de libertad. Al igual que los restantes derechos fundamentales, pretenden favorecer el protagonismo de la persona en la organización de la vida social, pero, a diferencia de ellos, no se conforman con la afirmación de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos; sino que intentan poner en manos de los seres humanos, sobre todo de los menos favorecidos, instrumentos adecuados para que puedan vivir realmente como personas¹⁵⁹. Este tipo de derechos considera relevantes las diferencias y, por consiguiente, parten de la desigualdad o discriminación de hecho, económica, social o cultural, para proporcionar mecanismos en forma de derechos, sobre todo a quienes están en inferioridad de condiciones. Su consideración como derechos fundamentales es, pues, una característica de un modelo exigente que, como el examinado aquí, busca el pleno desarrollo de la persona.

Continuando con su propuesta de mantener la tradición de libertad heredada del liberalismo, pero transformándola con formas propias del socialismo para construir una sociedad socialista, PECES-BARBA propone –en este primer momento de su bagaje ideológico– utilizar el Derecho para alcanzar una “organización económica socialista”, en la que “trascendiendo los condicionamientos sociales burgueses –el marco económico capitalista– y los condicionamientos culturales –el marco ideológico iusnaturalista–”, además de suprimirse o apartarse los derechos fundamentales que carezcan de contenido igualitario, se extienda “la democracia directa [...] a través del *principio de autogestión*

¹⁵⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, p. 64. Este artículo, como el propio autor se encarga de señalar en el exordio aclaratorio del libro, es la unión de dos trabajos suyos publicados anteriormente: (i) “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en: *Política social internacional y europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto Francisco de Vitoria, Cátedra de Concepción Arenal, Madrid, 1996; y (ii) “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su génesis y su concepto”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 6, Año III, febrero de 1998, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 15-34.

[...] *al campo económico y empresarial*, donde esa autogestión sí que será una absoluta novedad del socialismo democrático”¹⁶⁰.

“A través de esa tarea [afirmaba entonces], y con el ritmo que nuestras fuerzas, estratégicamente estudiadas permitiese, habría que ir progresivamente a una *propiedad social o estatal de los medios de producción*, según los casos, y regular las libertades de industria y comercio en relación con la *planificación democrática de la economía* y con las exigencias de la mayoría, especialmente de la clase trabajadora.”¹⁶¹

Esta convicción de que “[l]a democracia será sólo posible con la conjunción de socialismo y libertad”, le lleva a criticar duramente a aquel socialismo totalitario que buscando la igualdad prescinde de la libertad, pero también a aquella corriente política que identifica con la socialdemocracia por postular cierto tipo de libertad igualitaria que no tiene en cuenta las aportaciones socialistas sino que recoge de manera mimética los planteamientos del liberalismo¹⁶². Explícitamente nos dice:

“Dos escollos tradicionales habrá que evitar en el curso de ese trabajo teórico [se refiere a la reflexión filosófica para la realización armónica del socialismo y la libertad]. Por una parte, la tentación totalitaria en que ha caído una parte del socialismo revolucionario – como Lenin y Stalin– postulando soluciones para la organización política y jurídica ajenas a la tradición socialista, desde una perspectiva dogmática y políticamente despótica. Por otra parte, la inclinación ‘liberal’ de una parte del pensamiento socialista democrático y que ha constituido lo que ahora se llama un poco despectivamente la *socialdemocracia*, donde se calcan mecánicamente sin ninguna reelaboración las estructuras políticas y jurídicas de la sociedad liberal y donde no se tienen en cuenta las específicas aportaciones en el campo político que aportará la reflexión socialista. A través de esa tentación liberal *se introducirá también una cierta aceptación de un capitalismo adaptado y reformado*.”¹⁶³

En síntesis, construcción de la sociedad socialista con asunción del Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la limitación del poder, pero adoptando formas propias sólo posibles en el socialismo –verbigracia, utilizando el Derecho para alcanzar una organización económica socialista–, son ideas que caracterizan a este primer momento ideológico de PECES-BARBA. Ellas propugnaban la desfundamentación y regulación planificada de las libertades de comercio e industria, la supresión de la propiedad privada de los medios de producción, la incorporación al acervo de los derechos fundamentales de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, así como una férrea oposición a la economía de mercado –o marco económico capitalista– a

¹⁶⁰ “Socialismo y Libertad”, op. cit., p. 154, 156 y 160, respectivamente. La cursiva es mía.

¹⁶¹ “Socialismo y Estado de Derecho”, op. cit., p. 178, la cursiva es mía.

¹⁶² PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 161.

¹⁶³ Ibid., p. 162. La cursiva es mía.

favor de la extensión de la democracia directa al campo económico y empresarial a través de la autogestión, de la propiedad social o estatal de los medios de producción y de la planificación estatal de la economía.

4.2. La integración de la dimensión ética del socialismo democrático con el liberalismo político progresista

Mucho tiempo después, en una muestra de las consecuencias que la razón situada en la historia produce en sus construcciones teóricas, la influencia de los antiguos y nuevos aportes de liberales, republicanos y reformistas, así como el cambio del panorama mundial que pone de manifiesto la dificultad, sino imposibilidad, de mantener una organización económica socialista, lleva a PECES-BARBA a replantear paulatinamente sus posturas iniciales. En su artículo sobre “El socialismo y el derecho al trabajo” (1990-1993) se aprecia ya esos cambios al incorporar a sus reflexiones “[l]a aceptación de la economía de mercado” que se produce en diversas latitudes y explicar que ese fenómeno no sólo se presenta en la práctica sino también en la teoría a través de autores como ADAM SCHAFF que promueven “la necesidad de cooperación de lo que llama dos fuerzas motrices, la planificación y el mercado”. “Los acontecimientos de los últimos años en los países del Este [señala en apoyo de su nueva posición] son una confirmación indudable del agotamiento del modelo de planificación excluyente y de vuelta al mercado y de que, incluso en esa zona, la práctica y la teoría coinciden.”¹⁶⁴ La conjunción entre planificación y economía de mercado se presenta, entonces, como una nueva idea en su bagaje ideológico.

Este cambio respecto a sus planteamientos iniciales no significa que renuncie a extender la acción del Estado al ámbito de la economía –en colaboración con los agentes sociales de ese medio– a través de la planificación –no dogmática ni excluyente– o la racionalización económica. Tampoco que deje de lado la idea de socializar las empresas o sectores de la producción que se considere convenientes para cumplir con esos

¹⁶⁴ “El socialismo y el derecho al trabajo”, op. cit., p. 419, todas las citas. La referencia que hace PECES-BARBA a Adam SCHAFF corresponde a la obra de este último: “Las zonas inexploradas del socialismo contemporáneo”, en: *El socialismo del futuro*, Revista de Debate Político, Volumen 1, Nº 1, Fundación Sistema, Madrid, 1990, p. 60.

propósitos y/o lograr una distribución equitativa de los recursos o la plusvalía. Por lo menos no dice haber dejado de lado esas ideas. Sin embargo, ahora reconoce el importante papel que puede desempeñar la empresa privada para alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que caracterizan a una sociedad bien ordenada; sin dejar de alertar sobre las desviaciones que puede sufrir en perjuicio de esos objetivos¹⁶⁵. Mucho menos significa que haya renunciado a exigir del Estado un sistema de redistribución de la riqueza adecuado para equilibrar las desigualdades y promover la igualdad. La importancia que otorga a la igualdad y a la solidaridad como valores para alcanzar una plena libertad, confirma lo contrario. Lo que hace, en este segundo momento de su pensamiento ideológico, es intentar encontrar un equilibrio entre la planificación del Estado y el libre mercado, entre la intervención estatal para conseguir la igualdad en libertad, con la libre participación del individuo para asegurar su liberación económica. De lo que se trata es de evitar que el Estado o los individuos incurran en monopolio, o en el uso injusto de la riqueza, y de que cada persona pueda ver satisfecha sus necesidades básicas con su esfuerzo pero con apoyo de los demás. Para alcanzar ese objetivo, deja de advertir una incompatibilidad entre economía de mercado e

¹⁶⁵ En *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo* (1995), PECES-BARBA nos dice: “La empresa era considerada una sede central de la lucha de clases, de la explotación de los trabajadores, y su objetivo central del beneficio particular, y de la primacía de la producción a toda costa, impedían una acción de ésta acorde con el interés general. Mientras ha sido considerada primordialmente como uno de los motores del capitalismo, y existía un modelo global contradictorio basado en organizaciones empresariales públicas actuando de acuerdo con un plan racional, excluyente de la empresa privada, se ha valorado poco su papel en la construcción de la racionalidad moderna. La caída de la ideología comunista y de su acción práctica en los países del este ha modificado esa ruptura y la empresa hoy se considera como una organización capaz de insertarse en la racionalidad, e incluso impulsora de la misma, al favorecer la implantación de las nuevas tecnologías, de la investigación y del desarrollo. La posibilidad del desempeño de funciones públicas, basadas en el principio del interés general, por empresas privadas que hacen compatible su interés propio, con ese interés general ha cambiado radicalmente el panorama. No sólo se puede integrar esa idea de empresa con el Estado social, sino que puede también impulsar un nuevo esfuerzo de reflexión moral, de moralidad pública, de servicio al bien común, y de apoyo a la autonomía moral de las personas que trabajan en ellas, que reciben sus servicios o de los ciudadanos en general. El interés por la investigación, la aceptación del valor de la educación y de la reflexión sobre los problemas de la ética pública, de la democracia, del Estado social, o de los derechos humanos, que se impulsan desde algunas empresas, es hoy posible porque ha desaparecido la cultura cerrada del socialismo estatista de raíz leninista, y porque las propuestas del Estado social y de su impulso ético y político, son abiertas y compatibles con la participación privada.

Por otra parte esa intervención positiva en la formación de la modernidad puede verse oscurecida por dos desviaciones de la idea de empresa: en primer lugar cuando [...] se instrumentaliza a la empresa para el poder o para el beneficio, y se pierden las virtualidades de humanización que puede encerrar [...]. En segundo lugar se pueden potenciar estructuras post-modernas, reclamando la autonomía de la acción, y la posibilidad de una actuación independiente, prescindiendo del ámbito de la acción política, y propugnando la existencia de una estrategia empresarial que actúe al margen del Estado y de una política económica que no tenga en cuenta el interés general.” (Ibid., pp. 50-51).

intervención estatal y no insiste con la desfundamentación de las libertades de comercio e industria, tampoco con la supresión de la propiedad privada de los medios de producción; a cambio propone la coordinación y el mantenimiento de unos y otros dentro de cauces racionales que permitan alcanzar una organización social en libertad con igualdad en un contexto de seguridad y solidaridad. En *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo* (1995) lo explica. Con relación a la economía de mercado y la intervención estatal nos dice:

“La capacidad de los poderes públicos para organizar una sociedad eficaz se enfrenta, en primer lugar, con el creciente protagonismo del mercado y se plantea el problema de la compatibilidad ¿cabe esa organización que supone el Estado de Derecho, en una sociedad de libre mercado?. Parece que no existen razones teóricas que marquen una incompatibilidad entre mercado y Estado social, aunque sí puede producirse entre los excesos de ambos modelos, o si se quiere las posibilidades de ambos de ser llevados a sus últimas consecuencias.” “El mercado, en estado puro, no existe, como tampoco una acción positiva de los poderes públicos tampoco se da, en ese nivel absoluto. Existe un mercado corregido por la acción pública, y una acción pública limitada por el mercado. Lo que favorece la crisis es cuando la corrección de la acción pública sobre el mercado o la limitación de esa acción por el mercado son excesivas o abusivas.”¹⁶⁶

En cuanto al derecho de propiedad en general y las libertades de comercio e industria, luego de advertir que se trata de conquistas históricas del individuo contra el poder económico de las corporaciones, los gremios y una estructura económica llena de privilegios, reconoce en esos derechos mecanismos adecuados para conseguir la liberación económica del ser humano, siempre que se racionalicen con la intervención del Estado como un contrapeso para impedir que den lugar a nuevos monopolios económicos y asegurar la libertad igualitaria. Eso sí, sin dejar de denunciar los problemas de escasez (entendida como la carencia de bienes suficientes que, al ser repartidos, logren alcanzar a todos) que en su opinión dificultan que el derecho de propiedad pueda ser considerado como un derecho fundamental, al ser imposible que pueda ser atribuido a todos los destinatarios posibles, pero aceptando que puede ser considerado como un

¹⁶⁶ Ibid., pp. 147-148, la primera cita; y 148, la segunda. Y agrega: “En todo caso parece que sólo un equilibrio entre mercado y Estado social puede mantener una esperanza en la generalización de la humanización. Dicho de otra manera, sólo ese equilibrio puede garantizar una racionalización que alcance a todos. Como se ve detrás de los matices y las dudas que despierta la liberación económica, late una preocupación moral. Si el punto de partida que se rechaza, con la liberación económica, es la economía moral, es decir sometida a la Teología [como ocurría en la Edad Media], la evolución ha podido entenderse [indebidamente] como una ruptura con la moral, e incluso como la economía fuente de moralidad. Amartya Sen insistirá mucho en los beneficios mútuos que se obtiene por ambas, con una comunicación entre la economía y la moral. Se puede decir que la corrección que el Estado social representa, respecto a la economía clásica, está situada en esta línea de comunicar ética y economía.” (Ibid., p. 32).

derecho de rango menor o signo distinto¹⁶⁷. En todo caso, refiriéndose a si tales derechos o libertades deben integrar o no el modelo de sociedad bien ordenada que propone, dice lo siguiente:

“Con el contrapeso de una cierta intervención estatal, para corregir desigualdades y satisfacer necesidades básicas radicales, de mantenimiento y de mejora, que es la aportación del socialismo democrático a la moralidad de los derechos y la función promocional del poder, desarrollando deberes positivos de los poderes públicos y de los particulares, es una liberación aún adecuada [se refiere a la liberación económica que se produce a través de la propiedad privada y las libertades de comercio e industria] para ser integrada en el modelo. Sin embargo debe mantener siempre abiertos estos mecanismos de corrección que eviten caer en un nuevo monopolio de la riqueza, o que impidan que sectores sociales se encuentren condenados a la escasez, a la pobreza o a la privación de necesidades básicas.” “Una reflexión racional que intente perfilar todas las dimensiones del modelo de la ética pública de la modernidad, debe prestar atención, a este flanco de la liberación económica, como origen de otros monopolios económicos.” “El desbordamiento de la libertad económica de sus cauces racionales y su presentación como nueva moralidad excluyente de nuestro tiempo, no es coherente con este modelo e incluso desde él existen argumentos de peso para una crítica severa de esta tendencia.”¹⁶⁸

En su libro *España civil* (2005), confirma este cambio de postura al calificar a “[l]a economía de mercado y la libertad de comercio y de industria [como...] realidades positivas”; pasando a considerarse a sí mismo como: “un *socialdemócrata*, un socialista liberal que rechaza el extremismo, el fanatismo y la imposición”¹⁶⁹. Un cambio en su posición inicial y el uso de una locución que conduce, por relación, con la socialdemocracia que varios años antes criticó. A pesar de ello, la crítica al capitalismo se mantiene. No deja de denunciar al capitalismo que produce situaciones de desigualdad y de injusticia:

“Lo que llamo el enriquecimiento excesivo e injusto [nos dice], que ha desempeñado un papel destacado para obstaculizar la implantación de una sociedad libre y bien

¹⁶⁷ Afirma al respecto PECES-BARBA: “Cuando hablamos aquí de escasez lo hacemos en sentido fuerte, es decir, como bienes que no pueden en ningún caso repartirse, porque ese reparto nunca alcanza a todos. La suma total de esos bienes no se puede dividir para que todos puedan participar de alguna manera en ella.” Por otro lado, agrega, para que un contenido normativo sea considerado como derecho fundamental “es necesario que desde el punto de vista de sus contenidos sea generalizable, susceptible de ser elevada a Ley general, es decir, que tenga un contenido igualitario, atribuible a todos los destinatarios posibles, ya sean los genéricos ‘hombre’ o ‘ciudadano’ o los situados ‘trabajador’, ‘mujer’, ‘administrado’, ‘usuario o consumidor’, ‘minusválido’, ‘niño’, etc. [...]. Esta exigencia excluye [...] al derecho de propiedad como derecho fundamental.” (*Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, –1995-1999–, op. cit., pp. 108 y 109, respectivamente). A pesar de ello, dice nuestro autor: “el derecho de propiedad sí es susceptible de ser positivizado, y sigue siendo así una institución central del Derecho privado, aunque no un derecho fundamental.” (“El socialismo y el derecho al trabajo”, op. cit., p. 423).

¹⁶⁸ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 84, 84-85 y 85, respectivamente.

¹⁶⁹ *La España civil*, op. cit., pp. 177 y 9, respectivamente. La cursiva es mía.

cohesionada [...] es una patología de la ideología capitalista que florece en tiempos de dictadura pero que convive y puede desarrollarse también en la democracia. No está en el espíritu capitalista originario como el que representa, por ejemplo, Benjamín Franklin, desde el talante austero y rígido del protestantismo puritano, sino que deriva de una mezcla entre el valor de la riqueza, el epicureísmo y la peor faceta de la ideología libertina, que no admite límites ni barreras morales y que tiene justificaciones para sortear las jurídicas. Lo único que la limita es el cálculo sobre las consecuencias en caso de ser descubierto. Si las consecuencias son menores que los beneficios obtenidos les vale la pena seguir adelante. Ese capitalismo sin límites, con la carrera consumista y el egoísmo de la acumulación de bienes y de riquezas, hace imposible la igualdad y la solidaridad y por eso daña también la libertad, incluso la de los propios beneficiados.”¹⁷⁰

Según nuestro autor, este “capitalismo frío y desalmado es la ideología que engloba y legitima esos vicios sociales”. “La economía de mercado y la libertad de comercio e industria [que ahora considera como realidades positivas...] no tienen que englobarse en este modelo de capitalismo.” La sociedad bien ordenada “no será completa si no logra corregir esas desviaciones [se refiere a los vicios sociales] que, además, son una de las razones que justifican la inmoralidad económica, el todo vale, la burla al Derecho, la ingeniería financiera y los beneficios injustificados.”¹⁷¹

En resumen, el segundo momento del bagaje ideológico de PECES-BARBA se caracteriza por la aceptación de la economía de mercado, sin renunciar a la acción del Estado –en colaboración con los demás agentes económicos– a través de la planificación democrática y razonable de la economía; sin que eso signifique dejar de lado la idea de socializar las empresas o sectores de la producción que se considere convenientes para contribuir a racionalizar y humanizar la economía y/o lograr una distribución equitativa de los recursos, aunque reconociendo la importancia de la empresa privada para conseguir esos propósitos. Lo que se busca, entonces, es un equilibrio entre la planificación del Estado y el libre mercado, entre la intervención estatal para conseguir la igualdad en libertad, con la libre participación del individuo para asegurar su liberación económica. Se caracteriza también porque ya no insiste en la desfundamentación de las libertades de comercio e industria, ni en la supresión de la propiedad privada de los medios de producción. Antes bien, luego de reconocer en ellas a conquistas históricas del individuo contra el poder económico de ciertos colectivos y una estructura económica llena de privilegios, reconoce en esos derechos a mecanismos adecuados para conseguir

¹⁷⁰ Ibid., p. 131.

¹⁷¹ Ibid., p. 177, todas las citas.

la liberación económica del ser humano, siempre que se racionalicen con la intervención del Estado para impedir que surjan nuevos monopolios y se procure seriamente la libertad igualitaria. En todos los casos se mantiene la crítica al capitalismo, al enriquecimiento excesivo e injusto que dificulta la construcción y el fortalecimiento de una sociedad bien ordenada¹⁷².

La evolución o los matices que el acervo ideológico de PECES-BARBA ha tenido a lo largo del tiempo son un ejemplo del carácter heterodoxo, reformista y moderado con que él mismo califica su actitud y pensamiento¹⁷³. Podemos decir que a la fecha su postura integra el liberalismo político progresista con la dimensión ética del socialismo democrático, en una fórmula que tiene como “última meta el desarrollo de la dignidad, es decir, de la autonomía moral, y [cuyo...] único cauce son esos valores constitucionales de la democracia y de la libertad igualitaria.”¹⁷⁴ Según sus propias palabras: “Es una

¹⁷² Este diagnóstico sobre los dos momentos del pensamiento de PECES-BARBA, con relación al socialismo democrático que lo inspira, ha sido confirmado por él: “Es cierto su diagnóstico [nos dice]. En un primer momento estuve muy influido por Elías DÍAZ y por su libro ‘Estado de Derecho y sociedad democrática’. Mantuve la defensa de los valores y las instituciones liberales, democráticas y sociales y acepté, aunque en el fondo no estaba muy convencido, la posibilidad de, en ese contexto, avanzar hacia una economía socialista. Después comprendí lo imposible de ese empeño y me situé mas [sic] en un socialismo democrático liberal y reformista donde frente a la actitud económica rupturista anterior, me pareció mas [sic] posible, también en ese tema un papel reformista. [...] No creo que haya diferencia entre socialismo democrático y social democracia. El socialismo mas [sic] genuino con inspiración marxista se llamó social democracia. Me parece que las dos denominaciones se refieren al socialismo reformista, hoy, sea cual sea su origen histórico. Es correcta su interpretación general, pero no le bautice distinguiéndole por nombre que significan lo mismo.” (*Carta manuscrita*, 16 de Agosto de 2006, op. cit., pp. 1-2). Una discrepancia en las denominaciones que, por razones ilustrativas y de fondo, nos parece importante mantener.

Cabe señalar que el propio Elías DÍAZ experimentó similar evolución. Varios años después de publicar el libro que causó una gran influencia en nuestro autor, dejó de definir al Estado democrático de Derecho como un tipo de Estado construido con una organización económica e ideológica socialista para alcanzar una auténtica democracia (como lo había hecho en su *Estado de Derecho y sociedad democrática*, op. cit., pp. 126-127). A pesar de ello, sus críticas al capitalismo y al libre mercado se mantienen. En la actualidad caracteriza al Estado democrático de Derecho a partir de cuatro puntos: (i) una intervención del Estado en la vida social más cualitativa y menos cuantitativa; (ii) una sociedad civil más vertebrada, sólida y fuerte; (iii) un amplio plexo de derechos fundamentales que incluye los derechos individuales, civiles y de participación política, los económicos, sociales y culturales, así como los nuevos derechos que van apareciendo en las realidades sociales cada vez más complejas; y, (iv) una economía mixta con presencia del sector privado y del sector estatal –con un amplio protagonismo del primero–; donde el Estado cumpla una triple función: de producción (selectiva y cualitativa), de redistribución (proporcional y progresiva), así como de regulación y organización (flexible y revisable) para no dejar todo al libre mercado, sino que la intervención estatal pueda asegurar la racionalización de la economía, a fin de que los individuos puedan satisfacer sus necesidades básicas y participar en la distribución equitativa de la riqueza (Vid al respecto, su trabajo: “Derechos Humanos y Estado de Derecho”, en: AA.VV. *Los derechos: Entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2000, pp. 141-146).

¹⁷³ Vid: *La España civil*, op. cit., p. 9.

¹⁷⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 150.

tradición teórica que arranca de los humanistas del Renacimiento, de los libertinos, de los igualitarios del siglo XVIII como Mably, Rousseau, Condorcet o Paine, y que alcanza al socialismo ético desde Louis Blanc a Fernando de los Ríos o Héller.” “Es una corriente integradora de los dos valores que incorpora al liberalismo político progresista al socialismo ético que arranca de Kant y de los ilustrados y al republicanismo con raíces en la Grecia de Cicerón, en Maquiavelo, en Voltaire y en Rousseau, entre otros.”¹⁷⁵

5. La influencia del republicanismo

La tradición republicana, conocida también como *republicanismo*, se encuentra progresivamente presente en el pensamiento de nuestro autor. Su influencia se va haciendo cada vez más patente a partir de los trabajos que realiza para estudiar los derechos fundamentales desde una razón histórica, hasta llegar a tener una fuerte presencia a través de diversos autores que van desde la época clásica hasta la actualidad, pasando por el humanismo del siglo XVI, los libertinos y republicanos ingleses del XVII, la Ilustración del Siglo de las Luces y los aportes del republicanismo liberal y socialista de los siglos XIX y XX¹⁷⁶. De ellos extrae, de manera selectiva y crítica, las racionalidades parciales que junto con otros aportes le sirven de materiales para la construcción de su edificio teórico. Es ejemplo de ello su obra *España civil* (2005). En ella otorga un papel importante a las virtudes ciudadanas y a la libertad republicana para

¹⁷⁵ Ibid., pp. 150 y 150-151, respectivamente.

¹⁷⁶ El propio PECES-BARBA se ocupa de señalar a los autores que han contribuido a su formación y a la consolidación de su pensamiento: “Entre los clásicos [afirma] citaría a Cicerón por muchas razones, pero especialmente por su expresión aparentemente paradójica ‘legum servi sumus ut liber esse posumus’ (somos siervos de la Ley para poder ser libres); al Séneca de sus *Cartas a Lucilio*; a santo Tomás; a Vives; a los humanistas del siglo XVI; a Giordano Bruno; a los libertinos del XVII; al padre Feijoo; a Hobbes y a Locke; a los republicanos ingleses del XVII; a los ilustrados, especialmente a los escoceses, a los españoles y a los franceses del XVIII, con especial referencia a Voltaire, Rousseau, Condorcet, Argüelles, Jovellanos y Thomas Paine. En los siglos XIX y XX, además, a Constant, a Tocqueville, a Stuart Mill, a Louis Blanc, a Lasalle y a Bernstein, a los fabianos, a Jellinek, a Ortega y Gasset, a Unamuno, a Azaña, a Carlo Roselli, a Laski y a Héller, a Habermas... entre otros. También han influido en mi pensamiento algunos escritores y poetas. Sólo mencionaré a unos pocos especialmente significativos: Cervantes, Shakespeare, Lamartine, Larra, Víctor Hugo, Balzac, Leopoldo Alas, Galdós, Pío Baroja, Machado, García Lorca o Miguel Hernández, autores cuyas obras y ejemplo humano han dejado una huella indeleble en mi formación y personalidad.” Entre los filósofos y juristas menciona también a Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, Elías DÍAZ, Norberto BOBBIO, Felipe GONZÁLEZ VICÉN, Hans KELSEN, Jacques MARITAIN, Fernando DE LOS RÍOS, Herbert L. A. HART, entre otros (Ibid., pp. 253-254).

construir una sociedad libre y bien cohesionada, objetivo que para el caso español denomina: la “España civil”. Explica así esta situación:

“Creo que siempre ha habido un fondo de republicanismo en mi pensamiento, aunque quizás en obras anteriores sin adoptar la denominación, sino desde una síntesis de lo liberal, lo democrático y lo social. ¿No es el republicanismo algo que toma de los tres elementos para su identificación? Creo que se distingue por la forma en que los combino y por las dimensiones de cada uno que descarto.”¹⁷⁷

La Grecia clásica es el lugar y el momento en que aparecen los primeros autores que podemos considerar como republicanos. Estos pretendieron a través de sus obras dar respuestas a los problemas de la democracia ateniense. Una tradición que se desarrolló en el mundo clásico y que siglos después fue recuperada por las repúblicas renacentistas italianas y las experiencias republicanas en Inglaterra; para tener un aparente ocaso en las revoluciones francesas y americana. Su origen, auge y declive cubre un tiempo histórico que va desde la Antigüedad hasta los alrededores de la Edad Moderna. A finales del siglo XX comienza a “renacer” a partir del trabajo de investigadores que, rastreando los orígenes teóricos de la tradición política-institucional angloamericana, refuerza la idea de que el constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica no se basa exclusivamente en fuentes liberales o individualistas, sino también en la tradición republicana. Desde allí, se produce una fuerte preocupación por recuperar los valores y postulados republicanos que también llega a Europa¹⁷⁸. En palabras de Ramón RUIZ:

“Nos encontramos, en definitiva, ante una tradición filosófico-política importantísima, no sólo porque han formado parte de ella muchos de los autores más relevantes de la historia del pensamiento, sino porque, además, las tesis de éstos influyeron en muchos casos en algunos de los sucesos históricos más trascendentales de su tiempo, así como en la configuración política, ideológica y moral de sus sociedades. Además, se trata de una doctrina que muchos pensadores de la actualidad no consideran acabada, sino que opinan que merece la pena recuperar y aplicar para la transformación de algunos de los aspectos de las sociedades contemporáneas.”¹⁷⁹

Si bien el republicanismo extiende sus raíces en la Antigüedad, aquí nos referimos al significado que suele asignársele contemporáneamente. Se trata de una corriente teórica vinculada tanto con el comunitarismo como con el liberalismo y ha

¹⁷⁷ *Carta manuscrita*, 16 de Agosto de 2006, op. cit., pp. 2-3.

¹⁷⁸ Vid: RUIZ, Ramón. *La tradición republicana, Renacimiento y ocaso del republicanismo clásico*, (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho), Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.

¹⁷⁹ *Ibid.*, Introducción, p. 43.

servido para que autores de una y otra tradición filosófica reexaminen las discusiones propias de sus respectivas disciplinas¹⁸⁰. El problema se presenta a la hora de determinar cuál es su contenido o –lo que es lo mismo– qué debemos entender por republicanismo. Son varios los autores que suelen ser comprendidos en su seno con planteamientos tan disímiles (como pueden ser POLIBIO y SÉNECA en el pensamiento clásico y HARRINGTON y JHON MILTON en el pensamiento inglés del siglo XVII) que dar una definición sobre él, con pretensión de generalidad y sin caer en indeterminación, es una labor sumamente complicada y difícil¹⁸¹. Sí es posible, en cambio, perfilar algunas notas que suelen utilizarse para caracterizar esta línea de pensamiento político: la virtud, la libertad, la importancia del bien común, la defensa de una ciudadanía activa, etc. Más aún, como sostiene Roberto GARGARELLA, es posible encontrar un “mínimo común denominador” entre las distintas concepciones republicanas; esto es, ciertas notas comunes y propiamente republicanas, que no niegan la presencia de fuertes diferencias por encima ni por debajo de tal “mínimo común” (ni la existencia de diferencias respecto a cómo interpretar esas notas comunes), pero que son notas características que permiten agrupar a los diversos autores que podrían citarse como representantes del republicanismo. Estas notas comunes son la libertad y la virtud¹⁸².

¹⁸⁰ Así, autores liberales igualitarios han visto con simpatía el resurgimiento del republicanismo y han apelado a él dándole la forma, en algunos casos, de un “republicanismo liberal” para formular críticas contra el liberalismo conservador. Por su parte, autores comunitaristas han visto en él una corriente teórica con preocupaciones e ideales comunes, como pueden ser las vinculadas con los valores cívicos, el autogobierno, etc. A pesar de tales vinculaciones, autores como Roberto GARGARELLA sostienen que el republicanismo puede seguir siendo considerado como una visión teórica con contenido propio (Vid su libro: *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, –Paidós Estado y Sociedad–, segunda edición, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 161-162).

¹⁸¹ Vid: RIVERO, Ángel. “El discurso republicano”, en: *La democracia en sus textos*, Rafael del Águila y otros, Alianza, Madrid, 1998, pp. 64-69. También la referencia que hace Javier DORADO a los aportes republicanos de John Milton, James Harrington y Algernon Sydney, entre otros, en su obra: *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 297 y siguientes.

¹⁸² *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, op. cit., p. 163.

En sentido similar se pronuncia María del Carmen BARRANCO, en: “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 9, Año V, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, julio-diciembre 2000, pp. 65-66.

5.1. Virtudes cívicas y vicios ciudadanos. La pedagogía de la libertad

En cuanto a la *virtud*, el republicanismo defiende la necesidad de que se viva conforme con ciertos valores cívicos —o virtudes ciudadanas—, por ser condiciones necesarias para la organización social que preconiza. La lista de virtudes que defiende es muy extensa. Se han exaltado el coraje (para defender a la propia comunidad frente a ataques externos), la prudencia (para tomar parte en el gobierno de aquella), la simplicidad, la honestidad, la benevolencia, el patriotismo, la integridad, la sobriedad, la abnegación, el amor a la justicia, así como la igualdad y la solidaridad; en general, el compromiso con la suerte de los demás, etc. Frente a estas virtudes, los republicanos rechazan vicios de conducta tales como: la ambición, la avaricia, el orgullo, el egoísmo, la prodigalidad, la ostentación, el cinismo, la cobardía, la corrupción, las actitudes opresivas de los sectores dominantes, etc.¹⁸³

PECES-BARBA participa de estas ideas y en su *España civil* (2005) reafirma que “[e]l humanismo cívico, la ciudadanía republicana, con raíces éticas liberales y socialistas”, es la ideología de la sociedad libre y democrática¹⁸⁴: “[S]ólo desde ella podremos crear ciudadanos con virtudes públicas que son, como ya decía Aristóteles, los que pueden dirigir, con el consentimiento de todos, la sociedad política, con capacidad para aceptar tanto el sometimiento a la ley como el uso del poder en interés de todos, excluyendo el beneficio personal”¹⁸⁵.

En ese esfuerzo no sólo el Estado y la sociedad deben participar satisfaciendo las condiciones sociales, políticas y jurídicas necesarias para su implantación; sino también “los seres humanos individuales deben favorecer al máximo la idea de ciudadanía”, por consiguiente, deben participar responsablemente en la construcción de una sociedad libre y democrática¹⁸⁶. La idea de que no puede haber Estado de Derecho sin sociedad democrática se complementa así con esta otra: no puede haber sociedad democrática sin

¹⁸³ Vid: GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, op. cit., p. 164.

¹⁸⁴ *La España civil*, op. cit., p. 154.

¹⁸⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

¹⁸⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 180.

la participación de ciudadanos responsables. En ese sentido, recuerda de manera elocuente Adela CORTINA:

“Si rehusamos ser los protagonistas de esta historia [se refiere a la construcción de una sociedad civil sustentada en una moral cívica], podemos tener la certeza de que nadie la hará por nosotros, porque nadie puede hacerla. El viejo dicho de la sabiduría popular ‘nadie es insustituible’ se hace una vez más falso, en el caso de la moral cívica: las personas de carne y hueso –los ciudadanos– somos insustituibles en la construcción de nuestro mundo moral, porque los agentes de moralización, los encargados de formular los juicios morales, de incorporarlos y transmitirlos a través de la educación, no son los políticos, ni los personajes del mundo de la imagen, ni los cantantes, ni el clero, ni los intelectuales, sino todas y cada una de las personas que formamos parte de una sociedad. Por eso puede decirse sin temor a errar que la moral de una sociedad civil –la moral cívica–, o la hacemos ‘las personas de la calle’, o no se hará [...]” “[Una vez más insistimos:] los protagonistas de la vida moral son las personas normales y corrientes, por eso, la moral cívica la harán ellas o no se hará”¹⁸⁷.

Siguiendo a PECES-BARBA, son varias las virtudes que integran ese humanismo cívico que exhorta a ejercer la ciudadanía de manera republicana. Entre ellas destacan las siguientes¹⁸⁸:

1º. *El respeto y el reconocimiento del otro como tal*, en primerísimo orden por ser una consecuencia inmediata de la idea de dignidad humana. Este respeto no es unidireccional, sino recíproco y pluridireccional. Se presenta también, y quizás con mayor necesidad, en el ámbito de la multiculturalidad. Incluye el respeto al nacional y al extranjero, al nativo y al inmigrante, a sus valores y culturas, sean estas propias o ajenas. El único límite de la multiculturalidad en una sociedad democrática –dice nuestro autor– lo constituyen aquellos valores y principios que, de ser violentados, pondrían en peligro el núcleo esencial de los modos culturales y civilizados de esa sociedad, tanto en el plano social como en el político y jurídico. No se trata de cualquier elemento de discrepancia que rompa el acuerdo, sino de aquellos que afectan a la dignidad humana y, en consecuencia, a los valores y principios, a los procedimientos constitucionales, a las mayorías y a los derechos fundamentales que caracterizan a esa sociedad. Estos rasgos de la cultura democrática deben amparar también a los que no son nativos, a los que no son nacionales, a los que provienen de otras culturas:

¹⁸⁷ *La ética de la sociedad civil*, op. cit., pp. 11 y 79, respectivamente.

¹⁸⁸ Sigo aquí, fundamentalmente, las ideas de PECES-BARBA expuestas en su libro: *La España civil*, op. cit., pp. 104, 139, 157, 183-184, 269-271.

“[P]or eso la retórica hipócrita de muchos no puede esconder tratos discriminatorios ni exclusiones para quienes vienen de fuera. Tampoco puede hacerse que lo que no es esencial se plantee como tal, ni que los emigrantes [sic] copien nuestras formas y nuestros modos de actuar. Tenemos que distinguir ‘el grano de la paja’ y no imponer cosas que tienen sentido en nuestra cultura pero que carecen de él si se exportan.”¹⁸⁹

2º. La *tolerancia*, tanto en su dimensión negativa (entendida como la capacidad de aceptar, en una sociedad plural, la existencia de posiciones diferentes e incluso contradictorias sin que ello conlleve al rechazo), como en su dimensión positiva (entendida como el esfuerzo de colocarse en el lugar del otro e intentar comprender su posición)¹⁹⁰. Junto con el reconocimiento y respeto del otro, la tolerancia es un componente imprescindible para las relaciones democráticas. Estas virtudes excluyen el desprecio, el trato hostil, la desigualdad, la discriminación, aunque son compatibles con aquel trato que se encuentre justificado, objetiva y razonablemente, para dar respuesta a situaciones diferentes o para combatir la desigualdad y la discriminación.

3º. La *moderación* por ser la que influye y condiciona a la sociedad y al poder. Se prolonga socialmente a través del derecho de todos a participar y a decidir, a través de la libertad, la igualdad, la cooperación y la no subordinación. Política y jurídicamente se expresa a través de la separación de poderes, el imperio de la ley y los derechos fundamentales como límites al poder. Contribuye a alcanzar la coherencia social, a extender los beneficios y a satisfacer las necesidades básicas. El reconocimiento y respeto del otro en cuanto tal, la defensa de todas las dimensiones de la dignidad, la lucha por la paz y el rechazo de la intransigencia, del racismo y del extremismo sólo son posibles desde posiciones moderadas. Por eso, concluye nuestro autor: “La democracia es moderación y el Estado de Derecho es su expresión jurídica, que se manifiesta esencialmente en la forma racional del uso de la fuerza y en la búsqueda de la adhesión a través del consenso.”¹⁹¹ Es, pues, otra característica esencial de las sociedades libres, plurales, democráticas y abiertas.

¹⁸⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 157.

¹⁹⁰ De manera similar al sentido que le da nuestro autor, Carlos THIEBAUT habla de tolerancia negativa (como aquella que se limita a “soportar” las diferentes concepciones vitales) y de tolerancia positiva (como aquella que “comprende” esas diferencias) como dos aspectos de un mismo principio (*De la tolerancia*, Visor, Madrid, 1999, p. 49 y siguientes, así como p. 56 y siguientes).

¹⁹¹ *La España civil*, op. cit., p. 47.

4°. En armonía con ello, la *concordia o amistad cívica*, como espíritu de convivencia que exhorta a brindar al otro un trato digno, a cuidar y atender a los más débiles, a relacionarse con los demás con consideración y respeto. En las relaciones sociales y políticas supone el trato al adversario no como enemigo sino como defensor de posiciones diferentes, respecto de las cuales existen procedimientos racionales y civilizados para resolverlas. Sea cual fuere la solución, ésta no debe producir efectos dramáticos ni consecuencias irreversibles que impidan la comunicación. Naturalmente, esta virtud va más allá de los casos difíciles y controvertidos y debe acompañar todas las situaciones de comunicación y de diálogo. Se opone, a las descalificaciones, los insultos, las burlas y cualquier otra manifestación de odio que sitúe la controversia en la dialéctica amigo-enemigo¹⁹².

“Resistirse a la tentación de resolver los conflictos, las tensiones o las discrepancias desprestigiando al contradictor con referencias a su vida privada, o bien aduciendo situaciones, rasgos de carácter o cualquier otra identificación descalificadora, es evitar ventajas inmorales y defender el juego limpio.”¹⁹³

Sin agotarse en ellas, nuestro autor destaca también, como virtudes de este humanismo cívico que conduce al ejercicio de una ciudadanía republicana: a la fraternidad, el rechazo a los dogmas, el espíritu crítico, el compromiso en la lucha contra la pobreza y la ignorancia, la colaboración en tareas solidarias, el pacifismo y el rechazo de la violencia, la generosidad y la cooperación ante catástrofes colectivas, así como el respeto a la vida privada de los demás, entre otras¹⁹⁴.

Uno de los problemas que perturban esta idea de ciudadanía y dificultan la implantación o virtualidad de una sociedad bien ordenada, lo constituyen una serie de vicios o defectos que afectan a las personas en sus relaciones humanas –tanto en el

¹⁹² “A veces, la dialéctica amigo-enemigo es producto del dogmatismo, de posiciones intransigentes y de la creencia en verdades que no admiten ni reparos ni límites, y que no son compatibles con otras verdades contrapuestas. Esas posiciones no aceptan el pluralismo, ni la tolerancia, ni actúan desde la amistad cívica. Son excluyentes y generan una alta opinión de sí mismos, la de la posesión de la verdad, a quienes las defienden. Se sitúan en el ámbito de sociedades cerradas y radicalizadas y rechazan las sociedades abiertas y moderadas, que son sede de la amistad cívica. Tagore decía que si cierras la puerta a todos los errores dejarás fuera la verdad. No es necesario dejar de defender las verdades en las que se cree, y la democracia no es una sociedad indefensa y desprovista de verdades, ni una sociedad que las sublime e impida así el diálogo. No tiene miedo al error y relativiza las consecuencias de hacer convivir diversas verdades al mismo tiempo. La luz no puede salir nunca del fuego de las hogueras de la Inquisición. Ya decía Montesquieu que hasta la virtud debía tener sus límites.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 271).

¹⁹³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 184.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pp. 104 y 174-175.

ámbito social, político como jurídico—. PECES-BARBA denuncia entre ellos al extremismo, la falta de altruismo, las carencias solidarias, las pretensiones excesivas, la inmoralidad económica, la falta de solidez en la obediencia al Derecho, el racismo, la xenofobia, la homofobia, la violencia en las relaciones privadas, así como la corrupción y el juego sucio. También el desprecio, el trato hostil, la desigualdad, el trato discriminatorio, las descalificaciones, los insultos, las burlas y cualquier otra manifestación de odio como la dialéctica amigo-enemigo, entre otros¹⁹⁵. A veces estos vicios y defectos son consecuencia de las relaciones sociales pero otras veces son su causa. En todo caso, deben ser erradicados porque son obstáculos para la implantación de una sociedad libre, abierta, plural y democrática. Entre los vicios mencionados destacan negativamente¹⁹⁶:

1º. El *extremismo*, por ser la ideología que inspira y pretende justificar a los excluyentes, los violentos, los que desprecian al otro –al que es diferente–, a los fascistas, a los puros e intransigentes, a los que creen no necesitar de comprensión y se la niegan a otros.

2º. El *desprecio y la dialéctica del odio*, que tiene un origen profundo y complejo. Se alimenta de diversas fuentes y contradice las relaciones democráticas basadas en la concordia cívica. Llevada a sus últimas consecuencias produce el final del pluralismo, la incapacidad de convivir, la negación de la libertad y, en definitiva, el fracaso del proyecto de una organización social civilizada, libre y abierta.

3º. La *falta de altruismo* –que es una manera discreta de referirse al egoísmo– y las *carencias solidarias*, por favorecer la idea de que cada uno debe ocuparse sólo de su propio desarrollo y del de su familia. Según esta idea, el interés privado debe ser el único objetivo de la vida social de las personas: ayudar a los demás, a los más pobres y necesitados, no sería –según ella– más que una forma de promover la pereza, el vicio y una caridad o filantropía mal entendidas. Estos vicios elevados a categorías económicas o políticas dan lugar a aberraciones totalmente contrarias al modelo de convivencia social que aquí se preconiza.

“Estamos ante una indecente elevación de vicios morales profundos a la categoría de teorías morales, económicas y políticas. Además, los vicios y esos planteamientos que los

¹⁹⁵ Vid: Ibid., pp. 139 y 174-175.

¹⁹⁶ Sigo aquí, básicamente, las ideas expuestas por PECES-BARBA en su libro *La España civil*, op. cit., pp. 176-178.

justifican llevan a los beneficiarios de la riqueza y del saber a pensar que se trata de situaciones justificadas en una lotería natural que les exime de cualquier obligación y justifica su falta de altruismo y su carencia solidaria. Parece que quienes nacen y permanecen en la pobreza y en la ignorancia son responsables de su situación y no, como en realidad ocurre, víctimas de contextos injustos que favorecen la desigualdad e incluso la discriminación.”¹⁹⁷

Se trata, desde el punto de vista del modelo que aquí se postula, de teorías moralmente injustas, políticamente inconvenientes y jurídicamente inválidas. Son moralmente injustas porque contravienen los valores o preceptos que integran la idea de justicia o de ética pública que aquí se defiende: la plena realización de la persona humana. Son políticamente inconvenientes porque impiden la construcción o el fortalecimiento de la sociedad bien ordenada, es decir, de aquella forma de convivencia social libre, abierta, plural y democrática, que este proyecto persigue. Finalmente, son jurídicamente inválidas porque contravienen las normas constitucionales que están recogidas en el Derecho al que este modelo pertenece.

4°. Las *pretensiones excesivas* constituyen otro de los defectos a resaltar. Se presenta cuando las personas exigen al Estado la satisfacción generalizada de determinadas necesidades, a pesar de que éste se encuentra en imposibilidad real de atenderlas –por lo menos de la manera como ha sido demandada–; o a pesar de que algunas personas se encuentran en posibilidades reales de contribuir a su satisfacción, si no a su plena realización. Este defecto se funda en la convicción de que los poderes públicos tienen que atender cualquier pretensión que se derive de carencias individuales, a pesar de las reales capacidades y posibilidades, tanto estatales como personales. Según el modelo que se examina aquí, si las pretensiones que se dirigen al Estado para que satisfaga estas necesidades no diferencian entre quienes no pueden satisfacerlas por sí mismas –sin poner en peligro su propia subsistencia–, y los que sí están en condiciones de hacerlo; entonces, se atentaría contra la solidaridad y se dificultaría la igualdad material porque se destinarían recursos a quienes no tienen verdadera necesidad, en lugar de dirigirlos a favor de quienes realmente lo necesitan. Esta situación, vinculada con el fenómeno de la escasez, generaría o agudizaría la crisis fiscal del Estado y, por consiguiente, impediría la correcta gestión de los recursos que una sociedad bien ordenada demanda. Se trataría entonces de que los recursos del Estado sean destinados

¹⁹⁷ PECES-BARBA. Gregorio. *Ibid.*, pp. 176-177.

especialmente para satisfacer las necesidades básicas de aquellas personas que no pueden hacerlo por sí mismas –sin poner en peligro las dimensiones de su dignidad–; y que, en el caso de las personas que están en mejores condiciones de hacerlo, el Estado concurra con éstas, de manera responsable y proporcional a sus capacidades y posibilidades, a fin de lograr igualmente su satisfacción. En ningún caso significa que el Estado deje de involucrarse y de cumplir con las prestaciones que esas necesidades demanden, mucho menos que decida arbitrariamente a cuál de ellas destinar sus recursos. Simplemente que éstos se gestionen y redistribuyan mejor, con la deliberación y participación ciudadana, para realizar la solidaridad y alcanzar la igualdad real en libertad y con seguridad. Esa es la posición de PECES-BARBA, por lo menos en cuanto a los derechos sociales se trata¹⁹⁸.

Para impulsar esas virtudes cívicas y propugnar la desaparición de los vicios y defectos que atentan contra una convivencia armoniosa, el republicanismo otorga una importancia especial a la educación, a la *pedagogía de la libertad*. Aquella que nos enseña a convivir con los demás, que nos incita a la reflexión, a preguntarnos por la razón de las cosas, a despertar nuestra curiosidad y el sentido de la observación. Aquella que nos enseña a decidir por nosotros mismos, desde la igualdad política, y que promueve en nuestra personalidad las condiciones que favorecen las virtudes públicas necesarias para construir o preservar una sociedad bien ordenada; y, por tanto, para trabajar por la desaparición de los problemas cívicos de nuestro comportamiento que impiden su concreción.

“Toda la tradición del republicanismo –desde Montaigne a los ilustrados como Rousseau, Jovellanos o Condorcet, o en Francia la Liga de la Educación, Jules Ferry o Gambetta, o los fundadores de la Institución Libre de Enseñanza– participa de esos criterios y de esos

¹⁹⁸ Vid: Ibid., pp. 177-178.

Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI expone una postura diferente. A pesar del carácter aparentemente progresista de una política asistencial residual, que busque limitar la acción asistencial del Estado para satisfacer integralmente los derechos sociales sólo de aquellos que se encuentren por debajo de un determinado nivel de bienestar (por resultar coherente con la exigencia igualitaria de tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales para igualarlos), considera que: “una noción fuerte de igualdad y un análisis riguroso de lo que ha sido la política social a lo largo del siglo XX, debe llevarnos a reivindicar una política asistencial de carácter institucional”, que dirija la acción asistencial del Estado a la satisfacción de los derechos sociales de todos. “[S]ólo de ese modo se garantizan unos servicios sociales de calidad y se evita el problema de la estigmatización social que suele estar asociada al disfrute de los servicios asistenciales.” “[L]a vigencia igualitaria de tratar de manera igual a los iguales y desigual a los desiguales debe concretarse en el momento de la obtención de los fondos para financiar esos servicios públicos y no en el momento del ejercicio de los derechos sociales.” (*Autonomía, dignidad y ciudadanía, Una teoría de los derechos humanos*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 350, ambas citas).

valores, de una educación integral que considera la instrucción y la formación individual y la colectiva de desarrollo del espíritu cívico.”¹⁹⁹

Nuestro autor participa también de esos criterios. Ve en la educación un instrumento para promover en cada uno las condiciones que favorecen las virtudes sociales que son imprescindibles para una sociedad bien ordenada; pero, también, para desaconsejar y desactivar los vicios y defectos con trascendencia social que la impiden. En esos objetivos resalta el papel que le corresponde a la enseñanza pública para colocar en primer lugar los valores y las virtudes que exaltan la convivencia libre y favorecen la igual dignidad. Sin perjuicio de ello, es especialmente previsor en advertir el cuidado que debe tener la enseñanza para no afectar la libertad de elección ni la autonomía moral del individuo:

“Por otra parte, esa incidencia educativa sobre la personalidad tiene una exigencia de respeto y de matices para evitar el paternalismo y el abuso de intentar imponer dimensiones de ética pública a la ética privada de cada individuo. Así, la intervención educativa para promover las virtudes sociales o para descartar los vicios sociales no puede interferir, sino al contrario, fortalecer la dignidad de cada uno y sus posibilidades de autodeterminación. Estamos ante un ámbito muy delicado, donde la acción del Derecho y de la educación deben producirse desde una comprensión profunda de su papel en una sociedad democrática para reforzarla y profundizarla, y en ningún caso para debilitar la autonomía ni para desvirtuar el papel del ciudadano.”²⁰⁰

En ese papel educativo el aporte de la familia es de una importancia trascendental. Él también lo reconoce: “La relación entre los vicios y las virtudes dependen en gran medida de la educación recibida por parte de la familia”, así como de la posibilidad de

¹⁹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., p. 104.

²⁰⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 176.

En esa pedagogía de la libertad, señala PECES-BARBA: “será necesario un talante y una autoridad que no puede derivarse de una forma autoritaria de enseñanza, sino sólo de la solidez de los argumentos y de los contenidos. Puede ayudar a despertar la vocación por lo público, por el interés general, por los valores, los principios y los derechos, por los procedimientos y la organización de la Constitución. Es el portal didáctico de la ciudadanía y de la convivencia en una sociedad bien ordenada. Puede ayudar a formar también talentos libres, respetuosos, tolerantes e ilustrados. Es la mejor expresión de la moralidad, de una cultura secularizada y laica que considera al hombre centro del mundo y centrado en el mundo. Se deben desvelar al estudiante los caminos para alcanzar su autonomía con el descubrimiento de sus capacidades que son signo de su dignidad. La capacidad de decidir en la vida social, su capacidad de elegir entre diversas opciones, su capacidad de construir conceptos generales y de razonar, de crear belleza, de comunicarse y de dialogar, de convivir con un sistema de reglas complejo y sofisticado y de elegir libremente su ética privada, como una ética de la salvación, del bien, de la virtud o de la felicidad, religiosa o laica. Naturalmente, esta vida buena y plena sólo es posible en sociedad, y por eso es tan decisivo fijar el modelo de organización social que favorece la autodeterminación. A mi juicio, esa dependencia del desarrollo personal respecto de una vida social libre y democrática justifica la Educación para la Ciudadanía.” (“Carta a los profesores”, en: AA.VV. *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, edición de Gregorio Peces-Barba, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa Calpe, Madrid, 2007, pp. 11-12).

vivir una vida buena alejada de contextos injustos. “La potenciación de los rasgos positivos en esos escenarios favorece el fortalecimiento de las virtudes en detrimento de los vicios y de los defectos.”²⁰¹

5.2. Ciudadanía y patriotismo constitucional. La relación del individuo con su comunidad y los deberes fundamentales

Vinculada con las virtudes cívicas se encuentra la idea de *ciudadanía*. El republicanismo postula una participación más activa, compartida, colectiva y deliberativa del individuo en la vida política y jurídica de su sociedad; exige de éste el comportamiento de un ciudadano comprometido, virtuoso, ya que de no serlo impediría que la comunidad alcanzase el progreso y atentaría contra sus conciudadanos, reduciendo las oportunidades del resto de alcanzar o mantener la virtud. Disuelve además cualquier separación drástica entre las esferas de lo público y de lo privado, entre el interés del individuo y el interés de la comunidad²⁰².

Aunque con matices, PECES-BARBA es de similar opinión. Los matices se dan principalmente en la distinción entre lo público y lo privado, ya que si bien acepta la conexión entre ellos, considera que se encuentran diferenciados: ni la ética pública debe invadir los espacios de la ética privada, ni ésta los de aquélla. Con ese presupuesto, y a partir de un republicanismo liberal y socialista, defiende la ciudadanía frente al absentismo liberal, la cooperación frente a la privacidad extrema; promueve la deliberación y participación ciudadana en el ámbito público, especialmente en la formación de la voluntad estatal, en una actuación que no sólo debe tener en cuenta el interés individual sino también el bien común y el interés general: “No se trata sólo de obtener ventajas en un mundo de mercados y de transacciones sobre preferencias privadas, sino de valorar sus opiniones, intereses y principios, en el marco de la

²⁰¹ *La España civil*, op. cit., p. 184, ambas citas.

²⁰² Vid: GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, op. cit., pp. 166-176.

Constitución, deliberando y participando en el espacio público con nuevas alternativas basadas en el bien común y en el interés general.”²⁰³

En ese ámbito público de ejercicio de la ciudadanía: “[el] diálogo y la participación [precisa nuestro autor] son la expresión política de una acción comunicativa de debate, de reflexión en común, de propuesta y de acuerdos” en el que nadie debe ser excluido ni los nativos o nacionales, ni los que provienen de fuera. Todos deben estar en igualdad de condiciones. Incluso debe acotarse con las personas que provienen de culturas muy diferentes, cuál es el marco de referencia que hace posible ese diálogo, es decir, qué elementos de su cultura son incompatibles con los otros participantes, a efectos de marcar los contenidos y los límites del multiculturalismo que permitan el diálogo entre las culturas y las civilizaciones²⁰⁴. En ese sentido afirma PECES-BARBA:

“[E]l concepto de ciudadanía y los demás valores del republicanismo que están insertos en nuestra idea de una sociedad bien ordenada en España contrastan con la creciente presencia de personas procedentes de otros países que emigran a España por razones económicas principalmente, aunque también en algunos casos a causa de la persecución política. [...]. No se trata de imponer, como en la época del colonialismo, las ideas ni las costumbres españolas a quienes vienen de fuera, sometiéndoles a una especie de imperialismo cultural y social. Pero tampoco se trata de que vengan, no se integren y formen guetos y sociedades cerradas, grupos de presión, nacional, étnica, o lingüística. La integración tiene que ser libre, asumida y aceptada con beneficios para ambas partes. Para la sociedad que les recibe y para quienes llegan de fuera. A mi juicio hay que ser muy respetuoso con esas costumbres, expresión del pluralismo y del derecho humano a la cultura, y también de la idea democrática que es la organización de la comunicación y del diálogo y del referente del respeto al otro.”²⁰⁵

En esa idea de ciudadanía se adhiere a los esfuerzos de quienes proponen superar aquel patriotismo identitario y comunitario construido desde la realidad nacional, natural, racial o lingüística, para alcanzar la racionalidad del *patriotismo constitucional* que se ha situado en la cultura política y jurídica actual²⁰⁶. Rolf STERNBERGER fue el primero que

²⁰³ PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., p. 153.

²⁰⁴ Ibid., p. 157.

²⁰⁵ Ibid., pp. 156-157.

²⁰⁶ Es un ejemplo de ello el trabajo de Gregorio PECES-BARBA: “El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XX, 2003, pp. 39-61.

Sobre la idea de patriotismo constitucional presente en la obra y el pensamiento de PECES-BARBA, nos dice Fernando H. LLANO ALONSO: “Pocas figuras del pensamiento español contemporáneo encarnan tan dignamente los valores y las virtudes del patriotismo constitucional como el Profesor Peces-Barba. Aunque su concepción de esta idea presenta afinidades con la visión que de la misma tienen Sternberger y Habermas (sobre todo al entenderla como una apelación a la lealtad cívica en relación con los valores y las reglas de juego del Estado constitucional democrático, virtud que, por otra parte, también es exigible in

propuso este concepto para recuperar el republicanismo y la tradición ilustrada que proponían un nacionalismo racional universal de la ciudadanía, que expresase la voluntad general. Una respuesta motivada por los horrores del nacionalismo étnico y de su patriotismo expresados por la Alemania de la segunda guerra mundial²⁰⁷. Jürgen HABERMAS logró divulgar y difundir con éxito este concepto –con sus propios aportes y matices– en la cultura jurídica y política alemana, para extenderse al resto del continente. Para este último autor, el patriotismo constitucional se identifica con unos principios racionales asumidos voluntariamente por los individuos que componen una sociedad; sin que eso les sustraiga de sus raíces y de sus proyectos culturales propios, aunque siempre sometidos a crítica y a esos principios racionales con contenidos universales de un orden jurídico constitucional, con respeto a las reglas de juego democráticas, sometimiento al Derecho y respeto a los derechos fundamentales²⁰⁸.

Para el patriotismo constitucional, el patriotismo no debe sustentarse en el hecho de haber nacido en un determinado territorio o de pertenecer a una comunidad racial, lingüística o natural, sino en la decisión de integrar una sociedad bajo un gobierno común y bajo las mismas leyes; más precisamente, en la voluntad de componer una sociedad democrática regida por los valores y preceptos que conforman la Constitución²⁰⁹. Esta

extenso a todos los ciudadanos de la Unión Europea respecto a las instituciones comunes y la normativa comunitaria), sería injusto atribuir a la influencia de ambos autores el descubrimiento y la recepción por parte del iusfilósofo español de este concepto jurídico-político. En realidad, el patriotismo constitucional se halla presente en la obra y el pensamiento de nuestro autor prácticamente desde el inicio de su *cursus honorum* como intelectual al servicio de la *res publica* (tanto en el ámbito académico como en el político).” (“La idea de patriotismo constitucional en el pensamiento jurídico-político de Gregorio Peces-Barba Martínez”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 724).

²⁰⁷ Vid su obra: *El patriotismo constitucional*, traducciones y notas de Luis Villas Berda, estudio preliminar de José María Rosales, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá 2001.

²⁰⁸ Vid su trabajo: *Identidades nacionales y postnacionales*, (Cuadernos de Filosofía y Ensayos), segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998.

²⁰⁹ Con ocasión de explicar la idea de patriotismo constitucional, PECES-BARBA diferencia entre *comunidad* y *sociedad*. Aquí se viene utilizando ambas expresiones como sinónimos debido al uso indistinto que diversos autores hacen de ellas y a que en otros trabajos PECES-BARBA las utiliza también como sinónimos (verbigracia, al abordar el personalismo comunitario). Esto no significa desconocer la utilidad que puede tener esa distinción, por ejemplo, para confrontar la idea de comunidad cultural con la de sociedad democrática que además es abierta, plural y multicultural. Sobre esa diferencia y con relación al patriotismo constitucional, ha dicho nuestro autor: “La cultura constitucional y la idea de constitución como vida conducen a la idea de patriotismo constitucional, que supone un añadido, una adhesión mayor que la simple aceptación de los valores y de las reglas de juego constitucionales y que la misma idea de lealtad de la constitución. Constituye a esos valores y a esas reglas en la razón de ser de la convivencia, que se vive y se interioriza por los participantes en el sistema. Es la razón central del pacto social, la razón central por la cual se integran en ese pacto los ciudadanos y por la cual convierten a la constitución en el

concepción se opone a los nacionalismos o comunitarismos que propugnan fragmentaciones o tratos excluyentes, sin que eso signifique restarle valor a las expresiones culturales (al patriotismo cultural o el amor a la tierra) que están detrás de la idea de comunidad o de nación. La patria común, propia de una sociedad bien ordenada – dice PECES-BARBA–: “no es la comunidad natural ni la de la historia ni la de los sentimientos comunes, sino la de las leyes, la soberanía popular y la ética pública democrática [...] referente esencial de la nacionalidad y del patriotismo constitucional, el único aceptable a la altura del siglo XXI.”²¹⁰ Precisamente porque la idea de patriotismo cultural no se opone al amor a la tierra o patriotismo cultural, PECES-BARBA afirma:

“Mi defensa de la democracia, del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales en la Constitución me han conducido directamente a la idea de patriotismo constitucional, en la que también está, sin decirlo, Fernando de los Ríos. Pero ese patriotismo racional no me ha hecho olvidar el patriotismo cultural y el amor a la nación España. Afectivamente me conmueven sus símbolos, me siento muy cerca de su cultura y de su literatura, adoro nuestro paisaje, nuestra música y nuestra gastronomía y la nostalgia me invade cuando estoy lejos de este país. Lo hago desde una sociedad abierta, tolerante y respetuosa con los hechos diferenciales y con las naciones culturales que se integran en España, nación de naciones y de regiones, la única nación soberana que precede e integra a nuestro Estado.”²¹¹

El republicanismo postula también una especial *relación del individuo con su comunidad*. Si bien resalta la individualidad al considerar al ser humano como único,

referente de la vida en común. Se sitúa cómodamente como la idea fundamental de una sociedad, que es una forma de organización social basada en la razón y en el cumplimiento de unos fines, frente a la agrupación en la comunidad que se produce por sentimientos y emociones. Esta distinción entre sociedad y comunidad que aparece a partir de Tönnies está en la base de la distinción entre el patriotismo tradicional y el patriotismo constitucional. Al primero podíamos calificarle como patriotismo comunitario y al segundo como patriotismo societario. El primero más vinculado a la idea de nación, y el segundo a la idea de Estado.” (“El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”, op. cit., p. 40).

Sobre la distinción entre comunidad y sociedad ha dicho Ferdinand TÖNNIES: “El grupo formado por esta relación positiva [se refiere a la acción recíproca de distintas voluntades humanas orientada a la conservación], concebido como cosa o ente que actúa de un modo unitario hacia adentro y hacia afuera, se llama *unión*. La relación misma, y también la unión, se concibe, bien como vida real y orgánica –y entonces es la esencia de la *comunidad*–, bien como formación ideal y mecánica –y entonces es el concepto de *sociedad*. [...]. Toda vida de conjunto, íntima, interior y exclusiva, deberá ser entendida, a nuestro parecer, como vida en comunidad. La sociedad es lo público, el mundo. Uno se encuentra en comunidad con los suyos desde el nacimiento, con todos los bienes y males a ello anejos. Se encuentra en sociedad como en lo extraño.” “Con ello coincide el que la comunidad misma deba ser entendida a modo de organismo vivo, y la sociedad como agregado y artefacto mecánico.” (*Comunidad y sociedad*, –Biblioteca Sociológica–, quinta edición, traducido del alemán por José Rovira Armengol, Losada, Buenos Aires, 1947, pp. 19-20 y 21, respectivamente).

²¹⁰ *La España civil*, op. cit., p. 106.

²¹¹ *Ibid.*, p. 250.

valioso e irrepetible; al mismo tiempo, se opone al individualismo, al egoísmo, a la irresponsabilidad del individuo frente al progreso de la comunidad. El proyecto de nuestro autor asume estas ideas, por eso requiere de un ciudadano con convicciones morales fuertes expresadas en una capacidad de sacrificio y de compromiso en situaciones de extrema pobreza, de marginación e ignorancia; de colaboración en tareas solidarias, de defensa del medio ambiente, del pacifismo y del rechazo de la violencia.

“Ciudadanos con esas cualidades [afirma] son imprescindibles para luchar contra los fascismos, los dogmatismos y los reformadores intransigentes. Son también un antídoto para las posiciones pesimistas, para todas las interpretaciones negativas que dudan de nuestras posibilidades para lograr por fin una sociedad democrática estable”²¹².

En armonía con ello, su proyecto requiere de una sociedad dialogante, tolerante, incluyente, solidaria y participativa, una sociedad democrática que viva la cultura de los derechos fundamentales y los ideales del Estado de Derecho. Requiere de un poder político comprometido con su realización, un poder democrático que garantice los espacios necesarios para el ejercicio de la ciudadanía y para que el individuo pueda desarrollar todas las dimensiones de su humanidad, en una convivencia responsable, civilizada, justa y pacífica.

Por eso PECES-BARBA no sólo destaca los derechos fundamentales, sino también los deberes esenciales que se deben cumplir para la construcción y fortalecimiento de este tipo de organización social, política y jurídica²¹³. Su trabajo sobre *Los deberes fundamentales* (1987-1993) es una muestra de ello. Tras repasar los orígenes históricos de la idea de deber –especialmente su influencia para el ámbito jurídico–, recuerda que en las Revoluciones liberales los deberes se incorporaron al Derecho positivo de manera paralela a los derechos fundamentales, con el propósito de moderar los efectos que éstos pudieran ocasionar como instrumentos revolucionarios. Una práctica que se incrementó en el Derecho de los siglos XIX y XX, donde los deberes fundamentales aparecen, junto

²¹² Ibid., p. 182.

²¹³ Así dice PECES-BARBA: “Los derechos y los deberes fundamentales son del individuo o de los grupos, asociaciones, etc., en que los hombres se insertan, pero, a diferencia de los derechos y deberes subjetivos del ámbito del Derecho privado, no comportan solamente beneficios para el titular del derecho, ni los deberes limitan solamente las ventajas que proporcionan a unos directos beneficiarios de los mismos. Suponen en ambos casos ventajas adicionales para el conjunto de los hombres y también para la sociedad y para el Estado.” (“Derechos Fundamentales”, en: *Derecho y derechos fundamentales*, –El Derecho y la Justicia–, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 324. Este trabajo es la versión castellana de la primera parte de “Diritti e Doveri Fondamentali” que se publicó en italiano en el *Novissimo Digesto*).

con los derechos, como normas jurídicas positivizadas –principalmente en su nivel más alto– para contribuir a la racionalización de los diversos ámbitos de la vida social²¹⁴. Se establecen así deberes fundamentales a cargo de las personas y de sus distintas agrupaciones (como el deber de contribuir mediante sus tributos al sostenimiento de los gastos públicos) y también a cargo del Estado, funcionarios y sus organizaciones estatales (como el deber de cumplir con las prestaciones de dar y de hacer para satisfacer necesidades básicas, así como los vinculados con las funciones propias del buen gobierno)²¹⁵.

No debe perderse de vista que la idea sobre este tipo de deberes admite diversos sentidos. Desde un punto de vista jurídico-político, aparecen como correlativos de los derechos fundamentales cuando son indispensables para su satisfacción (por ejemplo, en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales); así como elementos esenciales para el normal funcionamiento de la estructura social, jurídica y política en la que se insertan. En este último caso aparecen como elementos que forman parte de esa estructura (en el sentido de que ella no puede ser configurada con su ausencia, verbigracia, los deberes vinculados con el Estado de Derecho: el respeto a la legalidad, la publicidad de las normas, la promoción de la libertad o igualdad, etc.); o como elementos que posibilitan el mantenimiento de esa estructura (en el sentido de que sólo es posible desarrollarla desde el cumplimiento de esos deberes, por ejemplo, los deberes referidos a la contribución al gasto público o la obediencia al Derecho, etc.). Desde ese mismo punto de vista, jurídico-político, se aprecia también los deberes relacionados con los valores y principios que constituyen el marco de los derechos fundamentales, referidos a ámbitos concretos de la convivencia social (como el deber de proporcionar una enseñanza que contribuya al desarrollo de la conciencia crítica y de la personalidad); así como los deberes que posibilitan el correcto funcionamiento del Estado (como el deber de satisfacer las exigencias del valor solidaridad entre el Gobierno central y los diversos Gobiernos regionales y locales, y entre éstos entre sí). Por otro lado, desde un punto de

²¹⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Los deberes fundamentales”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 4, 1987, p. 329 y siguientes. Este trabajo es la segunda parte de la voz “Diritti e Doveri Fondamentali”, que fue enviado en italiano para ser publicado en la nueva edición del *Novissimo Digesto*. Publicada también en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 353-370. Aquí se cita tal como apareció en *Doxa*.

²¹⁵ Cfr.: DE ASÍS, Rafael. *Deberes y obligaciones en la Constitución*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 201 y siguientes.

vista ético y sociológico, se presentan los deberes derivados de la costumbre social y de determinadas pautas morales (como el deber de respeto al otro, y el de cuidar del medio ambiente), etc.²¹⁶ En cualquier caso, la experiencia histórica demuestra que la construcción y el fortalecimiento de una sociedad bien ordenada no sólo requiere de la vigencia real o efectiva de una serie de derechos fundamentales, sino también de la realización de una serie de deberes esenciales por ser indispensables para los objetivos de racionalización y humanización que tal tipo de sociedades persiguen.

5.3. La libertad como no dominación frente a la libertad como no interferencia

La concepción sobre la *libertad* es otra de las notas comunes que permite agrupar a los distintos autores republicanos²¹⁷. Nos referimos a la libertad en el ámbito social, político y jurídico; no a la libertad en el ámbito moral que requerirá –como más adelante se verá– de una reflexión que tenga especialmente en cuenta la imparcialidad y la conciencia moral autónoma de las personas. Philip PETTIT nos dice al respecto que el republicanismo “entiende la libertad como *no-dominación*, no como no-interferencia”²¹⁸.

La libertad como no-interferencia –también conocida como “libertad negativa”– es una concepción que proviene del liberalismo político y supone la existencia de una tensión entre el individuo y la colectividad, o entre el individuo y el Estado, que se soluciona estableciendo una serie de ámbitos de libertad del individuo en la que las interferencias estatales o de lo colectivo son ilegítimas (por ejemplo, quedan prohibidas

²¹⁶ Cfr.: DE ASÍS, Rafael. “Los derechos y los deberes”, en: AA.VV. *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, edición de Gregorio Peces-Barba, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa Calpe, Madrid, 2007, pp. 182-188.

²¹⁷ La idea de libertad tiene un uso frecuente en el lenguaje político pero suele tener un significado ambiguo (Vid. LAPORTA, Francisco J. “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 52, enero 1983, Madrid, pp. 23-24). La ambigüedad se debe a la fuerte carga emotiva del término, pero también a los distintos significados que le han atribuido las diferentes tradiciones políticas. Así, se ha hablado de “libertad de los antiguos” para compararla con la “libertad de los modernos” (Constant), de la distinción entre “libertad negativa” y “libertad positiva” (Berlin), así como de la concepción republicana sobre la libertad, en entre otras (Vid: CONSTANT, Benjamín. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en: *Escritos Políticos*, traducción de M. L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285; y: BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”, en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998, pp. 21-280).

²¹⁸ *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, op. cit., p. 56.

políticas utilitaristas por ser contrarias al sentido liberal de los derechos fundamentales que los concibe como triunfos sobre las mayorías). En palabras de Isaiah BERLIN, esta idea de libertad como no-interferencia consiste “en que todos los hombres no me impidan decidir como quiera”; es decir, aquí ser libre significa disfrutar de una capacidad de elección sin impedimento ni coerción²¹⁹. Supone que cada individuo tenga la oportunidad de actuar sin que otros sujetos puedan oponerle obstáculos. El único límite es no afectar la libertad de otro. En este esquema el Estado aparece como un mal necesario y su actuación debe estar dirigida a proteger los ámbitos de libertad del individuo²²⁰.

La idea de la libertad como no-interferencia es rechazada por el republicanismo, pues “es posible perder la libertad sin que se dé interferencia” (por ejemplo, cuando el amo ejercía dominación sobre el esclavo pero se abstenía de interferir sobre él) y “puede haber interferencia sin menoscabo de la libertad” (por ejemplo, cuando el Derecho ejerce cierta forma de interferencia pero no por ello compromete la libertad del pueblo, se trata de una interferencia “no dominante”)²²¹.

La libertad republicana es una concepción “antitiránica” que postula la vida en un Estado libre, pues será éste el que permitirá la grandeza y desarrollo de la comunidad y, sobre todo, el que posibilitará que los individuos puedan perseguir libremente sus propios fines²²². Ya no estamos aquí ante un Estado que resulta una amenaza potencial contra la libertad del individuo –como ocurría en el liberalismo–, sino ante un Estado llamado a posibilitar o garantizar su realización.

En ese contexto, la libertad que defiende el republicanismo contemporáneo no es la mera ausencia de interferencias, sino la ausencia de *interferencias no-arbitrarias* o libertad como *no-dominación* (incluso un republicanismo más exigente demandaría la ausencia de riesgos de interferencias arbitrarias). Si hay interferencia pero ésta no resulta arbitraria, si no produce dominación (o no resulta un riesgo para la libertad republicana); entonces –a diferencia de lo que propugna el liberalismo–, para el republicanismo la

²¹⁹ “Dos conceptos de libertad”, op. cit., p. 232.

²²⁰ OPPENHEIM, Félix E. *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, traducción de M. D. González Soler, Tecnos, Madrid, 1987, p. 48.

²²¹ Para el republicanismo clásico las leyes de una república crean la libertad que disfrutaban los ciudadanos, no la mitigan ni siquiera de un modo ulteriormente compensable (Vid: PETIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, op. cit., p. 57).

²²² GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, op. cit., p. 163.

libertad no habrá sido vulnerada (o, si hay ausencia de riesgo, no habrá sido amenazada). En palabras de Philip PETTIT: “[H]ay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación: cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de manera conforme a esas opiniones”²²³. Pero, ¿qué hace que un acto de interferencia sea arbitrario? Cuando el acto está sujeto a la mera subjetividad, decisión o juicio de quien efectúa la intervención, cuando éste puede elegir o no elegir el acto según le plazca. En otras palabras, un acto de interferencia será arbitrario cuando “el acto es elegido, o no, sin atender a los intereses o a las opiniones de los afectados”²²⁴, entendiendo por afectados no a las personas individualmente consideradas sino principalmente al conjunto de la sociedad, o por lo menos a todos los grupos interesados. Así lo deja claro PETTIT:

“Para que el poder del [E]stado no sea ejercido arbitrariamente, lo que se requiere es que el poder se ejerza de manera tal, que atienda al bienestar y a la visión del mundo del público, no al bienestar y a la visión del mundo de sus detentadores. Los actos de interferencia perpetrados por el [E]stado deben seguirse de los intereses compartidos de los afectados, y de acuerdo con una interpretación de esos intereses compartida, cuando menos procedimentalmente de los afectados. [...]. ¿Cuándo puede decirse que un interés o una interpretación no son probablemente compartidos por algunos miembros de la población y resultan probablemente inadecuados como guías de la acción del [E]stado? La prueba operativa sugerida por la tradición es la siguiente: cuando son de carácter banderizo o faccional. Mas ¿cómo comprobar que algo es banderizo o faccional? El único medio posible es recurrir a una discusión pública en la que la gente hable por sí misma y por los grupos a los que pertenece. Todo interés y toda interpretación que guíen la acción de un [E]stado deben estar abiertos a la crítica procedente del último rincón de la sociedad; y cuando hay disenso, deben adoptarse los remedios apropiados. Las gentes deben hallar un consenso de grado superior acerca de los procedimientos, o deben abrir un espacio a la secesión, o a la objeción de conciencia, o a algo por el estilo”²²⁵.

Se puede estar de acuerdo o no con la idea republicana de la libertad, e incluso reflexionar sobre los problemas y exigencias que apareja, pero lo cierto es que esta concepción resalta la democracia, el diálogo, el respeto por las reglas de juego, el disenso y, en general, una participación del individuo más dinámica y comprometida en la vida política y jurídica de su sociedad. Planteamientos todos ellos que son afines al modelo teórico de PECES-BARBA.

²²³ *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, op. cit., p. 56.

²²⁴ PETTIT, Philip. *Ibid.*, p. 82.

²²⁵ *Ibid.*, p. 83.

Lo están cuando nuestro autor defiende la no-dominación como núcleo esencial de la idea de libertad –también presente en las tesis republicanas– y cuando postula que la libertad social, política y jurídica sólo puede ejercerse en el marco de la Constitución y de las leyes:

“[P]ara el republicanismo [nos dice] la libertad consiste en hacer lo que las leyes permiten, en la tradición de Cicerón y de Montesquieu. Si pudiéramos hacer lo que prohíben, como sostiene una tradición liberal anarquista que nos devuelve al estado de naturaleza, todos tendrían ese poder y ya no habría libertad. Sería el escenario del *homo homini lupus*, mientras que en la libertad republicana *homo homini sacra res*: el hombre no es lobo para el hombre, sino cosa sagrada para él. *Es la libertad del ciudadano que no tiene amo, ni aunque éste sea justo*, como dice Cicerón. Sólo desde esas premisas cabe la amistad cívica como virtud democrática identificadora de la ciudadanía.”²²⁶

También están presentes aquellos planteamientos republicanos, en el modelo en estudio, cuando éste postula un espacio público que facilite la existencia de diversas ofertas, donde todos puedan –sin excepción alguna y en igualdad de condiciones– intervenir en los debates y deliberaciones que se producen o se puedan producir²²⁷; cuando promueve un marco intelectual que abarque a las Éticas comunicativas basadas en el consenso y requiere la participación responsable del individuo en la vida política de su sociedad²²⁸; cuando exige mantener las reglas del juego limpio así como la lealtad al sistema, aunque respetando la ética del disenso –siempre que no suponga un rechazo generalizado a las reglas del juego democrático, ni la desobediencia generalizada a sus normas–²²⁹. También lo están cuando el modelo plantea un poder democrático, legitimado tanto en su origen como en su ejercicio, que esté orientado a la humanización de la sociedad y del individuo; y cuando defiende un poder que funcione según el principio de mayorías y con respeto a las minorías; entre otros²³⁰.

Si aplicamos la concepción republicana sobre la libertad –entendida como no-dominación– a la teoría de los derechos fundamentales, advertiremos que existen consecuencias que contrastan de manera manifiesta con las que se desprenden de aplicar

²²⁶ *La España civil*, op. cit., p. 152. Las dos primeras cursivas son de PECES-BARBA, la última es mía.

²²⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 77-78.

²²⁸ Vid: Ibid., pp. 60 y 70-71.

²²⁹ Vid: Ibid., pp. 60, 77 y 89-90.

²³⁰ Vid: Ibid., pp. 85-94 y 97-107, respectivamente.

la concepción liberal de la libertad –entendida como no interferencia–. Algunas de ellas son las siguientes²³¹:

1º. Para el republicanismo, el Estado o la comunidad no aparecen como una amenaza frente a la cual el individuo, a través de los derechos fundamentales, se deba proteger. Antes bien, aparecen como apoyos para la realización y garantía de tales derechos. Digamos que se presentan como garantes de la libertad y como condición para hacerla posible²³². Por esa razón, la tradición republicana permite y exige una actuación más activa del Estado en el estatuto de los derechos fundamentales, no sólo para garantizar y promover su eficacia, sino también para intervenir en la delimitación y concreción de su contenido, así como para regular y limitar su ejercicio. Esto es, para velar por la libertad plena del individuo y la mejora de la comunidad, en una concurrencia armónica o equilibrada. Para ello el Estado –o sus órganos competentes, como el legislativo y el judicial– puede sustentar su intervención en la consecución de una finalidad acorde con el interés individual o con el interés de la comunidad, ya que considera que, en abstracto, no existe oposición entre ellos. Lo expuesto implica que el Estado no debe tener una posición neutral frente a los derechos. Además de protegerlos, debe participar en su configuración, regulación y realización, teniendo en cuenta no sólo el interés individual sino también el interés común. Sólo existe una condición –en términos del republicanismo–: que la intervención no sea arbitraria o no produzca dominación; es decir, que la intervención no sea el producto de una mera subjetividad, sino que sea una decisión en la que se haya atendido las opiniones e intereses de todas las personas –o grupos de personas– que pudieran estar interesadas o resultar afectadas con la intervención, incluyendo a la sociedad en su conjunto. En otras palabras, exige la existencia de ámbitos democráticos deliberativos y participativos que canalicen los intereses ciudadanos para que la intervención no sea dominante, no sea arbitraria.

Es también el planteamiento de PECES-BARBA, aunque con el matiz que introduce al perseguir como objetivo último el pleno desarrollo de la persona. Se aprecia cuando su

²³¹ Hago la selección en función a los aspectos que tienen más afinidad con los planteamientos de PECES-BARBA, a efectos de apreciar la coincidencia que existe entre algunas de sus ideas y la tradición republicana.

²³² Cfr.: BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 211.

modelo prescriptivo concibe al Estado como un poder político que “se agrupa en torno a unos valores que asume como propios [la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad] y que se constituyen en objetivos de su quehacer”²³³. Es decir, cuando caracteriza al Estado como un poder político no neutral que incorpora para sí –como condición de su legitimidad– determinados valores, derechos fundamentales y otros principios, y se compromete decididamente en su despliegue y ejecución (no sólo a nivel de su estatuto normativo sino también a nivel de su realización práctica mediante políticas públicas). Se verifica, además, cuando su modelo exige un espacio público donde todos puedan intervenir y debatir, participando inclusive en la creación de las normas estatales y en la distribución equitativa de la riqueza²³⁴.

Esto no ocurre con la tradición liberal. En ella lo colectivo o estatal aparece en constante tensión frente al individuo, por lo que los derechos fundamentales se presentan como derechos de defensa a favor del individuo o como un cerco de no-interferencia frente al poder. Según esa concepción, al Estado sólo le compete una labor de “policía” o de protección de los derechos. Incluso debe actuar con “neutralidad” frente a su ejercicio. Únicamente si los derechos son amenazados o vulnerados, si se producen intromisiones ilegítimas en el ámbito de libertad, se requerirá la intervención del Estado. Fuera de ello, la actuación estatal es considerada, en cualquier caso, como una interferencia que requiere de justificación sobre la base de otros bienes y valores individuales distintos a la libertad misma²³⁵.

2º. En consonancia con ello, la concepción republicana aporta una visión menos individualista de los derechos fundamentales. Sin perder el trasfondo individual que históricamente gestaron su nacimiento, el republicanismo postula la coincidencia del interés particular con el interés de la comunidad en este tipo de derechos: ellos no sólo responderían a un interés individual sino también a un interés común. Por ese motivo, según esta tradición política, es posible delimitar el contenido y regular o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales en aras de proteger un bien colectivo. Las cuestiones que se plantean en torno a los derechos no son asuntos de exclusivo interés

²³³ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 334.

²³⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 77-78 y 67-72.

²³⁵ Vid: BARRANCO, María del Carmen. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, op. cit., p. 73.

particular, sino que también interesan a la comunidad. Por lo tanto, no es posible privilegiar, sin más, el interés individual sobre el interés común –y viceversa–. Uno y otro concurren, en abstracto, en forma equilibrada, en su visión sobre los derechos fundamentales. Sólo en los casos concretos el interés individual puede primar sobre el interés común, o el interés común sobre el individual, en función a las circunstancias que deberán ponderarse²³⁶.

Esta afirmación debe matizarse cuando lo que se persigue es una sociedad ordenada en función a la primacía de la dignidad humana. Cuando ello ocurre, ni siquiera en la solución de los casos concretos debe perderse de vista que la organización social –la racionalización– tiene que estar fundada y orientada a favor de la persona; en ese sentido, incluso aquí el interés común o bien colectivo debe tener como objetivo último la realización plena del ser humano –la humanización–. Es también la posición de PECES-BARBA. Al analizar la relación entre los derechos fundamentales y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (como el orden público, la salud pública, la preservación del orden político y la paz social, etc.) nos dice:

“No se trata de contraponer los derechos fundamentales y esos bienes, siendo los primeros expresión de pretensiones individuales, y los segundos expresión del interés de la comunidad, puesto que como hemos visto, los derechos cumplen una primera función, objetiva, como desarrollo de los valores y al servicio igualmente de la comunidad y del Ordenamiento jurídico en su conjunto. Ambos bienes y derechos en una organización jurídica democrática se encuentran realizando las mismas funciones al servicio del individuo y de la comunidad, o al servicio de la comunidad, con el objetivo último de favorecer al individuo, y formando parte de una organización que debe ser interpretada sistemáticamente, en una interpretación que nunca se cierra, que siempre permanece abierta, y donde deben ponderarse los efectos de cada derecho con los bienes constitucionales, para valorar sus límites y su alcance en cada supuesto. Debe partirse además de la finalidad última común de bienes y derechos, al servicio de la persona, porque ambos traen causa de los mismos valores superiores, raíz de su significado ético.”²³⁷

Todo esto es contrariamente opuesto a un planteamiento liberal. Si su idea de libertad supone una serie de ámbitos de soberanía del individuo frente a lo colectivo, ni la

²³⁶ “Efectivamente, si somos capaces de justificar que en los derechos coincide el interés individual y el interés general, podremos establecer su gradación en función de lo fundamental del interés que protejan. Por otro lado, en el momento en que dejamos de considerar que el Estado es el potencial agresor frente al que hay que blindar las posiciones garantizadas por los derechos, también rechazaremos que cualquier intervención de aquel sobre la esfera de éstos deba mirarse con criterios restrictivos” (BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, op.cit., p. 211).

²³⁷ *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 592-593.

delimitación del contenido, ni la regulación o restricción que pueda establecerse al ejercicio de los derechos fundamentales pueden justificarse –según esta corriente política– en la protección del interés común o bien colectivo, ya que ello supondría invadir ilegítimamente las esferas de soberanía del individuo. Entonces, como indica María del Carmen BARRANCO al explicar este planteamiento:

“[L]os límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, el interés común no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De modo más gráfico, puede decirse que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía al interés privado sobre el interés común en el ámbito que el derecho abarca”²³⁸.

Estas consideraciones resultan decisivas a la hora de examinar la relación entre los derechos fundamentales y las políticas orientadas a maximizar el bienestar de la comunidad. Para el republicanismo los derechos fundamentales pueden encontrar su límite en las políticas de interés común. No son triunfos sobre las pretensiones de la mayoría²³⁹. Para el liberalismo, en cambio, los derechos fundamentales aparecen como espacios inmunes al poder de la mayoría, por lo que las políticas públicas deben estar orientadas a garantizar la libertad del individuo; resultaría, pues, ilegítimo que los derechos fundamentales estén limitados por políticas de interés común²⁴⁰.

3º. Otra de las consecuencias de aplicar la concepción republicana sobre la libertad, a una teoría de los derechos fundamentales, que difiere de aplicar una concepción liberal, se presenta en la relación entre los llamados derechos individuales con los derechos de participación política y los derechos sociales.

En efecto, desde una concepción política basada en la libertad republicana, los derechos fundamentales, a la par de articular un sistema de garantías que proteja al individuo de los abusos públicos –que siempre pueden seguir existiendo–, son

²³⁸ “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, op.cit., p. 213.

²³⁹ Vid: GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, op. cit., p. 174.

²⁴⁰ Así, desde esta perspectiva liberal señala en su exordio Ronald DWORKIN que: “[l]os derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio.” (*Los derechos en serio*, –1977–, –Ariel Derecho–, segunda edición de la primera edición en español de 1984, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 37).

instrumentos que permiten su inserción en la comunidad política y su realización como ciudadano. De este modo, los derechos de participación política adquieren un lugar protagónico puesto que son los que hacen posible, de forma más directa, la intervención del ciudadano en el poder. Los derechos sociales se entienden como un conjunto de prestaciones que el Estado debe realizar a favor de los individuos para que éstos puedan concurrir en el proceso político en condiciones de igualdad; mientras que los derechos individuales constituyen instrumentos que garantizan la participación política en libertad²⁴¹.

En cambio, desde una concepción de la política basada en la libertad liberal o libertad como no-interferencia, los derechos fundamentales suponen la articulación de un ámbito de libre disposición del individuo, de primacía del interés individual, de manera que los derechos individuales ocupan el lugar principal. Los derechos de participación asumen el rol de instrumentos a través de los cuales los individuos pueden competir en el proceso político con el propósito de conseguir que la actuación pública favorezca la mejor realización de sus intereses en el ámbito privado; mientras que los derechos sociales suponen la exigencia al poder de la realización de aquellas prestaciones necesarias para que la libre disposición del individuo sea real y efectiva²⁴².

Todas estas propuestas de la tradición republicana parecen ser altamente positivas para construir una sociedad bien ordenada: lucha contra un individualismo exacerbado, postula la armonía entre el interés individual y el interés de la colectividad, preconiza la existencia no sólo de derechos del individuo sino también de deberes suyos en la comunidad; cree en un Estado garante y promotor de los derechos que pueda intervenir como tal en la configuración y regulación de su estatuto, con la única condición de no incurrir en dominación o arbitrariedad; exige del individuo una actuación cívica comprometida con el bienestar de los demás, y del poder político una democracia más deliberativa y participativa, etc. Hasta aquí todo parece ideal. Sin embargo, a pesar de tales bondades, no puede dejar de considerarse algunos riesgos que una defectuosa aplicación de la concepción republicana podría suponer para la libertad en el plano de la

²⁴¹ Vid: BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, op. cit., p. 210.

²⁴² Vid: BARRANCO, María del Carmen. *Ibid.*, p. 209.

realidad. Riesgos que constituyen severas patologías por escapar de un humanismo republicano y poner en peligro la libertad del individuo en su realización práctica.

Estos riesgos tienen que ver con la manera como el republicanismo considera que se afecta la libertad y se evita la arbitrariedad. Recordemos que según esta tradición política, la libertad no se encontrará afectada cuando, a pesar de existir una interferencia, ésta no es arbitraria o no representa una forma de dominación; es decir, cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de conformidad con esas opiniones, entendiéndose por afectados no a las personas individualmente consideradas sino principalmente al conjunto de la sociedad, o por lo menos a todos los grupos interesados. Pues bien, una defectuosa aplicación de esta concepción podría llevar a la implantación de medidas paternalistas carentes de justificación, a posibilitar la imposición de un perfeccionismo moral o, en general, a que el Estado intervenga en la esfera privada de los individuos, bajo el argumento de que esas intervenciones no les son perjudiciales (por ejemplo, obligar a las personas a seguir estudios universitarios de un determinado tipo y no de otro, por considerar que son lo mejor para ellas y para la organización social; imponer a través de los diferentes niveles educativos determinadas virtudes públicas como parte de la dimensión ética del ciudadano, por considerarlas que son las mejores para la persona y la convivencia civilizada, etc.)²⁴³. Adicionalmente, una defectuosa comprensión de esta concepción podría llevar a considerar que tales intervenciones sobre la esfera de libertad del individuo no son arbitrarias por el simple hecho de haber sido aprobadas o aceptadas por la sociedad, sus mayorías o los colectivos involucrados (a pesar de que su contenido pueda vulnerar, por ejemplo, la dignidad de las personas). En todos estos casos estaríamos ante verdaderas patologías porque se estaría atentando contra la libertad de elección del individuo, contra la compatibilidad que el bienestar de la comunidad debe guardar con el interés individual, y contra la dignidad y autonomía moral de cada persona; máximas todas ellas que un humanismo republicano defiende. Llevadas las cosas al extremo, podría llegar a defenderse –erróneamente– que la concepción

²⁴³ En términos sencillos, el *perfeccionismo moral* impone a los individuos ideales personales o planes de vida que estos no han elegido. El *paternalismo* impone a los individuos conductas o cursos de acción que son considerados aptos para que ellos satisfagan sus preferencias subjetivas, así como los planes de vida que han adoptado libremente (Vid: NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, –Ariel Derecho–, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 413 y siguientes).

republicana permite que una mayoría imponga sin más su decisión, sin respetar o atender la opinión de las minorías.

Tales riesgos son superados, o por lo menos menguados, en el modelo de PECES-BARBA. Éste tiene como presupuesto el respeto a la libertad de elección y a la autonomía moral del ser humano, considerándolas como componentes básicos de la eminente dignidad que le reconoce; por lo tanto, para este modelo, ningún acto de poder, sea que provenga de la sociedad, del Estado o de su Derecho, puede amenazarlos o vulnerarlos, en el entendido –claro está– que el ejercicio de la libertad y la construcción de la autonomía se orienten hacia la eminente dignidad de la persona. Si bien propugna la compatibilidad entre el interés individual y el bienestar de la colectividad, el modelo se opone a que la ética pública sustituya a la ética privada, o a que ésta invada los espacios de aquélla. También rechaza que las mayorías se comporten sin respeto a las minorías, que prescindan de éstas en su actuación, y que las minorías actúen sin respeto a las mayorías e impongan a toda costa su posición. Estas patologías son contrarias al proyecto que nuestro autor postula, las cuales no sólo deslegitiman al poder político sino que, cuando son incorporadas al Derecho, además de ser moralmente incorrectas hacen que el ordenamiento jurídico sea injusto.

Con todo, no debe olvidarse que la construcción de una sociedad bien ordenada es una labor que nos corresponde a todos, hombres y mujeres, sea cual fuere la posición o situación en la que nos encontremos. Seremos las personas los artífices de esa sociedad, los mejores baluartes contra la arbitrariedad, o los culpables por permitir la vulneración de la libertad; es decir, los verdaderos responsables de nuestro destino.

Parece claro que la concepción republicana requiere de ciertos presupuestos para su realización. En primer lugar, que la autoridad (juez, legislador, etc.) sea tolerante, esté dispuesta a oír todas las opiniones y posibilite los cauces adecuados para la deliberación y participación; que actúe sin arbitrariedad y sepa distinguir las esferas de la ética pública y la ética privada para que las respete y no imponga una sobre la otra. Requiere que esté capacitada, no sólo en cuestiones jurídicas, sino también en filosofía moral y política, en sociología, economía y otras esferas de la vida. Necesita de un operador con una formación humanista y jurídica adecuadas, con una capacitación permanente para atender con efectividad los nuevos problemas y conflictos que se deriven de las relaciones

humanas cada vez más complejas. En segundo lugar, una participación más activa del individuo en la vida política y jurídica de su sociedad (por ejemplo, en el control sobre sus gobernantes para evitar la corruptela) porque ello redundará en el bienestar de la comunidad. Requiere de un ciudadano virtuoso, que viva conforme con ciertos valores cívicos, por ser condiciones necesarias para la idea de libertad que preconiza (tales como el coraje, la prudencia, la honestidad, el amor a la justicia y el compromiso con la suerte de los demás). En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior y sin ánimo taxativo, necesita de una sociedad democrática, de una comunidad que haga suya la idea de los derechos fundamentales, que los ejerza cotidianamente y sepa defenderlos en todos los escenarios. Una sociedad dialogante, tolerante, solidaria y participativa, que actúe con respeto a la diversidad y facilite la inclusión; que promueva la deliberación y participación en el ámbito público de todas las personas y grupos, sean éstos minoritarios o no –incluyendo los culturales–, especialmente en la formación de la voluntad estatal, en una actuación que no sólo debe tener en cuenta el interés individual sino también el interés de la comunidad. Requiere de una sociedad que sepa construir y desarrollar diariamente los ideales de una auténtica democracia y de un verdadero Estado de Derecho.

III. UN MODELO DE RELACIÓN ENTRE LA MORAL, EL PODER Y EL DERECHO

El pensamiento de PECES-BARBA se encuentra caracterizado también por su afán de relacionar la moral, el poder (la política) y el Derecho. Una relación que influye en la concepción que asume sobre estas tres dimensiones de la vida, pero también en el modelo que propone para construir y fortalecer una sociedad bien ordenada orientada a la racionalización de las diversas esferas de la vida social y al desarrollo integral de la persona. Toma diversas racionalidades parciales para intentar con ellas una síntesis armoniosa que le permita dar un paso más en el camino del conocimiento. En el caso de las concepciones jurídicas, toma los aportes de las posiciones realistas, positivistas y iusnaturalistas para intentar superar la vieja polémica entre iusnaturalismo y positivismo, ofreciéndonos un planteamiento normativista que se abre a la vida social para

relacionarse con el poder, y que incorpora a la moral para decantarse en una visión tridimensional de lo jurídico²⁴⁴. Una concepción que se va logrando con el paso de los años y que evoluciona desde un normativismo realista, que destaca la importancia de la vida humana social y, dentro de ella, el papel del poder para sustentar la validez de lo jurídico; a un positivismo ético o flexible, que remoja y completa la reflexión anterior destacando el rol de la moral. Dos puntos de vista que contienen dos posiciones diferentes sobre el papel de la moral en su relación con los fenómenos jurídicos.

Esta preocupación por analizar las posibles vinculaciones entre la moral, la política y el Derecho ha sido siempre de gran interés a lo largo de la historia. Muchos teóricos o filósofos le han dedicado alguna parte de su obra, con múltiples interdependencias, negaciones y tensiones entre sí. Una exposición de todas las posiciones no parece una empresa fácil e incluso útil. Quizás resulte más interesante la enumeración de los modos como se ha abordado el problema. La mayoría consiste en dualismos que relacionan la moral con la política, la moral con el Derecho o el Derecho con el poder.

En lo que respecta a la moral y la política podemos encontrar posiciones que postulan la supremacía de la moral, que es una constante en el pensamiento clásico (aunque en ese período es más propio hablar de una continuidad entre ética y política: una política orientada por la ética, como ocurre con SÓCRATES, PLATÓN y

²⁴⁴ Son prueba de ello, entre otros, sus siguientes trabajos: (i) “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios” (1975-1978), op. cit., pp. 244 y siguientes; (ii) *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983-1993), op. cit., pp. 11-14 y 55 y siguientes; (iii) *Derecho y derechos fundamentales* (1993), op. cit., pp. 11-18; (iv) “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, p. 123; y, (v) “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 7, Año IV, Enero 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 35. Este último artículo también ha sido publicado en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 91-110; aquí se cita tal como apareció en la mencionada *Derechos y Libertades*.

ARISTÓTELES)²⁴⁵, o que defienden la supremacía de la política sobre la moral (MAQUIAVELO y los autores de la razón de Estado)²⁴⁶.

En el caso de la relación moral y Derecho tradicionalmente se ha postulado la tesis de la vinculación y la tesis de la separación. Ambas admiten matizaciones que podrían llegar a borrar su pretendida diferencia. La polémica no se refiere a la relación empírica entre Derecho y moral, ya que ningún partidario de una u otra tesis niega que los sistemas jurídicos sean el reflejo más o menos fiel de una determinada moralidad. La discusión se refiere a la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre moral y Derecho²⁴⁷. Tampoco ha faltado la tesis que defiende la supremacía de la moral sobre el Derecho (iusnaturalismo clásico, Santo Tomás DE AQUINO²⁴⁸), ni la que postula la supremacía del Derecho positivo sobre la moral y afirma que lo jurídico es además justo (positivismo ideológico, HOBBS²⁴⁹).

Algo similar ocurre con el poder y el Derecho. Existen distintas formas de entender su relación y también de negarla. Podemos mencionar: la tesis que afirma la supremacía del poder sobre el Derecho (Carl SCHMITT²⁵⁰); la que postula la supremacía del Derecho sobre el poder (es el núcleo esencial de las concepciones iusnaturalistas); la tesis de la identificación entre ambos, a veces con negación de uno de ellos (es la forma extrema de las dos anteriores, como ocurre con Hans KELSEN²⁵¹); la que defiende la

²⁴⁵ Vid: PLATÓN. *Las leyes*, (Clásicos políticos), tercera edición, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, dos tomos en un volumen; y del mismo autor: *La república*, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Alianza, Madrid, 1999. También vid: ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, op. cit.

²⁴⁶ Vid: MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*, op. cit. Sobre los autores de la razón de Estado vid: MEINECKE, Friedrich. *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, (Estudios políticos), tercera edición, traducción de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

²⁴⁷ Vid: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Derecho y Moral", en: AA.VV. *El derecho y la justicia*, – Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía–, segunda edición, Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, p. 397.

²⁴⁸ Vid: *Suma Teológica*, traducida directamente del latín por Hilario Abad de Aparicio, revisada y anotada por el R.P. Manuel Mendía, con la colaboración del R. P. Pompilio Díaz, precedida de un prólogo del M. R. P. Ramón Martínez Vigil, Moya y Plaza Editores, Madrid, 1880; vid especialmente las referencias a la ley y a la justicia.

²⁴⁹ Aunque HOBBS es en realidad un protopositivista, porque el positivismo jurídico se presenta propiamente en el siglo XIX, en su obra podemos encontrar las bases del positivismo ideológico. Vid de dicho autor: *Leviatán*, edición de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

²⁵⁰ Vid: *Teología Política, cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart, Buenos Aires, 1998; y del mismo autor: *El concepto de lo político*, op. cit.

²⁵¹ KELSEN hablaba de la identidad entre el Estado como poder, el Derecho como norma, el Estado como norma (orden estatal) y el Derecho como poder (poder jurídico), concluyendo que el poder del

separación entre poder y Derecho, sin ningún elemento de contacto (es la posición de posturas sociologistas, tópicas o antimodernas); y la que sostiene una relación de coordinación o de integración entre ellos (Norberto BOBBIO²⁵²). Estas tesis admiten matizaciones y pueden aparecer mezcladas a lo largo de la historia.

Han sido significativos los esfuerzos por vincular esos tipos de relación, hablándose así de una interrelación entre la moral, el poder (la política) y el Derecho, con el propósito de evitar los dualismos o reduccionismos y lograr una comprensión que abarque los tres elementos básicos de la organización social y de los comportamientos humanos²⁵³. En el caso de PECES-BARBA, su modelo de interrelación “[n]o refleja [...] el iusnaturalismo tradicional”, aquél que niega la calidad de jurídicas a las normas positivas que no se ajusten a sus principios de justicia. “Tampoco [...] refleja ese neoiusnaturalismo emergente [...] parapetado tras el auge de los principios y del judicialismo”, que, además de utilizar formas de argumentar iusnaturalistas, “consideran jurídicas a dimensiones de la moralidad, sin necesidad de pasar los controles de la producción normativa establecida en la norma de identificación de normas” (aquella que establece los requisitos que toda norma debe cumplir para ser considerada como jurídica). “Tampoco refleja [...] un positivismo que se desentiende de la moralidad, y que se esfuerza en apartarla como elemento a tener en cuenta para identificar a lo jurídico”. Menos aún “la patología del positivismo ideológico que no sólo considera que el Derecho positivo es el único Derecho, sino que además afirma que define también a la moralidad”, es decir, que considera que el Derecho positivo, por el sólo hecho de serlo,

Estado no es otra cosa que el poder del Derecho, pero no el de un Derecho natural ideal, sino el del Derecho positivo. Vid sus obras: *Teoría general del Estado*, décimo quinta edición, traducción de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1983; *Teoría pura del Derecho*, décimo primera edición, traducción del original en alemán de la edición de 1960, hecha por Roberto Vernengo, Porrúa, México D.F., 2000; y *Teoría general del Derecho y del Estado*, (1949), segunda reimposición a la primera edición, traducción del original en inglés de Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1979. Matizará su posición en su obra: *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.

²⁵² “Del poder al Derecho y viceversa”, en: *Contribución a la Teoría del Derecho*, (Serie de Derecho), texto de Bobbio añadido por el profesor Ruiz Miguel en la edición de Debate, Madrid, 1990, pp. 355-367.

²⁵³ Sirvan como ejemplos los aportes de Elías DÍAZ (“El Derecho: La razón de la fuerza y la fuerza de la razón”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 1, Año I, febrero-octubre 1993, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 209 y siguientes); de Eusebio FERNÁNDEZ (quien aborda de manera explícita esos tres elementos en: “Ética, Derecho y Política, ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?”, –1991–, en: *Filosofía Política y Derecho*, – Monografías Jurídicas–, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 15-25); y de Carlos Santiago NINO (*Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit.).

“no es sólo Derecho válido, sino también Derecho justo.”²⁵⁴ Su modelo es una propuesta de construcción de la realidad social y del pensamiento moral, político y jurídico, que sostiene –en última instancia– que el Derecho necesita a la moral, que la moral interactúa con el poder y tiene un importante espacio en el Derecho, y que el poder se relaciona con ambos para hacer que lo justo sea fuerte y que lo fuerte sea además justo, a condición de respetar cada uno las reglas de juego de los otros²⁵⁵. No debe perderse de vista que esta conexión entre la moral, la política y el Derecho, que el modelo en estudio plantea, no significa identificación, ni mucho menos reducción de alguna en las otras. Aunque estén interrelacionadas, cada una cumple con especiales funciones a pesar de que sus fines sean los mismos. Eso significa que la política y el Derecho no pueden prescindir de la moral para ser moralmente correctas, ni la moral puede prescindir de la política y el Derecho si es que quiere ser fuerte y tener exigibilidad jurídica. Tal distinción, aunque asume la conexión, pone de manifiesto que no todo lo políticamente conveniente, o jurídicamente válido, es moralmente aceptable; y no todo lo que en política conviene, o es moralmente justo, logra ser asumido por el poder e incorporado a lo jurídico. Ello se debe a que la moral, la política y el Derecho no se rigen por un mismo código de reglas.

1. Un normativismo realista: la apertura a la realidad social. La conexión del poder con el Derecho y la primera posición sobre la moral

Desde sus primeras obras nuestro autor señala que el núcleo central del Derecho es la idea de norma o, mejor aún, de ordenamiento o sistema jurídico; pero rápidamente agrega que no se puede prescindir, para establecer su concepto, de su sustrato social o material²⁵⁶. De esta manera discrepa de las posiciones que ven posible construir un

²⁵⁴ PECES-BARBA. Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 11, todas las citas.

²⁵⁵ Cfr.: PECES-BARBA. Gregorio. *Ibid.*

²⁵⁶ Vid. su trabajo: “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., p. 244.

concepto de lo jurídico prescindiendo de la vida social –como ocurre con Hans Kelsen–, y se acerca a posiciones realistas o sociológicas, aunque sin llegar a fundirse en ellas²⁵⁷.

Tales posiciones surgen en el siglo XX como un movimiento de la Filosofía del Derecho, caracterizado por tener un estilo pragmático y una vocación por aproximarse a los hechos con una mentalidad útil y ajena a las especulaciones²⁵⁸. Aparecen como reacción frente al formalismo jurídico y a la idea que propuso sobre el Derecho, como un sistema lógicamente cerrado y perfecto, donde la construcción formal de los conceptos desempeña un papel preponderante. Como movimiento, el realismo denuncia la desvinculación de esos “artificios” con la realidad, llamando la atención sobre los problemas que pueden surgir por un excesivo formalismo con el que se construya un concepto de lo jurídico, y de ciencia jurídica, totalmente ajenos a la realidad social y a la fuerza transformadora de ésta. Por eso pone de relieve la importancia de los factores sociales en la comprensión del Derecho y la necesidad de tenerlos en cuenta en el estudio y trabajo con los fenómenos jurídicos. Así concebido, el realismo como teoría jurídica identifica el concepto de validez con el de eficacia, afirmando que las auténticas normas

²⁵⁷ La Teoría pura del Derecho de Kelsen “[i]ntenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el [D]erecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el [D]erecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica.” Por eso prescinde de la psicología, la sociología, la ética, la teoría política y demás disciplinas que no son jurídicas. “Cuando la *Teoría pura del [D]erecho* emprende la tarea de delimitar el conocimiento del [D]erecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto,” (Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 15, la cursiva no es mía).

²⁵⁸ “La filosofía del Derecho ha visto nacer, con el siglo XX, dos movimientos comúnmente llamados realistas; uno en el área escandinava, y otro en el área norteamericana. Es de suponer, en principio, que algo en común han de tener ambas corrientes del pensamiento jurídico para, en la misma época y en parecidas circunstancias, haber recibido idéntica denominación.” “En efecto, el ‘realismo’ es, o ha sido, aparte de un talante intelectual distinguido por su corte pragmático y por su pretensión de acercarse a los hechos con una mentalidad útil y ajena a especulaciones o apriorismos, por lo menos tres cosas distintas: [...] en primer lugar, una respuesta al problema de los universales. En segundo lugar, una construcción metafísica. Y, en tercer lugar, una teoría del conocimiento.” “En el primer sentido se opone al nominalismo; mientras el realismo afirma que los universales existen realmente, el nominalismo afirma que son sólo nombres, conceptos o términos del lenguaje. En el segundo sentido realismo se opone a idealismo metafísico, en la medida en que éste afirma que la auténtica realidad es la de las ideas, que la realidad es la idealidad y que las cosas son, a lo sumo, reflejo de las ideas. En el tercer sentido realismo se opone a subjetivismo; mientras el realismo afirma que el acto de conocer es siempre distinto de su objeto, el subjetivismo afirma que sólo podemos conocer nuestras propias percepciones, nuestros propios estados de conciencia.” (HIERRO, Liborio. L. *El realismo jurídico escandinavo, Una Teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981, p. 17, las dos primeras citas; y 18, la tercera).

jurídicas son aquellas que resultan eficaces, es decir, las que realmente son aplicadas o cumplidas²⁵⁹.

Sin abrazar todos los postulados realistas, PECES-BARBA comparte con ellos el interés por la apertura del Derecho, y de la reflexión sobre lo jurídico, a la realidad social. Algunas razones para esa apertura son las siguientes: (i) El contenido del Derecho es vida humana social, establece un modelo de vida en sociedad, una forma deseada de relaciones humanas; de esa manera se conecta con la realidad social por lo que no puede serle indiferente; (ii) La realidad social influye en la formación del Derecho y el Derecho influye en la realidad social, por lo tanto, no se puede prescindir del sustrato social en la definición de lo jurídico; (iii) La referencia a las conductas humanas que el Derecho pretende organizar es también signo del protagonismo social en la creación de lo jurídico, un reconocimiento a la realidad del pluralismo social en aras de evitar, en lo posible, los excesos de un voluntarismo estatal o, en todo caso, de orientarlo hacia esquemas democráticos²⁶⁰. Dos postulados se encuentran implícitos en esta posición. En primer lugar, el reconocimiento de que el ser humano es origen, causa y destinatario del Derecho, pues “[s]in esa referencia al hombre no será posible [...] establecer un intento de justificación del Derecho, basada precisamente en las exigencias de la condición humana.”²⁶¹ En segundo lugar, que el Derecho es cultura y está inserto en una cultura más general, propia de cada tiempo histórico, recibiendo la influencia de las fuerzas y factores de la realidad social²⁶². Por esa razón, generalmente el Derecho expresará el ideal de justicia de la cultura y la sociedad a la que pertenece. Sin embargo, la observación de la realidad y el análisis histórico ponen de manifiesto que el poder –que

²⁵⁹ El texto del juez Oliver Wendell HOLMES es elocuente al respecto: “¿Qué es el Derecho? Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachussets o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver los tribunales de Massachussets o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por ‘Derecho’ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos” (*La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 21).

²⁶⁰ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., pp. 244-245; y del mismo autor: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 56 y siguientes.

²⁶¹ PECES-BARBA, Gregorio. “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., p. 245.

²⁶² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 75-76 y 247-248. También, del mismo autor: *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 13.

también es parte de la realidad social— tiene una importancia decisiva en la creación y eficacia del Derecho. Puede ocurrir que el poder de turno imponga un Derecho contrario a los ideales de justicia de una sociedad, o que acoja los valores que ella postula. En el primer caso el Derecho resultante se apoyará en la fuerza del poder; en el segundo, además, en la legitimación que le da el consenso.

Esta constatación es importante para el planteamiento teórico de PECES-BARBA. Hace que el fenómeno del poder sea otro elemento necesario en su concepción del Derecho. El poder tiene en él un papel decisivo para la creación y virtualidad del ordenamiento jurídico. Es el que sustenta su validez y el que garantiza su eficacia²⁶³: “Lo cierto es [nos dice...] que el Derecho funda su validez en el poder efectivo que domina en el ámbito territorial de vigencia de ese Ordenamiento jurídico, y normalmente ese poder efectivo será el Estado, forma moderna del poder político.”²⁶⁴ Algo similar ocurre con las normas jurídicas individualmente consideradas: “La validez de las normas se apoya, en última instancia, en el poder, ordinariamente el poder soberano del Estado”²⁶⁵. Se trata de una concepción que, por lo menos en su esencia, es similar a los planteamientos de Norberto BOBBIO, de quien nuestro autor dice haber recibido una gran influencia²⁶⁶:

“Decir que el [D]erecho se fundamenta en última instancia en el poder el poder coercitivo [dice BOBBIO], esto es, el poder para hacer respetar, aun recurriendo a la fuerza, las normas dictadas, no es decir nada distinto de lo que hemos afirmado reiteradamente con

²⁶³ Vid: *Ibid.*, pp. 245-247; e *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 13 del prefacio.

Cabe señalar que, en estricto, PECES-BARBA afirma la independencia conceptual entre validez y eficacia cuando de normas jurídicas se trata (es decir, cuando se las analiza individualmente). En cambio, cuando se trata del ordenamiento jurídico en su conjunto considera que esa independencia conceptual no tiene lugar porque “su ineficacia general [la de todo el Derecho] condiciona su validez. En efecto el poder político efectivo es el fundamento último de la validez del ordenamiento [...] validez y eficacia en ese plano se identifican.” (*Ibid.*, p. 118).

²⁶⁴ “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, p. 232. Este artículo fue inicialmente elaborado como contribución a los *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Editora Nacional, Madrid, 1979, Tomo II, pp. 633-648, pero no se publicó como tal sino hasta después de que apareció la edición del libro precedentemente citado. Aquí se cita como aparece en aquel libro.

²⁶⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 157.

²⁶⁶ Valga la oportunidad para recordar que PECES-BARBA fue discípulo del profesor Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, de quien afirma ser una de las personas que más influyó en su formación universitaria. Luego está Elías DÍAZ, a quien considera su segundo maestro. Igual consideración tiene hacia Norberto BOBBIO (Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., pp. 51, 82 y 93). Además, según el propio PECES-BARBA refiere, desde el principio lo acompañaron, junto a otros, tres autores que marcaron su pensamiento jurídico de manera definitiva: KELSEN, HART y BOBBIO: “Al cabo de los años [dice], desde la perspectiva de un catedrático maduro, me doy cuenta de que mi investigación académica y mis publicaciones tienen una deuda impagable con ellos.” (*Ibid.*, p. 82).

relación al [D]erecho como conjunto de reglas con eficacia reforzada, ello significa que un ordenamiento jurídico es impensable sin el ejercicio de la fuerza, o sea, sin un poder. Considerar el poder como el fundamento último de un ordenamiento jurídico positivo no significa reducir el [D]erecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del [D]erecho.”²⁶⁷

Esta caracterización de la relación del poder con el Derecho tiene implicancias tanto para una Teoría del Derecho y la Ciencia Jurídica, como para una Teoría de la Justicia. Para las dos primeras supone por lo menos lo siguiente: (i) afirmar que no existe jerarquía ni superioridad del poder sobre el Derecho, o viceversa; sólo equilibrio y vinculación correlativa; (ii) el rechazo de las posturas que reducen el Derecho al poder o el poder en el Derecho, así como las que postulan una separación absoluta entre ellos; (iii) sostener que el Derecho como expresión normativa y el poder como voluntad creadora del Derecho no se contraponen, sino que se integran y comunican; (iv) afirmar que el poder sustenta la validez (existencia) del Derecho y garantiza la eficacia de sus normas, que éstas son creación del poder por lo que sólo son jurídicas (es decir, pertenecen al ordenamiento jurídico) las normas creadas por él a través de los requisitos previamente establecidos; y, (v) asumir que el Derecho configura al poder como poder jurídico, racionalizándolo a través del establecimiento de límites y la organización en su origen y ejercicio²⁶⁸.

Para una Teoría de la Justicia esta relación supone, además, que la reflexión sobre el Derecho justo debe ser completada con la reflexión sobre la legitimidad del poder: Si el poder sustenta la validez del Derecho y garantiza la eficacia de sus normas, si el Derecho juridifica el poder y es el mecanismo mediante el cual éste se expresa; entonces, la reflexión sobre la justicia del Derecho debe ser completada con la reflexión sobre la legitimidad del poder; pues no puede haber Derecho justo sin poder legítimo, y no puede haber poder legítimo sino produce un Derecho justo²⁶⁹. Una reflexión que nos conduce al examen de la democracia como criterio de legitimidad del poder. PECES-BARBA también lo advierte: “partiendo de la relación que aquí hemos establecido, entre Derecho y Poder, una concepción democrática del poder será el primer nivel de legitimidad del Derecho.

²⁶⁷ *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 185.

²⁶⁸ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 331-332.

²⁶⁹ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, op. cit., p. 235; y sus: “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., pp. 215-226.

La teoría de la Justicia debe analizar a fondo, como primer criterio del Derecho justo, la concepción democrática del poder”²⁷⁰.

Si bien el poder se diferencia del Derecho, esto no siempre ocurre así, pues el poder político suele expresarse a través del Derecho y éste resulta inseparable del poder mezclándose con él en la realidad. Es la perspectiva de Hermann HELLER: “Un complejo de relaciones sociales organizadas sistemáticamente en unidad de poder se convierte en un complejo de relaciones jurídicas ordenadas sistemáticamente en una unidad de ordenación –derivado de la constitución positiva–.”²⁷¹ Perspectiva que comparte Norberto BOBBIO cuando dice: “norma jurídica y poder pueden ser considerados, y han sido de hecho más o menos conscientemente considerados, como la cara y cruz de la misma moneda”. “El poder sin Derecho es ciego, pero el Derecho sin poder es vacío”²⁷². Postura que también asume PECES-BARBA al considerar que: “el Derecho [...] es inseparable del poder [...] con quien se mezcla en la realidad. Sólo en un paradigma teórico se puede separar.”²⁷³ Digamos que en el plano real existe una dialéctica político-jurídica que algunas veces se decantará por lo político y otras por lo jurídico.

Si el poder se conecta con el Derecho para definirlo, resta determinar qué sucede con la moral. Ésta suele ser expresión de la cultura, de los valores que asume una sociedad, aunque no se agote en ellos y no siempre coincidan. En esa medida se relaciona también con los fenómenos políticos y jurídicos. Se requiere determinar, entonces, si se puede formular un concepto de Derecho prescindiendo de la moral; si es válida una norma jurídica por el sólo hecho de haber sido creada según los criterios formales de validez, o si es necesario que respete también criterios de moralidad. En PECES-BARBA las respuestas a estas cuestiones tienen dos momentos en la evolución de su pensamiento jurídico.

En un primer momento, representado por su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983), su enfoque positivista –en el sentido metodológico– lo lleva a prescindir

²⁷⁰ “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, op. cit., p. 235.

²⁷¹ *Teoría del Estado*, primera reimpresión a la segunda impresión en español, traducción de Luis Tobbio, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 309.

Cabe señalar que PECES-BARBA considera a Hermann HELLER como uno de los autores cuyas obras le han servido para reforzar sus ideas, sobre todo en cuanto al Estado social o al constitucionalismo social se refieren (vid su libro: *La España civil*, op. cit., p. 250).

²⁷² “Del Poder al Derecho y viceversa”, op. cit., pp. 356 y 357, respectivamente.

²⁷³ *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 340.

de la moral para definir el concepto del Derecho y a considerarla innecesaria para determinar la validez de las normas jurídicas:

“Creo que [...] la distinción entre Derecho y moral es una exigencia del proceso de evolución del mundo moderno y de la cultura jurídica moderna, en el sentido de que un Ordenamiento jurídico es válido aunque no esté justificado en una concepción moral, siempre que cumpla los requisitos exigidos en la norma de reconocimiento o de producción normativa y sea generalmente obedecido, es decir, sea eficaz. Dicho de otra manera, ninguna concepción moral puede privar de validez a un Ordenamiento jurídico, como pretende la teoría de la moral que llamamos iusnaturalismo, por no corresponderse en el contenido de sus normas.”²⁷⁴

“Así [...], el Derecho se distingue de la moral porque sus normas, sea cual sea su contenido, forman parte de un Ordenamiento apoyado, en última instancia en su validez por el Poder soberano del Estado en situaciones de normalidad. Cuando una norma es válida porque cumple los requisitos de producción normativa exigidos por un Ordenamiento, es Derecho y tanto mejor además si sus contenidos responden a criterios razonables de moralidad, pero en ningún caso la carencia de esos contenidos puede suponer la impugnación de su valor jurídico.”²⁷⁵

A pesar de esta distinción, explica que ello no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre el poder y el Derecho con la moral en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios razonables de moralidad en el poder y en el ordenamiento jurídico; aunque en todos esos casos, precisa, el esfuerzo debe realizarse desde la Teoría de la Justicia, no desde la Teoría del Derecho o la Ciencia Jurídica²⁷⁶. La reflexión moral dentro de una Teoría de la Justicia no sólo contribuiría al examen del Derecho justo, sino también al análisis de los criterios de legitimidad del poder. Así por ejemplo, una Teoría democrática de la Justicia abordaría el tema de la “legitimidad formal” o “justicia formal”, y de la “legitimidad material” o “justicia material”. Las dos primeras corresponderían a aquel poder y aquel Derecho, respectivamente, que regulasen su origen y funcionamiento conforme a las reglas del juego democrático previamente establecidas. Las dos últimas, respectivamente, a aquellos que, además, recogieran y se comprometieran con la realización de los contenidos morales expresados en valores, principios y derechos fundamentales, que se proclaman históricamente desde plataformas democráticas²⁷⁷.

²⁷⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 151-152.

²⁷⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 152.

²⁷⁶ Cfr.: *Ibid.*, p. 15.

²⁷⁷ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, op. cit., pp. 236-239.

“Es evidente que este enfoque plantea problemas complejos que no podemos resolver aquí, pero sí me parecía interesante señalar esta perspectiva como culminación de lo que podríamos llamar una teoría

PECES-BARBA afirma que esta posición se aproxima al enfoque de Hans KELSEN, a quien reconoce como uno de los autores que marcó su pensamiento de manera definitiva²⁷⁸. Dicho autor distingue dos tipos de sistemas normativos: el estático y el dinámico. El “sistema estático” es considerado como propio de los ordenamientos morales y es definido como aquel donde las normas que lo integran valen por su contenido, pues éste es deducido lógicamente del contenido de otra norma que lo sustenta, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundante del sistema de la que se deducen –directa o indirectamente– todos los contenidos de las normas que lo integran. En cambio, en el “sistema dinámico”, que KELSEN considera propio de los ordenamientos jurídicos, las normas no son válidas por su contenido, puesto que no integran el sistema por derivarse lógicamente de otra norma, sino por haber sido producidas por el órgano competente y siguiendo el procedimiento establecido, criterios que han sido instituidos por la norma fundante de ese sistema²⁷⁹. Según esta distinción, para el positivismo

democrática de la Justicia que arranca de un correcto análisis de la relación Derecho y Poder. Me parece la perspectiva más fructífera para el desarrollo de esa parte fundamental de la Filosofía jurídica, que es la axiología o teoría de la Justicia. Partiendo de postulados positivistas en cuanto a la validez del Derecho, se puede así intentar superar, por un lado, el voluntarismo estatalista y, por otro, el idealismo iusnaturalista. Creo que este es un camino a desarrollar y profundizar.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 239).

²⁷⁸ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 149. Los otros dos –como ya se dijo– fueron HART y BOBBIO (Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., p. 82).

²⁷⁹ Afirma KELSEN: “Según la índole del fundamento de validez cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas un tipo estático y un tipo dinámico. Las normas de un orden del primer tipo valen – es decir, la conducta humana determinada por ellas, es vista como debida– por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal” (*Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 203). El segundo tipo de sistema normativo, el que denomina como dinámico “se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora, o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica” (*Ibid.*, p. 204). Así, las cosas, las normas que forman parte de un sistema estático, es decir las que “están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta” serían normas morales (*Ibid.*, p. 203); en cambio, prosigue, en un sistema dinámico –que en su opinión es el que corresponde a un ordenamiento jurídico–, “[u]na norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica y no por tener determinado contenido. La norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema” (*Ibid.*, p. 204). KELSEN establece que la diferencia entre la moral y el Derecho depende de la pertenencia de sus normas a un sistema estático o a uno dinámico. La norma moral tiene contenidos que se deducen lógicamente del contenido de otra norma que la sustenta, hasta llegar a la norma fundante del sistema de la que se deducen todos los contenidos, directa o indirectamente, de las restantes normas de ese sistema. En cambio, concluye: “[u]na norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas

clásico o formalista la identificación de lo jurídico, la validez de las normas, depende exclusivamente de los dos criterios formales que el propio Derecho establece para discernir si una norma forma parte o no del ordenamiento jurídico: órgano competente y procedimiento previamente establecido. Para ella los hechos externos o las dimensiones de moralidad resultan irrelevantes para definir lo jurídico. Basta con que una norma haya sido aprobada según esos dos criterios formales para que sea válida, es decir, para que forme parte del ordenamiento jurídico.

La postura de PECES-BARBA, en este primer momento de su pensamiento filosófico-jurídico, es similar –aunque con matices– a la concepción kelseniana. Los matices se dan tanto en relación a la validez del Derecho, como respecto a la validez de las normas jurídicas individualmente consideradas. Por un lado, a diferencia de KELSEN, nuestro autor sostiene que la validez del Derecho no se sustenta en una norma fundante hipotética o presupuesta, sino en el poder político que, a través de su fuerza coactiva, lo sostiene garantizando la obediencia de los destinatarios, es decir, su eficacia. De esta manera, la validez del Derecho –de todo el Derecho– es definida por él como “la propia existencia del sistema que así se identifica con su eficacia”²⁸⁰. Por otro lado, a semejanza de la postura kelseniana, define la validez de una norma jurídica como “la pertenencia al Ordenamiento jurídico de una norma, porque se ajusta a los criterios de producción de normas de ese Ordenamiento”²⁸¹. Sin embargo, se diferencia de ella por los trazos realistas que introduce al hacer referencia a los “límites materiales” como criterios de validez jurídica:

“[L]a validez [afirma] supone que una norma ha sido producida de acuerdo con el órgano autorizado para ello, con el procedimiento asimismo establecido y respetando los límites materiales de su producción establecidos por la norma superior (los límites formales son los dos anteriormente señalados, órgano competente y procedimiento legal). La validez

normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser [D]erecho.” (Ibid., p. 205).

²⁸⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 128. Vid, también: p. 118.

²⁸¹ Ibid., p. 127.

KELSEN afirma: “con el término ‘validez’ designamos la existencia específica de una norma” y agrega: “Si la existencia específica de la norma es designada como su ‘validez’, recibe expresión así la modalidad particular en que se representa, a diferencia de la realidad de los hechos naturales” (*Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 23 y 24, respectivamente). En otro lugar precisa: “Por validez entendemos la existencia específica de las normas”, y añade: “Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia –o lo que es lo mismo– a reconocer que tiene ‘fuerza obligatoria’ frente a aquéllos cuya conducta regulan” (*Teoría general del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 35).

de las normas se apoya en la validez de la superior, y de todo el conjunto y, por ello, es correcto hablar como hace Raz de cadena de validez. No es necesario, pues, una identificación del Derecho por sus contenidos. Basta el criterio *formal* de la cadena de validez y el apoyo del poder cuando se termina la cadena normativa.”²⁸²

Se aprecia aquí que para PECES-BARBA los criterios de validez normativa son exclusivamente formales, en el sentido de que omite toda consideración a los contenidos que una norma debe cumplir para integrar el Derecho porque, al igual que Kelsen, no los considera propios de un ordenamiento jurídico²⁸³. Su referencia a “límites materiales” no está hecha en alusión a dimensiones morales positivizadas como criterios materiales de validez jurídica, sino –tan sólo– a circunstancias de la vida social humana que el propio Derecho reconoce como límites a su producción normativa, porque, de regularlas, daría lugar a situaciones *imposibles* o *superfluas*. Así por ejemplo, explica nuestro autor, se daría lugar a un imposible si se estableciera jurídicamente “la inmortalidad o la prohibición de morir”, y a una situación superflua si se regulara las “relaciones necesarias como las que derivan de la condición biológica humana”²⁸⁴. Estamos ante una expresión de su interés por interrelacionar el Derecho con la realidad social, por acercar el normativismo o positivismo formal al realismo o sociologismo –aunque con preeminencia del primero–, que, en cualquier caso, no considera a esos “límites materiales” como criterios de validez jurídica por resultar siendo morales o justos, sino

²⁸² *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 128, la cursiva es mía.

²⁸³ Anteriormente (1981), analizando el concepto de validez normativa en la Constitución española de 1978, PECES-BARBA concluye que ella se refiere a la “existencia de la norma como tal dentro del ordenamiento jurídico creada por el órgano competente, por el procedimiento normativo correcto, no derogada y no incompatible con otra norma que prevalezca sobre ella.” (“Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 61, 1981, Madrid, p. 121). Pero incluso aquí no llega a admitir que uno de los requisitos de validez está relacionado con el contenido de la norma, es decir, no dice que existan unos criterios materiales que establezcan determinados contenidos que deben ser respetados por una norma para ser jurídica. Sin embargo, si alguna duda quedara sobre esta conclusión, ella quedará levantada cuando se observa que, posteriormente (en 1983), al ocuparse en su *Introducción a la Filosofía del Derecho* sobre el Derecho en general, y no sobre un ordenamiento jurídico en particular (como el español), concluirá: “No es necesario, pues, una identificación del Derecho por sus contenidos. Basta el criterio formal de la cadena de validez y el apoyo del poder cuando se termina la cadena normativa.” (p. 128). Posición que es confirmada poco tiempo después (1984) al afirmar: “El Derecho no lo es por ser justo, sino por ser identificable, por sus destinatarios, especialmente por los operadores jurídicos, de acuerdo con criterios de producción normativa –órganos y procedimiento– que el Ordenamiento jurídico establece.” (“Nota sobre la Justicia” – 1984–, op. cit., p. 213).

²⁸⁴ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 269-270 y 270, respectivamente.

por ser exigencias que la observación de la vida humana social informa como restricciones para la producción jurídica²⁸⁵.

Dos observaciones merece esta postura. En primer lugar, si bien prescinde de criterios materiales –o de dimensiones de moralidad positivizadas– para determinar la validez de las normas jurídicas, paradójicamente, no logra descartar la posibilidad de que, a través de su referencia a los “límites materiales” como criterios de validez jurídica, se incorporen al Derecho ciertas dimensiones morales como criterios materiales de validez, aunque con la intención de evitar que el Derecho regule situaciones imposibles o superfluas. Ello se debe a que la determinación concreta de los supuestos que constituyen “límites materiales” implica, en no pocos casos, un juicio valorativo (por ejemplo para establecer lo que es superfluo y lo que no lo es), dando lugar a que la puerta hacia la moral quede siempre entreabierta. De esta manera podría producirse lo que esta concepción quiere evitar: considerar a las dimensiones de moralidad positivizadas, como criterios materiales de validez jurídica. En segundo lugar, al hacer referencia esta postura a los “límites materiales”, como uno de los criterios de validez, está identificando los

²⁸⁵ Así, dice PECES-BARBA: “Desde la norma jurídica se ha pretendido definir al Derecho por el contenido de las normas y por su forma o estructura. Bobbio llama a estos dos criterios de definición, criterio material y criterio formal.

De acuerdo con el criterio material se pretende la definición en base al contenido de las normas, es decir de la vida social humana, de las relaciones entre hombres reguladas por el Derecho.

Esto lleva a una primera consideración consistente en la exclusión entre las posibles acciones reguladas de lo que podríamos llamar las acciones imposibles y de las acciones necesarias. Las *acciones imposibles* son las que, por muchos esfuerzos que haga el hombre, no tiene a su alcance realizar. Así sería una regulación jurídica sobre la base de una acción imposible, como hemos visto, la que pretendiese regular el descanso del varón y la indemnización por razón de parto, cuando no corresponde al hombre, sino a la mujer, esta función, base de la pretendida norma. Las *acciones necesarias* son aquellas que traen causa de una exigencia natural derivada del principio de causalidad. Si el Derecho pretendiese regular jurídicamente lo que el hombre hace por necesidad natural, realizaría un esfuerzo inútil. Así por ejemplo si intentase decir que el hombre debe comer y dormir periódicamente. Después de estas observaciones llegamos a sostener con Bobbio que ‘objeto de regulación por parte de las normas jurídicas son todas las acciones posibles...’” (Ibid., pp. 102-103. La cursiva es mía). Más adelante, refiriéndose al “contenido material del Derecho” como “la ordenación de la vida social humana” agrega que: “Esta perspectiva de la Teoría del Derecho supone una superación del formalismo desde el que el positivismo normativista ha afrontado el problema del concepto del Derecho y la acogida de consideraciones procedentes del sociologismo y del realismo, dentro de la perspectiva centralmente normativista del punto de vista que adoptamos. Es el análisis de la materia de las normas, de las relaciones entre hombres, de la vida social humana, como contenido de las normas primarias, de las normas de conducta, aunque también las normas de organización regulan muchas veces conductas humanas, como por ejemplo los comportamientos del legislador o del juez, y en general de todos los operadores jurídicos.

A través de este análisis se podrán establecer los *límites materiales* del Derecho que no regulará relaciones imposibles entre hombres, como sería una norma jurídica que estableciese la inmortalidad o la prohibición de morir, ni tampoco relaciones necesarias como las que derivan de la condición biológica humana. A través de este análisis se podrá también reflexionar sobre la situación de las cosas y de los restantes seres en cuanto son objeto del Derecho.” (Ibid, pp. 269-270, la cursiva es mía).

conceptos de validez y de eficacia, en lo que a esos límites respecta. Si bien se trata de una consecuencia coherente con el matiz realista o sociologista con que se aproxima al estudio del Derecho, se trata de una identificación innecesaria pues bien podría indicarse que una norma que regula una circunstancia imposible o superflua es válida (por haber sido creada conforme a los requisitos establecidos por el Derecho) aunque ineficaz (porque al ser imposible o superflua no se va a poder cumplir o ejecutar). Quizás por esa razón, tiempo después, PECES-BARBA deja de considerar a estos “límites materiales” como criterios de validez jurídica²⁸⁶.

En todo caso, lo importante aquí es resaltar cómo para esta concepción los criterios de identificación de lo jurídico son considerados como exclusivamente formales: sólo acepta como criterios de validez jurídica al órgano competente y al procedimiento preestablecido –teniendo en consideración, como consecuencia de ello, a la cadena de validez–, postulando, a lo más, una apertura a la realidad social pero sin referencia alguna a dimensiones de moralidad como criterios materiales de validez jurídica.

Se advierte entonces que, para este primer momento del pensamiento jurídico de PECES-BARBA: no existe relación conceptual entre moral y Derecho –sin perjuicio de que lo jurídico sea el reflejo más o menos fiel de una determinada moralidad–, pues son dos órdenes normativos distintos: uno sustentado en el poder, el otro en la conciencia moral autónoma del individuo, aunque eventualmente sus normas coincidan. Lo mismo ocurre respecto a la norma jurídica: le resulta indiferente para determinar su validez, que su contenido se corresponda o no con dimensiones de moralidad, es decir, que pueda ser considerada como moral o inmoral, buena o mala, justa o injusta.

Tal planteamiento corresponde a la distinción ilustrada del mundo moderno entre Derecho y moral. Anteriormente las concepciones iusnaturalistas plantearon el problema desde la confusión entre ambos conceptos o desde la superioridad de la moral, en el ámbito más amplio de la reflexión teológica, con raíces religiosas, y en el esquema del iusnaturalismo clásico cristiano. A partir del Tránsito a la Modernidad esa distinción fue creciendo hasta alcanzar las dimensiones que conocemos. Fueron diversos los elementos que influyeron para ello: la ruptura de la unidad religiosa y de la ética medieval, el pluralismo religioso, la formación del Estado con su pretensión de monopolio del uso de

²⁸⁶ Como ocurre en su: “Nota sobre la Justicia”, op. cit., p. 213.

la fuerza y de la organización jurídica, la idea de límites del poder, la libertad de conciencia y la tolerancia, así como el proceso de secularización, entre otros.

A este positivismo que concibe al Derecho como un ordenamiento jurídico interrelacionado con la vida social, donde el poder tiene un papel preponderante y la moral –aunque no resulte esencial para definir el Derecho ni es considerada como un criterio de validez de las normas jurídicas– influye desde la cultura y cumple un papel crítico del poder y del Derecho, PECES-BARBA lo denomina *normativismo realista* o *normativismo corregido*, correspondiendo a su concepción del Derecho en este primer momento de su pensamiento jurídico²⁸⁷. Desde ese enfoque nuestro autor:

“[I]ntegra perspectivas muchas veces juzgadas como contradictorias, como la defensa simultánea de la creación legislativa y de la creación judicial del Derecho, o como la consideración conjunta de los ciudadanos, de los jueces y de los demás operadores jurídicos como destinatarios de las normas, según el tipo de éstas. También se pueden comprender mejor las relaciones del Derecho, con otras formas de normatividad social como las reglas del trato social y la moral. El formalismo y el sociologismo tienden puentes de comprensión [...] y no aparecen como incomunicados.”²⁸⁸

Una particular versión del positivismo donde la moral, si bien no cumple un rol para definir el Derecho ni la validez de las normas jurídicas, cumple un papel desde la Teoría de la Justicia para criticar al poder y al Derecho y postular criterios razonables de moralidad que el poder debería incorporar para ser legítimo y el Derecho debería recoger para ser considerado justo²⁸⁹.

²⁸⁷ “Partiendo de la realidad del Derecho y de su relación con el Poder, como fundamento último de su validez, como hecho fundante básico, abordo el concepto del Derecho desde el Ordenamiento jurídico, como conjunto de normas de conducta y de organización. Me sitúo, por consiguiente, en una posición normativista corregida, que califico de normativismo realista.” “[S]ostenemos una concepción normativa, que por consiguiente centra la definición de lo jurídico en la norma o en el sistema de normas que llamamos Ordenamiento, con todos los matices que desde la relación entre Derecho y Poder, y entre Derecho y vida social humana estamos estableciendo.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 13 y 69, respectivamente).

²⁸⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 13.

Tal concepción jurídica ha llevado a Patricia CUENCA a sostener que: “En el ámbito de la Teoría del Ordenamiento esta corrección [se refiere al normativismo corregido de PECES-BARBA] implica rechazar la consideración del Derecho como un sistema autosuficiente y lógicamente perfecto, asumiendo la importancia de sus conexiones con la realidad empírica y la tesis de la creación judicial de [sic] Derecho. [...]. No obstante, lo anterior en modo alguno supone disolver el Derecho en los puros hechos, ni contemplarlo como una amalgama de decisiones inconexas más o menos arbitrarias. En este sentido, el planteamiento de Peces-Barba se reclama ‘centralmente’ normativista y, por tanto, ‘centralmente’ sistemático.” (“El ordenamiento jurídico en la teoría de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 381).

²⁸⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 15.

2. Un positivismo flexible: la incorporación de la moralidad. La segunda posición sobre la moral y la visión tridimensional de lo jurídico

Resulta relevante indagar si el planteamiento moderno sobre la distinción conceptual entre moral y Derecho es útil en nuestros días; es decir, si debemos seguir prescindiendo de la moral para definir el concepto de Derecho; y si la validez de una norma jurídica no requerirá en nuestros tiempos de su correspondencia con criterios de moralidad. PECES-BARBA analiza estos problemas varios años después de sus planteamientos iniciales, dando lugar al segundo momento de su pensamiento jurídico al respecto. Éste se encuentra reflejado –entre otras– en sus obras: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante” (1999)²⁹⁰ y “Sobre el positivismo jurídico” (1999)²⁹¹. En este segundo momento abraza una particular posición sobre el positivismo que es calificado por él como *corregido*, *flexible* e incluso *dúctil*²⁹² o *ético*²⁹³, que encuentra explicación –una vez más– en la razón situada en la historia²⁹⁴.

²⁹⁰ Op. cit., pp. 111-130. Esta segunda posición fue anunciada ya por el autor en trabajos anteriores, por ejemplo en: *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., pp. 92-93.

Los desacuerdos y acuerdos a los que se refiere PECES-BARBA en el artículo arriba citado, son expresados con relación a la obra de Gustavo ZAGREBELSKY sobre el *Derecho dúctil*. En dicho libro este último autor realiza una serie de críticas contra el positivismo jurídico, atribuyéndole una supuesta incapacidad para abordar los nuevos horizontes de la cultura jurídica, como son: la existencia de derechos y de principios que exigen –en su opinión– una labor argumentativa similar a la que se efectuaba con el Derecho natural; así como el cambio de paradigma que –según afirma– supone la sustitución del Estado de Derecho por el Estado constitucional de Derecho, etc. (vid: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, especialmente pp. 33 y 116). PECES-BARBA critica estas afirmaciones por considerar que confunden el positivismo metodológico con el ideológico, el primero de los cuales sí permite afrontar –según su parecer– los nuevos horizontes de la cultura jurídica.

²⁹¹ “Sobre el positivismo jurídico”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 83-89.

²⁹² Vid: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 123.

²⁹³ “No en el sentido de positivismo ideológico, es decir, donde el [D]erecho válido es al mismo tiempo justo, sino de un positivismo abierto a la moralidad, que toma en consideración la moralidad legalizada a efectos de identificar a las normas válidas.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, nota a pie de página N° 17).

²⁹⁴ Cabe anotar, sin embargo, que en su obra *La España civil* (2005), PECES-BARBA vuelve a referirse a su actual forma de entender el Derecho como “normativismo realista”, con lo cual el uso de distintas locuciones para identificar los dos momentos en la evolución de su pensamiento jurídico (normativismo realista o corregido, y positivismo dúctil o ético) debe entenderse simplemente como referencial, a título ilustrativo, y no como términos excluyentes o antagónicos (op. cit., pp. 211-212).

Si anteriormente había sostenido que no se puede construir un concepto de Derecho prescindiendo del poder y de su substrato social, esta vez añade que hoy en día no es sostenible la tesis de que se puede obtener un concepto del Derecho prescindiendo de su justicia o de su moralidad. “Es una imposible definición desde la validez, sin la justicia ni la eficacia. Es encerrar al positivismo en un guetto formalista, sin criterios materiales de justicia, y sin criterios reales de arraigo social o de medios sociales de implantación”²⁹⁵. La situación actual del pensamiento jurídico no impide, a su juicio, mantener la distinción ilustrada entre Derecho y moral, aunque exige matizar mucho el sentido y los perfiles de la misma. “Moral no es término unívoco”, nos dice²⁹⁶:

“En Tomasio y todos los autores que le siguieron la distinción se utilizaba como instrumento intelectual para evitar que la ética autoritaria de una Iglesia se pretendiese imponer a toda una sociedad, y para que el Derecho no fuera utilizado como brazo armado de la imposición de esa fe. En definitiva, es un argumento de la tolerancia. De esa situación histórica, sólo en ese sentido, se puede decir que no existe una identificación conceptual entre Derecho y moral. Afirmar que el positivismo heredero de la Ilustración parte de que no existe una vinculación necesaria entre Derecho y moral sólo se puede entender si se tiene en mente la dimensión histórica y se interpreta moral como concepción del bien o la filosofía comprensiva de una Iglesia o de una confesión o de una escuela filosófica. Cualquier otro sentido de moral, o al menos algún otro sentido de moral, es no sólo compatible, sino también necesario para entender el concepto de Derecho. En ese otro concepto existe una identificación entre Derecho y moral, y el positivismo jurídico no podría identificarse, dada esa definición de moral, por la incompatibilidad entre esos dos conceptos”²⁹⁷.

Manteniendo la importancia del poder en la definición y validez de lo jurídico, PECES-BARBA afirma que la distinción positivista entre Derecho y moral, que coincide con el ideal de una concepción política laica, debe ser formulada hoy de la siguiente manera: “no existe una identificación conceptual entre Derecho y *ética privada*”²⁹⁸ (es decir, la moralidad de las personas); añadiendo que “el concepto del Derecho tiene unos contenidos necesarios de *ética pública*” (la moralidad de la política y del Derecho) y que “es inseparable de la realidad social que organiza”²⁹⁹. Por esa razón considera que los criterios clásicos que distinguen al positivismo jurídico deben ser hoy corregidos o perfilados.

²⁹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Sobre el positivismo jurídico”, op. cit., p. 84.

²⁹⁶ Ibid., p. 87.

²⁹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid.

²⁹⁸ Ibid. La cursiva es mía.

²⁹⁹ Ibid., p. 88, las dos últimas citas. La cursiva es mía.

Para este positivismo ético o corregido, los criterios de validez jurídica no sólo deben ser formales: órgano competente y procedimiento preestablecido (se prescinde aquí de la referencia a los “límites materiales”, posiblemente por considerarlos más propios del concepto de eficacia), sino que también deben ser materiales: criterios de la ética pública o moralidad pública incorporados por el poder al Derecho (verbigracia: valores, derechos fundamentales y principios derivados de aquéllos). En esta nueva etapa de su pensamiento, critica al positivismo clásico o formalista por olvidar la relevancia de la moral y de la realidad social en la identificación de lo jurídico³⁰⁰. En cambio, explica: “[p]ara el positivismo corregido o ético [que postulo...] la que he llamado ética o moralidad pública es relevante para identificar el Derecho; o, dicho de otra forma, unos *criterios de moralidad* forman parte de la norma básica de identificación de normas [la norma encargada de identificar lo que es jurídico]”, además de los criterios formales: órgano competente y procedimiento previamente establecido³⁰¹. La ética pública que

³⁰⁰ Vid su obra: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 122.

³⁰¹ Ibid., p. 123. La cursiva es mía.

Sin embargo, Javier DORADO considera que, si bien este segundo momento de la concepción jurídica de PECES-BARBA puede ser calificada de positivista, no es del todo seguro que, además, pueda ser calificada de “corregida”: “ello exigiría cierta matización cualitativa y no sólo cuantitativa –es decir, que suponga un cambio y no sólo una mayor profundización– respecto de la posición expresada en este tema por Hans Kelsen o Herbert L. A. Hart.” Apoyándose en SQUELLA y KELSEN, respectivamente, estima que “la supuesta ‘corrección’ al positivismo metodológico no [...] parece que tenga realmente lugar, ya que la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, y la neutralidad valorativa que su defensa conlleva, ‘no puede ser presentada como una cualidad del objeto por identificar y conocer –el [D]erecho–, sino como una exigencia metodológica que debe satisfacer el agente de dicha identificación y conocimiento, o sea, el jurista’. Obviamente, esta limitación del alcance de la tesis de la separación entre Derecho y moral como un postulado de pureza que ‘no se refiere al proceso de creación y aplicación del [D]erecho sino (...) a la teoría jurídica, esto es, al conocimiento del [D]erecho’, supone la existencia de múltiples conexiones entre el Derecho y la moral que no han sido negadas, sino más bien reconocidas, por los representantes del positivismo metodológico.” Por eso concluye: “La incorporación, en la teoría de Gregorio Peces-Barba, de una norma básica material –que incluye contenidos morales– [como criterios de validez jurídica] junto a la norma básica formal [que considera como criterios de validez jurídica al órgano competente y al procedimiento previamente establecido], no aporta, por tanto, ninguna corrección al positivismo metodológico tal y como éste es entendido en los planteamientos de Kelsen y Hart. Estos son susceptibles de aceptar una norma básica material de identificación de normas –de forma que la validez de las normas inferiores esté condicionada por el respeto a las contenidos morales recogidos en las normas superiores– sin modificar su tesis de la separación conceptual entre [D]erecho y moral, siempre que se acepte que la conexión con esa moralidad ‘legalizada’ es contingente y que el proceso de ‘legalización’ de la misma se produzca de acuerdo a las condiciones establecidas en la norma básica de identificación, algo que creo que Peces-Barba también está dispuesto a aceptar.” (“El positivismo ‘corregido’. Análisis de algunos aspectos de la filosofía jurídica de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 436, 436-437, y 440, respectivamente).

Como comentario a la reflexión hecha por Javier DORADO, cabe señalar que la calificación que PECES-BARBA efectúa al segundo momento de su postura iusfilosófica, como “positivismo corregido”, no está dirigida, en estricto, a modificar el punto de vista del positivismo metodológico (entendido como

haya sido asumida por el poder e incorporada a su Derecho actuará sobre ellos orientándolos, presionándolos y criticándolos para alcanzar los objetivos que con ella se persiguen. La que no haya sido asumida por el poder o no haya sido recogida por el Derecho servirá como criterio para juzgarlos y como programa para alcanzar el poder³⁰².

La forma como nuestro autor concibe el Derecho en su relación con la moral es particular y significativa. Anteriormente se había producido por lo menos otro intento de analizar la vinculación entre ambos conceptos, destacando la obra de Herbert L. A. HART por ser el autor que, junto con Norberto BOBBIO –especialmente por la referencia de éste al poder–, influye decididamente en PECES-BARBA para alcanzar este segundo momento de su concepción sobre la relación de la moral con el poder y el Derecho³⁰³. Así lo reconoce expresamente nuestro autor³⁰⁴.

Sin renunciar a la separación conceptual entre moral y Derecho, ni a la relación contingente entre sus normas, HART considera que si un ordenamiento jurídico quiere subsistir o cumplir con asegurar la supervivencia que los seres humanos pretenden al vivir en sociedad, debe cumplir con ciertas exigencias materiales mínimas, a las que

actitud científica frente al Derecho), sino a corregir los planteamientos de algunos sectores considerados clásicamente como positivistas que olvidan la relevancia de la moral y de la realidad social en la identificación de lo jurídico.

³⁰² Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 14-15.

³⁰³ Desde un punto de vista distinto al que aquí se expone, Lon L. FULLER analiza también la relación que se presenta entre el Derecho y la moral, pero ocupándose básicamente de su aspecto formal. Considera que el Derecho debe cumplir con una serie de requisitos formales para existir o ser considerado como tal, a los que califica como la “moral interna del Derecho”: la generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, ausencia de contradicciones, no requerir cosas imposibles, cierta estabilidad y congruencia entre la acción oficial y la ley declarada. Sobre el particular vid su obra: *La Moral del Derecho*, traducción de F. Navarro, trillas, México D.F., 1967, p. 56 y siguientes; también: ESCUDERO, Rafael. *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

³⁰⁴ “Tengo con él [se refiere a H.L.A. HART] y con su obra una deuda impagable. En la lectura de su *Concepto de [D]erecho* empezó mi reflexión sobre la necesidad de superar el concepto kelseniano de norma fundante básica, como un criterio lógico para cerrar el sistema jurídico, construyendo un concepto más próximo a la realidad social, como su idea de regla de reconocimiento. Desde esas premisas avancé hacia mi idea de que el poder es el hecho fundante básico, en cuya efectividad se apoya la eficacia del conjunto del sistema jurídico y, como consecuencia, también su validez. De ahí la importancia del poder democrático como única forma de poder legítimo en el mundo moderno para fundar un sistema de [D]erecho justo. También a partir de sus reflexiones sobre la relación entre moral y [D]erecho empecé a entender que en la dialéctica entre la tesis positivista clásica, de que la moral era irrelevante para la definición del [D]erecho, y su antítesis iusnaturalista, de que la moral era decisiva para la definición del [D]erecho, existía una posible síntesis, de un positivismo corregido, que integrase la ética pública de la modernidad en el seno del ordenamiento jurídico.” (PECES-BARBA, Gregorio. *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., pp. 91-92). “A estas conclusiones llegué [se refiere al segundo momento de su pensamiento sobre la relación entre el Derecho y la moral], después de un largo proceso que se inició con la lectura de Hart, y casi paralelamente con la de Bobbio.” (Ibid., p. 93).

denomina “contenido mínimo de Derecho Natural”: la prohibición de la violencia que mata por causa de la vulnerabilidad recíproca, la igualdad aproximada y el altruismo limitado que obliga a un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, etc.³⁰⁵. Hasta aquí su planteamiento es similar al primer momento del pensamiento jurídico de PECES-BARBA, en tanto si bien parten de una distinción conceptual entre moral y Derecho, así como de una relación contingente entre sus normas, ambos autores consideran que el Derecho debería tener cierto contenido moral para cumplir con su finalidad; es decir, diferencian el Derecho que *es*, propio de la Teoría del Derecho, del Derecho que *deber ser*, propio de la Teoría de la Justicia.

Tiempo después, respondiendo a las críticas formuladas por Ronald DWORKIN, HART se ocupa de manera explícita de las vías por las cuales las dimensiones morales pueden adquirir una importante presencia en el mundo jurídico³⁰⁶. Este momento da lugar a lo que denomina *positivismo suave*, una versión remozada de la concepción con la que se aproxima al fenómeno jurídico³⁰⁷. En él –precisa– la regla de reconocimiento

³⁰⁵ Vid: HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*, –1961–, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 239 y siguientes.

Las tres tesis que Hart considera imprescindibles para una Teoría del Derecho positivista son las siguientes: (i) La tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, según la cual una cosa es el Derecho que *es* y otra el que *debe ser*, tesis que no desconoce la conexión entre las normas jurídicas y las normas morales, pero, que al mismo tiempo, precisa que esa conexión es contingente, no necesaria. (ii) La tesis de las fuentes sociales del Derecho, según la cual la existencia del Derecho depende de una práctica social que determine cuáles son las fuentes de las que emanan las normas jurídicas. Desde este punto de vista el Derecho se identifica como un hecho social, de tal manera que las fuentes de producción de normas jurídicas han de responder a esa caracterización, considerándose las, por tanto, como fuentes sociales: hechos más o menos complejos a los que el propio ordenamiento jurídico atribuye competencia para producir normas jurídicas válidas. (iii) La tesis de la discrecionalidad judicial, que parte del vacío de regulación que en determinados supuestos se produce en todo ordenamiento jurídico. Vacío de regulación que pone de manifiesto que el Derecho es parcialmente incompleto y que provoca, en tal situación, que sean los jueces quienes deban completarlo en cada caso concreto, mediante una decisión que supone el ejercicio de una cierta discrecionalidad (Vid al respecto: HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*, op. cit., p. 7 y siguientes, también p. 229 y siguientes; y, del mismo autor: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en: *Sistema*, traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, N° 36, mayo de 1980, pp. 4-6).

³⁰⁶ DWORKIN critica las tres tesis de HART señalando que: (i) no existe separación conceptual entre Derecho y moral, pues los principios son de contenido moral y forman parte del Derecho; (ii) los principios no son hechos, son normas, por lo que la referencia a la fuentes sociales del Derecho no sirve para caracterizar los principios, y (iii) no puede haber discrecionalidad judicial ya que el juez debe tener siempre en cuenta a los principios, los cuales le proporcionarán el material necesario para llegar a una única respuesta correcta (Sobre el particular, vid: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op., cit., p. 43 y siguientes).

³⁰⁷ HART, Herbert L. A. *Post scriptum al Concepto del Derecho*, (1994), (Serie Estudios Jurídicos N° 13), editado por Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, traducción del original en inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, p. 26.

(el instrumento que estipula para la identificación de todo lo que es jurídico) puede suministrar criterios de validez tanto formales como materiales. La validez de las normas jurídicas puede no ser únicamente una cuestión de forma (órgano competente y procedimiento previamente establecido), sino también una cuestión de contenido: bastará con que la regla de reconocimiento de un ordenamiento jurídico incorpore criterios materiales de validez normativa, para que el contenido de toda norma deba ajustarse a ellos si aspira a ser jurídica. Se desprende así la posibilidad, reconocida por el propio HART, de que: (i) los principios o valores morales puedan entrar a formar parte del Derecho, gracias al camino abierto por la regla de reconocimiento; y, (ii) que los principios o valores morales puedan ser, en definitiva, criterios de validez de las normas jurídicas³⁰⁸. A lo expuesto –añade– cabe que un ordenamiento jurídico cualquiera establezca la posibilidad de que los principios o valores morales adquieran carácter jurídico por haber sido incorporados a él por un órgano competente, sin necesidad de que, en tal caso, se requiera del requisito de adecuación de contenidos antes referido (por ejemplo, cuando permite que un juez traiga a colación en su sentencia el famoso principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo)³⁰⁹.

Resulta patente que el positivismo suave de HART se asemeja al positivismo ético o corregido de PECES-BARBA: ambos aceptan la posibilidad de que las normas o preceptos morales integren el contenido de lo jurídico, a través de su incorporación al Derecho, y pasen a ser criterios de validez material de las normas jurídicas³¹⁰. La diferencia parece estar, si es que realmente existe (luego veremos que por lo menos se reduce), en que mientras HART sigue manteniendo la tesis de la separación conceptual entre moral y Derecho, así como la relación contingente entre sus preceptos; PECES-BARBA afirma –en el segundo momento de su pensamiento filosófico-jurídico– que el Derecho no puede ser definido sin una vinculación con la moral (a la que llama ética

³⁰⁸ Vid: HART, Herbert L. A. *Ibid.*, pp. 26 y 43 y siguientes.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 45.

³¹⁰ Semejanza que tendrá mayores o menores perfiles de distinción conforme se profundice en los problemas que la conexión entre Derecho y moral puede generar. Por ejemplo, para determinar: ¿quién y cómo incorpora los criterios de moralidad al ordenamiento jurídico?, ¿cómo se resuelven los problemas de indeterminación que puedan generar?, ¿quién tiene la última palabra en su interpretación?, ¿cuál es el contenido o significado que debe reconocérsele o asignársele?, ¿es posible encontrar parámetros objetivos para otorgarles contenido, o dependen de la simple apreciación, de la subjetividad del órgano que resulte competente para ello? Las respuestas a estas y otras interrogantes no sólo dependen de la concepción jurídica que se asuma, sino también de la postura moral y de la filosofía política de la que se parta.

pública), y que la identificación de las normas necesita también de su adecuación con una dimensión de moralidad presente en el Derecho. Dimensión que –en su modelo– debe ser expresión de la ética pública, con la que el poder y el Derecho se relacionan; y no de la ética privada, que debe mantenerse aislada del poder y del Derecho y a lo más protegida por éstos.

Efectivamente, HART define la tesis fuerte de su positivismo suave de la siguiente manera: “De acuerdo con mi teoría, la existencia y el contenido del [D]erecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del [D]erecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), *sin recurrir a la moral, excepto donde el [D]erecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del [D]erecho*”³¹¹. En cambio, PECES-BARBA, refiriéndose a su nueva postura explica:

“Por mi carácter soy defensor de las síntesis y, en gran medida, mi esfuerzo investigador se ha dirigido a integrar los valores del positivismo jurídico con la *necesaria exigencia de dimensiones morales en el Derecho* como camino para superar la dialéctica de la antítesis. Defender que el Derecho se identifica siempre por medio de las normas de identificación de normas y que no cabe una moralidad, en forma de principios, de valores o de derechos, que sea jurídica sin seguir esos trámites, es una afirmación positivista. Sostener que el órgano productor de la norma y el procedimiento de producción, es decir, la norma formal de identificación, *no son suficientes para identificar al Derecho válido y que es necesaria una dimensión material*, formada por la moralidad que es previa al poder y al Derecho y que es producto de la razón en la historia, es iusnaturalismo, o al menos cumple en la cultura de nuestro tiempo un papel similar.”³¹²

Esta nueva postura ha sido criticada por Rafael ESCUDERO, calificándola, según las consecuencias que pueda generar, como: una concepción que hace una distinción innecesaria entre ética pública y ética privada para abordar la relación entre Derecho y moral; una concepción que podría no corresponder con el positivismo jurídico; ó, de serlo, una postura que conduce inexorablemente al objetivismo moral³¹³. Críticas que acusan algunas fisuras teóricas –producto del intento de compatibilizar planteamientos disímiles– y que por dirigirse a uno de los elementos que influyen en la construcción del modelo de PECES-BARBA es importante abordar.

³¹¹ *Post scriptum al Concepto del Derecho*, op. cit., op. cit., p. 51. La cursiva es mía.

³¹² “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 121. La cursiva es mía.

³¹³ La crítica de Rafael ESCUDERO, a la que se hace referencia en estas líneas, se encuentra en su libro: *Los Calificativos del Positivismo Jurídico, El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, pp. 154-170.

En primer lugar, advierte, no siempre es posible que la distinción entre ética pública y ética privada aparezca con nitidez (por ejemplo en las normas que prohíben la poligamia, aunque sea consentida). En tales supuestos se podría alegar que la conexión que se produce lo es entre Derecho y ética privada y no entre Derecho y ética pública, a pesar de lo cual no podría negarse el carácter jurídico de tales normas. La distinción entre ética pública y ética privada para resolver la conexión entre Derecho y moral aparecería así –según el autor– como superflua³¹⁴.

Una segunda cuestión a dilucidar, prosigue Rafael ESCUDERO, es si la incorporación de la ética pública al Derecho es necesaria o contingente. Si es contingente (es decir, si depende de que efectivamente haya sido positivizada a través de los cauces habilitados para tal efecto por el propio ordenamiento jurídico); entonces, la relación entre moral y Derecho sería también contingente: sólo existiría en aquellos ordenamientos jurídicos que hubiesen positivizado los contenidos de la ética pública. En ese contexto –afirma– la distinción entre ética pública y ética privada aparece nuevamente como irrelevante, porque el carácter de lo jurídico de los contenidos morales no dependerá de su adscripción a una u otra ética. El verdadero problema se presentaría –según el autor–, si es que se asume que la incorporación de la ética pública al Derecho es necesaria; es decir, si se entiende que los contenidos de la ética pública son imprescindibles para alcanzar determinados objetivos, considerados moralmente valiosos, al punto de que se asumen incorporados necesariamente al Derecho, independientemente de que hayan sido positivizados o no a través de los cauces previamente establecidos. Rafael ESCUDERO dice –con razón– que de ser ésta la última respuesta no estaríamos ante una concepción positivista.

Por último, sostiene, es posible que se incorporen al Derecho dimensiones supuestamente morales que, aunque presentadas bajo el rótulo de ética pública, carezcan de los contenidos que, a tenor de la construcción de PECES-BARBA, caracterizan a la ética pública (por ejemplo, si contradicen la prohibición de imponer una determinada ética

³¹⁴ “Claro es [sostiene] que en estas situaciones siempre podría alegarse, como hace por ejemplo PECES-BARBA, que su estatuto jurídico procede de haberse producido de acuerdo con lo que establece el Derecho; afirmación ciertamente correcta. Pero entonces, lo que no se entiende muy bien es qué añade a este positivismo corregido la distinción entre ética pública y privada, puesto que el carácter jurídico de la norma moral en cuestión no dependerá, en definitiva, de su ubicación en uno u otro lado de la línea de división.” (ESCUDERO, Rafael. *Ibid.*, p. 160).

privada, como puede ser una creencia religiosa); pero que a los ojos del poder político de una sociedad sí aparezcan como dimensiones de moralidad pública, al punto de merecer incorporarse al Derecho y ser efectivamente incorporadas a través de los cauces previstos para ello. En tal caso, prosigue Rafael ESCUDERO, sólo caben dos respuestas a esta situación si es que se quiere ser coherente con el positivismo jurídico: (i) afirmar que esas normas son jurídicas, independientemente de que correspondan o no a lo que PECES-BARBA considera como ética pública; y, (ii) afirmar, al mismo tiempo, que esas dimensiones de moralidad no son ética pública por no responder a sus contenidos (verbigracia, con la libertad que prohíbe establecer como Derecho lo que corresponde exclusivamente a la moralidad de las personas). Con la primera respuesta –concluye– se advertiría nuevamente lo superfluo de la distinción entre ética pública y ética privada para definir el ordenamiento jurídico o abordar la relación entre moral y Derecho; con la segunda, se apreciaría que el positivismo corregido de PECES-BARBA requiere de un objetivismo moral, esto es, de un determinado contenido de moralidad “comprobable histórica y racionalmente, y ajeno a las subjetivas y particulares opiniones que al respecto pudieran alegarse”³¹⁵.

Las críticas de Rafael ESCUDERO son, como se advierte, sugestivas. Sin embargo, es posible una lectura distinta del positivismo ético o corregido de PECES-BARBA, a la luz de su modelo de relación entre la moral, la política y el Derecho. Esta lectura permite entender mejor los alcances de su propuesta y nos sitúa en condiciones de responder a las críticas que han sido expuestas. Tanto mejor si es realizada a través de una interpretación sistemática de sus obras:

1º. La distinción entre ética pública y ética privada es efectuada con la finalidad de determinar cómo debe actuar el poder político si quiere ser legítimo y cómo debe organizar su Derecho para ser justo. Es una distinción que, en el modelo teórico de PECES-BARBA, trasciende el problema de la separación conceptual entre moral y Derecho, involucrándose también en otros aspectos de la vida social. Una distinción que no describe la realidad, sino que prescribe cómo debe ser ésta para construir una sociedad bien ordenada, para alcanzar los objetivos que se propone. PECES-BARBA es especialmente explícito al respecto. En “Ética pública-ética privada” (1997), refiriéndose

³¹⁵ Ibid., p. 165.

a la distinción que estipula entre ambas, señala: “el tema se incluye en el ámbito de la reflexión de la Teoría de la Justicia”³¹⁶, por lo tanto, no en el de la Teoría del Derecho. Es decir, no intenta describir el Derecho que *es*, sino el que *debe ser*. Pero más aún, su visión sobre cómo debe ser abordada una Teoría de la Justicia lo lleva a considerar que ésta no sólo debe ocuparse de los requisitos que el Derecho debe cumplir para ser justo, sino también de aquellos que el poder político debe respetar para ser legítimo. Una posición que es anunciada también en su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983)³¹⁷.

La distinción entre ética pública y ética privada no es irrelevante o superflua. Cumple, como más adelante se confirmará, un papel preponderante dentro del modelo de relación entre la moral, la política y el Derecho, así como en el logro de los objetivos que se propone para que una sociedad esté bien ordenada. Es un esfuerzo importante desde un plano renovado del positivismo jurídico para acercarse a una Teoría de la Justicia³¹⁸. Esfuerzo que además, es bueno recordarlo, es hecho también desde plataformas remozadas del iusnaturalismo³¹⁹.

³¹⁶ “Ética pública-ética privada”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XIV, 1997, p. 533. Este artículo ha sido posteriormente publicado con el nombre de “Ética Pública-Ética Privada” en: (i) la separata del libro: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp. 1225-1239; y, (ii) *Dereito*, Volumen 7, N° 1, 1998, pp. 165-182. Aquí se cita tal como aparece en el mencionado *Anuario de Filosofía del Derecho*.

³¹⁷ “Creo que se puede construir una Teoría de la justicia acorde con la relación Derecho y Poder, es decir, una teoría que no reflexione sólo desde el Derecho, sino también desde el Poder. Así el Derecho justo, como Poder legítimo será el primer escalón en la teoría de la justicia.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. Prefacio, 13-14).

³¹⁸ “[E]xisten posiciones positivistas que incluso llegan a proponer contenidos genéricos de justicia vinculados, por ejemplo, a lo que [...] fue denominado como ética pública, y que facilitaría esa dimensión de la eficacia y, por tanto, de forma indirecta, la validez del Derecho. Este tipo de construcciones no desconoce la existencia de Derechos que no incorporan ese tipo de teoría de la justicia. Sin embargo, subraya que se trata de Derechos que no pueden ser considerados como justos y que difícilmente pueden encajar en la tradición histórica del Derecho y de la sociedad moderna. Así, el positivismo en esta variante, ‘la versión renovada del iuspositivismo’, viene a destacar la relevancia, desde un plano ideal, de los sistemas democráticos y de los derechos humanos en el concepto de Derecho. Es decir, sin negar la existencia de Derechos que se producen en sistemas no democráticos o de Derechos que no protegen derechos fundamentales, defiende que un Derecho más correcto es aquel que se origina en un sistema democrático y se caracteriza por la protección de derechos humanos.” (DE ASÍS, Rafael. “El positivismo jurídico”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 316).

³¹⁹ Se habla así, por ejemplo, del “iusnaturalismo deontológico” (aquel que también distingue el Derecho que *es* del que *debe ser*) para diferenciarlo del “iusnaturalismo ontológico” (aquel que identifica Derecho válido con una serie de normas derivadas de ciertas exigencias morales, y con otras normas creadas por el poder político siempre que sean compatibles con aquellas exigencias morales; de lo contrario, no las considera como normas válidas o integrantes de lo jurídico). Sobre el particular y, en

El hecho de que en determinados casos sea difícil establecer con claridad y precisión qué corresponde a la ética pública y qué a la ética privada no es suficiente para quebrantar el modelo. El problema de la indeterminación afecta también a importantes zonas del Derecho (por ejemplo a los derechos fundamentales) y no por eso renunciamos a ellas. El modelo teórico de PECES-BARBA tiene en cuenta este problema. Más aún, admite que la distinción entre ambas expresiones de moralidad no supone separación ni ignorancia mutua³²⁰. Existen temas donde incluso llegan a concurrir pero respetando sus respectivos ámbitos de actuación. En situaciones semejantes la discusión sobre lo que corresponde a la ética pública y a la ética privada –como en cualquier otro caso– se dará en el ámbito moral, como en el político y el jurídico, pero la determinación de su validez como fenómeno jurídico dependerá de su correspondencia con los requisitos materiales y formales que establezca el ordenamiento jurídico para tal efecto.

2º. Para que la ética pública sea un criterio de distinción de lo jurídico necesariamente debe encontrarse positivizada. Lo dice el propio PECES-BARBA. En “Ética pública-ética privada” (1997) afirma: “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.” En otras palabras, “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.)” De esa manera se pretende “hacer compatible la exigencia formal del positivismo: incorporación al Derecho por las vías regladas respondiendo a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, con la aceptación de que el Derecho tiene unos objetivos que alcanzar y que suponen los contenidos de moralidad o de justicia”, contenidos que, tras ser positivizados, “responde[n] a la pregunta ¿qué se manda?”³²¹

general sobre el iusnaturalismo vid: FERNÁNDEZ, Eusebio. “En torno a la necesidad del estudio del Derecho Natural”, en: *Estudios de Ética jurídica*, (Serie de Derecho), Debate, Madrid, 1990, pp. 33-48; y, del mismo autor: “El iusnaturalismo”, en: *Filosofía Política y Derecho*, (Monografías Jurídicas), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 53-63.

³²⁰ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 84.

³²¹ “Ética pública-ética privada”, op. cit., pp. 533, las dos primeras citas, luego: 533-534 y 534, respectivamente.

Posición que es nuevamente reiterada en su ensayo: “Derecho y Poder: El Poder y sus límites” (1999)³²².

3º. PECES-BARBA propone un determinado contenido para lo que considera debe ser la ética pública: el paradigma de la Modernidad, los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, así como los derechos y principios que se derivan de ellos. Pero eso no significa que llegue a sostener que un poder político no puede incorporar al Derecho una ética distinta (sea porque su contenido no coincide o resulte antagónico al de la ética pública que propone, o porque incluso comprenda aspectos que son exclusivos de lo que considera una ética privada). Tampoco afirma que si una moralidad diferente fuese positivizada, entonces carecería de *status* jurídico o estaría destinada a perderlo. Serán las normas de cada ordenamiento jurídico las que lo determinen. Lo que sostiene es: (i) Que el poder político puede asumir e incorporar a su Derecho la ética pública que el autor identifica con el paradigma de la Modernidad; en cuyo caso, ese poder será legítimo y su Derecho justo. Dependiendo del contenido de esa moralidad que se recoja, el poder será uno u otro tipo de Estado de Derecho y su ordenamiento tendrá un mayor o menor contenido de justicia; y, (ii) Que el poder político puede asumir e incorporar a su Derecho una moralidad distinta a la que el autor denomina ética pública; en tal caso, el poder podría resultar ilegítimo y su Derecho injusto, dependiendo del contenido de moralidad que se recoja³²³. En sus *Reflexiones sobre la democracia en España, Experiencias y Reflexiones* (1996), lo aclara perfectamente:

³²² “[L]a moral pública positivizada no contradice la tesis de la separación conceptual, porque se incorpora al Derecho por los cauces de producción normativa (Derecho legal en sentido amplio y Derecho judicial) y actúa como Derecho y no como moral. Sigue siendo conceptualmente distinta del Derecho la moralidad pública crítica [se refiere a aquella que aún no ha sido positivizada] que presiona sobre el Derecho, que critica al Derecho, pero que no es Derecho. Por consiguiente, aún cuando considerásemos que la moral pública está comprendida en el ámbito abarcado por la separación conceptual entre Derecho y moral, a efectos dialécticos, al incorporarse al Derecho, pierde, de alguna manera, su condición de moral y adquiere los rasgos del Derecho. No podríamos hablar en este caso, de separación entre Derecho y moral, sería lógicamente un absurdo.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., pp. 21-22).

³²³ Que un determinado Derecho incorpore dimensiones de moralidad no significa que el papel de la moral desaparezca. Puede ocurrir que los criterios de moralidad legalizados no respondan a una moral buena o correcta (ejemplo, el Derecho nazi). En ése y en cualquier otro caso, siempre quedará habilitada la crítica moral del Derecho. Luis PRIETO SANCHÍS, refiriéndose en ese sentido a la incorporación de los principios morales al Derecho, dice que: “los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico.” (*Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 7, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p. 68).

“Por mi parte, creo que esa ética pública de la modernidad, pero en general cualquier ética de contenidos y de fines, que pretenda orientar un determinado sistema jurídico, es relevante para su identificación [se refiere a la identificación del Derecho], siempre que se positivice por los cauces formales de identificación de normas –órgano competente y procedimiento–”³²⁴.

Si un poder político incorporase una moralidad incompatible o antagónica con el contenido de la ética pública que PECES-BARBA propone, su modelo teórico servirá para valorar y criticar ese poder y ese Derecho, pudiendo ser usado como referente racional para la construcción del sistema jurídico-político que propone. Lo dice expresamente en “Ética, Política y Derecho, El paradigma de la modernidad” (1993)³²⁵.

4º. El problema se presenta cuando nuestro autor usa el calificativo de “necesario” para referirse al nexo entre Derecho y ética pública, sea para señalar que hoy en día no puede perderse de vista que es imposible definir el Derecho sin una referencia a la moral, o para indicar que la validez de una norma jurídica debe determinarse tanto por criterios formales como por materiales –que no son otra cosa que dimensiones de moralidad incorporadas al Derecho–. Esta postura sería aparentemente contraria a aquella tesis positivista que postula una separación conceptual entre Derecho y moral, así como una relación contingente entre sus normas para determinar la validez de lo jurídico. Sin embargo, es posible entender esa referencia de una manera que resulte compatible con las ideas anteriormente expuestas y con aquella tesis del positivismo jurídico. Así, cabe considerar que su uso tiene como propósito significar lo siguiente:

En primer lugar, que el Derecho supone siempre un punto de vista sobre la justicia, razón por la cual todo Derecho es estructuralmente moral; aún aquél cuyas normas sean injustas porque supondrán siempre una opción entre lo justo e injusto, es decir, asumirán un criterio de moralidad. El propio PECES-BARBA lo dice en su ensayo “Sobre el positivismo jurídico” (1999): “todo Derecho tiene una referencia a valores o supone un punto de vista sobre la justicia”³²⁶. Por lo tanto, prescindir de la moral en la

³²⁴ *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., p. 92.

³²⁵ Op. cit., p. 15.

³²⁶ “Sobre el positivismo jurídico”, op. cit., p. 87. Idea que apoya en lo dicho por Eusebio FERNÁNDEZ (Vid: *Ibid*), quien afirma que: el Derecho es estructuralmente moral porque “todo ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia” (“Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?”, op. cit., p. 23). En el mismo sentido se pronuncia ELÍAS DÍAZ: “Todo sistema de legalidad, por de pronto, incorpora y realiza a través de sus normas un determinado sistema de legitimidad [...]. Puede decirse que no hay, pues, legalidad neutra y adiafóra: detrás de todo

definición de lo jurídico sería formular una definición incompleta sobre él porque se estaría dejando de lado un aspecto de su realidad. Sería tanto como olvidar que el Derecho es también un hecho social, una manifestación cultural de la sociedad. No se trataría entonces de afirmar que la moral determina siempre y necesariamente qué normas son jurídicas o no, aún cuando ella no haya sido incorporada al Derecho, sino de indicar que la reflexión sobre lo que es el Derecho resultaría incompleta si es que se omitiese que es también expresión de una moralidad (al igual que sería incompleta si se prescindiera de su condición de ser un hecho social). La reflexión sobre lo jurídico y la definición de lo que es el Derecho tendría que tener entonces, necesariamente, una referencia a la moral. Esta lectura sería susceptible de aplicarse a todo Derecho, sea cual fuere el tiempo y el lugar al que corresponda, porque todo Derecho supondrá siempre una visión sobre la justicia. Ello no significa que pueda brindarse una definición de lo jurídico válida para todos los tiempos y todas las sociedades, pues al ser éste una manifestación cultural, su definición difícilmente podrá escapar de la evolución o de los cambios de la historia.

En segundo lugar, la tesis de PECES-BARBA parte del análisis de la tradición histórica del Derecho y de las sociedades modernas. Tal uso de la razón situada en la historia le permite poner de manifiesto que el ordenamiento jurídico de esas sociedades ha incorporado como jurídicas dimensiones morales expresadas en valores, principios y derechos fundamentales; y que la moralidad, así incorporada a lo jurídico, ha sido constituida como criterio material para determinar la validez de las restantes normas jurídicas. En consecuencia, el Derecho de esas sociedades no puede explicarse, ni definirse sin una conexión necesaria con esa moral que ha sido positivizada; al mismo tiempo que sus normas, individualmente consideradas, tampoco pueden identificarse como jurídicas sin una correspondencia necesaria con los criterios materiales –además de formales– de validez jurídica. A diferencia de la anterior, esta lectura sólo podría aplicarse al Derecho de una sociedad y momento histórico determinados, concretamente a un tipo de ordenamiento jurídico propio de la sociedad moderna. Podría ser utilizada también como referente, como modelo racional para todo ordenamiento jurídico que

Derecho y de todo Estado hay siempre una concepción del mundo, unos u otros valores y por supuesto que, vinculados a ellos, unos u otros intereses.” (*De la maldad estatal y la soberanía popular*, –Colección Universitaria–, Debate, Madrid, 1984, p. 27).

pretendiese adscribirse a ese tipo de Derecho, es decir, en el marco de una Teoría de la Justicia³²⁷.

5°. Finalmente, si bien el modelo de nuestro autor postula un determinado contenido de moralidad (la ética pública de la Modernidad), por lo que parecería conducirnos a un objetivismo moral, es un contenido que se asume por consenso, que jamás se impone (como tendremos oportunidad de verificar). Un contenido que si bien es comprobable histórica y racionalmente, debe ser asumido, determinado y realizado en un espacio público que garantice el diálogo, el respeto por las reglas de juego, el disenso y, en general, una participación del individuo más activa, colectiva y deliberativa en su determinación y realización. Un ambiente que facilite la existencia de diversas ofertas, donde todos puedan, sin excepción alguna y en igualdad de condiciones, intervenir en los debates y deliberaciones que se producen o se puedan producir, etc.

Esta segunda postura jurídica de PECES-BARBA no puede ser calificada como un planteamiento iusnaturalista, por el componente de poder –o de voluntad política– que se mantiene presente para determinar lo que es o no es jurídico. Pero tampoco puede ser calificada de positivista, por lo menos no en el sentido clásico o formal, por la importancia que confiere a la moral en la definición de lo jurídico. En “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante” (1999) lo dice:

“[Mi postura] [s]e diferencia del iusnaturalismo [...] porque no acepta como jurídica a una moralidad que no se incorpore al Derecho con arreglo a esas normas establecidas en la norma de identificación, es decir producidas como Derecho aunque como moralidad sean previas al mismo, por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento de producción preestablecido. Se diferencia del positivismo clásico por esa relevancia que otorga a la moralidad que sitúa como componente necesario del Derecho. No es un adorno, sino que forma parte del contenido esencial de lo jurídico”³²⁸.

Este positivismo ético, dúctil o flexible es una expresión de lo que se ha dado por llamar *positivismo inclusivo o incluyente*; es decir, aquella postura que, considerándose

³²⁷ Así lo entiende también Luis PRIETO SANCHÍS quien, refiriéndose a la relación ética pública-ordenamiento jurídico planteada por PECES-BARBA –a quien cita– dice: “creo que la concepción positivista no impide afirmar, por ejemplo, que ‘la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho y limita y organiza el poder en Estado social y democrático (justicia del Derecho)’ [...], siempre y cuando esta observación se inscriba en una teoría de la justicia o de la legitimidad y a propósito de un Derecho particular. Otra cosa sucede cuando de aquí pretenden deducirse conclusiones generales o universales a propósito del concepto de Derecho o de una obligatoriedad fundada en la presunta moralidad intrínseca del mismo.” (*Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México D. F., 1997, p. 50).

³²⁸ “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 123.

positivista, se abre a la moral³²⁹. En el caso de PECES-BARBA se constituye en una particular *visión tridimensional* de los fenómenos jurídicos, por la relación que encuentra entre éstos con la moral y la realidad social. Una perspectiva que resalta la dimensión axiológica, normativa y fáctica del Derecho. Ésa es la visión jurídica que finalmente asume³³⁰. En ella estas tres dimensiones aparecen presentes en los fenómenos jurídicos. En el exordio de su libro *Derecho y derechos fundamentales* (1993) lo explica. Luego de señalar que su normativismo realista, expuesto en su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983), se ha ido matizando, corrigiendo y completando por una apertura a la moral, en particular por la ética pública de la Modernidad, confirma que la perspectiva tridimensional es el punto de vista integral para analizar el Derecho³³¹:

“Me parece razonable [nos dice] escoger como dimensión central para definir al Derecho su consideración como sistema normativo u ordenamiento jurídico, con lo que descarto las reducciones exclusivamente sociológicas y axiológicas que desembocan en puntos de vista parciales. Es necesario, sin embargo, añadir inmediatamente que la dimensión normativa debe considerar, por un lado, la realidad social y, por otro, los valores y fines del Derecho, la moralidad pública de la modernidad, para abarcar integralmente todo el fenómeno jurídico. Es un normativismo abierto que disiente de una estricta teoría pura del Derecho, tal como es presentada por Kelsen.”³³²

Al afirmar la dimensión *fáctica*, o la realidad social del Derecho, se hace referencia a la existencia del fenómeno jurídico en la sociedad; esto es, a que el Derecho es un hecho, una realidad, que existe en la sociedad humana y que adquiere sentido dentro de ella. Implica advertir que el Derecho es una expresión cultural y que, como tal, influye en la realidad social y ésta en la formación del Derecho.

Decir que el Derecho presenta una dimensión *valorativa* importa reconocer que es el resultado de determinadas opciones axiológicas; pero, al mismo tiempo, que puede

³²⁹ Vid: ESCUDERO, Rafael. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico, El debate sobre la incorporación de la moral*, op. cit., p. 71 y siguientes.

³³⁰ De manera similar, Liborio L. HIERRO afirma: “Tengo la impresión de que la teoría del Derecho de Peces-Barba se inscribe en esta orientación positivista-incluyente” (“En busca del arca perdida: Diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 658).

³³¹ “Es la visión en la que me he venido situando en estos años [se refiere a su concepción del Derecho], con matizaciones y correcciones respecto a la que se desprende de la ‘Introducción a la Filosofía del Derecho’ de 1982 [1983], aunque con una fundamental lealtad a esa idea abierta, que he llamado normativismo corregido, situado en una perspectiva positivista, completada por un interés para el Derecho de la moralidad pública de la modernidad, en la que los derechos fundamentales ocupan un papel central.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 12).

³³² Ibid., p. 13.

actuar como criterio para valorar las conductas de los individuos. Las normas jurídicas serán así el resultado de opciones valorativas y, al mismo tiempo, parámetros para evaluar los comportamientos de los sujetos sometidos a ellas.

Considerar al Derecho como un sistema *normativo* u ordenamiento jurídico significa verlo como un conjunto de normas –o también de grupos de normas– que guardan ciertas relaciones entre sí y que expresan un deber ser, a través de las cuales se consideran determinadas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas, para alcanzar ciertos objetivos, y detrás de las cuales existe una voluntad que las crea y sostiene.

Conforme lo considera el propio autor, esta construcción del positivismo parece responder bastante bien al funcionamiento real de la actual maquinaria jurídica, lo que para una construcción teórica no es siempre habitual. No parte de un fetichismo fanático del valor de la ley, sino que es compatible con planteamientos interpretativos abiertos y flexibles a valores, derechos fundamentales y otros principios³³³.

“Así, el positivismo hoy se detecta porque coincide que detrás de toda norma, principio o regla existe siempre una voluntad, lo que supone afirmar la relación necesaria entre Derecho y poder; porque la moralidad pública, que es componente necesario del fenómeno jurídico, no es directamente Derecho por ser moralidad, sino porque se incorpora al sistema jurídico por las vías establecidas de los operadores habilitados por la norma fundante básica de identificación de normas. Es además, previamente, ética política asumida por el poder, hecho fundante básico del Derecho. De esta forma, frente a la tesis de la única respuesta correcta, el positivismo se identifica por la pluralidad de respuestas posibles a los casos difíciles, dentro del sistema es la tesis de la discrecionalidad de los jueces”³³⁴.

³³³ Vid: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 125.

³³⁴ PECES-BARBA, Gregorio. “Sobre el positivismo jurídico”, op. cit., p. 88.

La cuestión de la discrecionalidad de los jueces se encuentra vinculada con el problema del concepto de Derecho, dando lugar a diversas soluciones para la primera, en función de la aproximación que se tenga sobre la segunda, o viceversa. Es el caso del no positivismo principialista que, a diferencia del positivismo metodológico, niega la discrecionalidad de los jueces o por lo menos lo matiza radicalmente. La tesis de la discrecionalidad judicial no legitima la arbitrariedad, sino que reconoce las limitaciones del Derecho al no regular todos los casos posibles, abriendo paso a la decisión del juez para resolverlos sobre la base de una adecuada argumentación y motivación. Los debates se centran en torno a la determinación de los parámetros y del procedimiento argumentativo que se debe seguir para no incurrir en arbitrariedad, en su incidencia sobre el concepto del Derecho, y viceversa, entre otros problemas importantes.

En la actualidad los dos representantes más importantes del no positivismo principialista son Ronald DWORKIN y Robert ALEXY, como representantes de la cultura jurídica anglosajona y de la Europa continental, respectivamente. Sus planteamientos, no obstante, presentan sendas diferencias. Alfonso GARCÍA FIGUEROA destaca: “la diversa concepción de la discreción judicial que ambos mantienen. Ronald Dworkin mantiene la tesis de la única respuesta correcta, esto es, sostiene que existe una única respuesta correcta a nuestros interrogantes prácticos y, por tanto, jurídicos. Por el contrario, Alexy no comparte esta tesis plenamente. Según este autor, no existe una única respuesta correcta, sino una pluralidad de posibles

respuestas correctas que, mediante la determinación de un campo de ‘posibilidad discursiva’, excluyen las respuestas incorrectas. La teoría de la argumentación jurídica de la que es máximo representante se asienta precisamente sobre la necesidad de guiar la discreción judicial y, en ese sentido, sus tesis presentan un aspecto mucho más conciliador con la tesis de la discreción judicial que la teoría de Dworkin, en franca oposición a ella. Sin embargo, esta apariencia conciliadora de la teoría de Alexy debe ser matizada porque, a pesar de su rechazo del holismo, el resultado de su propia teoría es próximo al de Dworkin, dado que Alexy mantendrá una concepción del [D]erecho a partir de lo que él denomina el ‘lado activo del [D]erecho’, es decir, a partir de los procedimientos.” (*Principios y positivismo jurídico, El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 58-59).

CAPÍTULO II

LA CONCEPCIÓN SOBRE LA PERSONA Y LA DIGNIDAD HUMANA

Homo homini sacra res: “El hombre es cosa sagrada para el hombre” (Lucio A. SÉNECA).*

“Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (Immanuel KANT).*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La reflexión sobre el ser humano es importante porque la idea que se tenga acerca de él es determinante –entre otros aspectos– para la orientación que adopte la moral, la política y el Derecho, para la aplicación de esos órdenes en la realidad y la organización de la vida social. Los fines que en ésta se persiguen están muy condicionados por esa idea. Es decisiva también para una teoría sobre los fenómenos que suscitan, como el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales, así como para su realización y operatividad práctica. Basta con pensar en las diferencias que existirían, a nivel ético, político y jurídico, si se partiera de considerar que cada hombre y mujer es un sujeto valioso, único, que trasciende a cualquier colectividad y al propio Estado; o si, por el contrario, se considerase que su importancia radica en pertenecer a una comunidad, en ser parte de un todo: familia, clase, nación, etc. Mientras en el primer caso resultarían ilegítimos los actos de poder que los trataran como simples medios, a pesar de pretender asegurar el bienestar de los demás; en el segundo no lo serían si se orientasen al desarrollo de la comunidad, a la satisfacción del interés general. Mientras en aquel caso

* *Cartas Morales a Lucilio*, (Biblioteca Clásica), introducción, traducción y notas de Ismael Roca Melía, Gredos, Madrid, 1986, dos volúmenes, p. 133.

* *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, (1785), (Humanidades), traducción y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 116. La cursiva no es mía.

resultaría valioso que la comunidad se condujese a favor del ser humano; en éste resultaría coherente que el interés de cada hombre o mujer quedase subordinado al bienestar de su comunidad. Tal diferencia de perspectivas influiría en la interdicción de la arbitrariedad, la organización democrática de las instituciones, las políticas públicas, la regulación de los derechos fundamentales y, en general, en la forma de ejercer el poder y el contenido de justicia del Derecho. Temas todos ellos tan relevantes para la construcción y el fortalecimiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática. Dependiendo de la concepción que se tenga sobre el ser humano se tendrá una sociedad, un Estado y un Derecho completamente distintos, un ámbito de realización de su humanidad o una organización que dificulte su desarrollo, si es que no lo somete y domina¹.

Desde PLATÓN a LOCKE, pasando por ARISTÓTELES, Santo Tomás DE AQUINO y HOBBS, continuando con HUME, KANT y varios otros pensadores desde la Antigüedad hasta nuestros días, se ha abordado directa o indirectamente la pregunta: ¿qué es el ser humano?, ¿en qué consiste su naturaleza? Posiblemente no haya asunto filosófico que se preste a más consideración que el de la condición humana. Cada época de la historia y cada cultura presentan distintas ideas, aunque suelen estar dominadas por alguna de ellas. No fue la misma la que se tuvo en el mundo antiguo o medieval que en la época moderna, como tampoco es igual la que se tiene en la cultura occidental respecto de otras civilizaciones de la actualidad². No existe una definición única y simple. Hay muchas concepciones y variables a su alrededor que la hacen un concepto controvertido y difícil de abarcar. La concepción que se siga influirá en su concepto. Por ejemplo, si creemos

¹ “Sin una concepción de lo que es ser humano no se puede decir mucho de las sociedades o las prácticas humanas. En muchísimas ocasiones, esos supuestos están meramente implícitos en la actividad de las diversas disciplinas intelectuales. Sólo los grandes pensadores pueden hacerlos explícitos. Pero la historia, la antropología social, la sociología y la política, por citar sólo las más evidentes, avanzan todas ellas con alguna idea sobre la naturaleza humana.” (TRIGG, Roger. *Concepciones de la naturaleza humana, Una introducción histórica*, segunda edición, traducción de Guillermo Villaverde, Alianza Editorial, Madrid, 2001, p. 14).

² José LLOMPART señala, por ejemplo, que, a diferencia de lo que ocurre en occidente, en la cultura oriental, específicamente en la japonesa: “[e]l hombre no se distingue claramente de la naturaleza que le rodea; está en ella. La enorme y ‘esencial’ diferencia entre un Creador y las criaturas no existe. Con eso, la diferencia entre lo sagrado y lo profano queda difuminada por completo. No se dice ‘castigo de Dios’, sino ‘castigo del cielo’ (*tenbatsu*). Pero el ‘cielo’ o sea el ‘*tao*’ (en japonés: *ten*) no es un dios personal, ni tampoco un dios cristiano al que se le ha quitado la personalidad. Es una cosa muy distinta.” (“El concepto de persona en el Derecho japonés”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, N° 40, 1999, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 422).

que el ser humano tiene vinculación con Dios o que existe vida después de la muerte, seguramente llegaremos a una definición distinta en comparación de quienes lo reducen a dimensiones materiales o consideran que no es más que otra especie animal producto de la evolución. El conflicto entre verlo como poseedor de ciertos rasgos terrenales que lo diferencian del resto de la naturaleza y verlo como un ser que además posee dimensiones trascendentes, es la versión moderna de un eterno debate entre filósofos³. Esta pluralidad explica la existencia de distintas antropologías. Cada una brinda su respuesta desde el pensamiento filosófico que la subyace. La racionalista considera que el ser humano es principalmente razón; la materialista niega el espíritu y afirma que es sólo una realidad física; la conductista lo reduce a un animal superior, sin alma espiritual; la biológico-evolucionista estima que su naturaleza es cambiante, producto de la evolución; la idealista afirma que, en esencia, es idea, espíritu, confinando a un segundo plano su dimensión material; la religioso-cristiana que además de poseer cuerpo, alma o espíritu, es un ser creado y redimido por Dios; etc.

Las dificultades no quedan allí. El ser humano posee una pluralidad de dimensiones que lo hacen un ser complejo. Si bien se le ha prestado atención desde todos los ángulos en que puede contemplarse, su complejidad ha hecho que sea analizado de manera segmentada. La biología y la medicina observan su salud y desarrollo corporal; la política su calidad de integrante de la sociedad; la psicología su subjetividad, potencialidades y procesos intelectuales; la ética, la sociología y demás disciplinas: las normas que rigen su comportamiento, sus relaciones, tendencias y necesidades, sus actos y estados en constante variación, etc. Todas ellas arrojan datos y conclusiones que lo explican; sin embargo, ninguna logra agotar todo lo que es o lo que puede llegar a ser. Incluso si se incluye una pluralidad de variables, la singularidad y complejidad de los individuos concretos, las diferencias que existen entre sí (no en su condición humana, que es igual, sino en sus modos de actuar, de sentir, de pensar, etc.) hace que sea imposible abarcar todas sus particularidades. Las reflexiones y conclusiones sólo pueden ser abiertas y perfectibles, susceptibles de desarrollos mayores.

³ Para efectos de este trabajo dejaremos de lado la posibilidad, no verificada, de que existan otros seres no humanos con capacidades similares a la humana: para razonar, autonormarse, crear cultura, etc. De verificarse esa posibilidad, el problema de la dignidad y su discurso tendrían que extenderse también a esas otras formas de vida.

Además, las ideas acerca de él son, en esencia, filosóficas. No necesariamente el resultado de hechos verificables o científicamente comprobados, sino concepciones generales a las que se llega mediante la reflexión y la argumentación racional. Pueden ser incluso discutibles, o estar circunscritas a una tradición cultural fuera de la cual podrían carecer de sentido. A pesar de eso, las teorías a las que dan lugar determinan la imagen que se tiene sobre el ser humano, y el sólo hecho de que la razón humana sea capaz de hacer reflexiones de ese tipo ya nos dice algo sobre su naturaleza.

Todas estas dificultades tienen que ser consideradas a la hora de reflexionar sobre su condición. También al momento de estudiar las teorías que se formulen acerca de él. Ellas influyen en el contenido de éstas y delimitan la validez de los análisis, propuestas y conclusiones. Teniéndolas como presupuesto, la reflexión sobre el ser humano se aborda aquí desde una perspectiva filosófica; más precisamente, vinculada a la moral, la política y el Derecho.

PECES-BARBA no es ajeno a esta reflexión. Convencido de que “[l]a antropología es clave y su relación con la filosofía jurídica importante”, en su pensamiento hay también una idea sobre el ser humano, una manera de entender su relación con los demás y un camino para su realización integral⁴. Una antropología humanista de “respeto y confianza moderada en el hombre desde un optimismo realista”⁵; es decir, que expresa confianza en las virtudes y capacidades del ser humano, pero no pierde de vista sus vicios y defectos, tanto individuales como sociales; que defiende la importancia de la razón para orientar su emancipación integral y la ordenación justa de las sociedades, sin desconocer que es una tarea que día a día debe lograrse, que requiere de lucha y esfuerzos constantes. No es un optimismo ingenuo, como el que tuvieron algunos liberales o revolucionarios que consideraron que esos objetivos se alcanzarían con la sola expansión de sus ideales, junto con la autodeterminación de cada individuo; ni un pesimismo impaciente, como el de algunos totalitarismos, que tras reducir al ser humano a sus intereses egoístas, estimaron que la ordenación equitativa de las sociedades sólo podría lograrse con la fuerza del Estado o de sus comunidades.

⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 225, nota a pie de página N° 9.

⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “El desarrollo político como desarrollo humano”, op. cit., pp. 91-92.

Este capítulo está dedicado a analizar la concepción sobre la persona y la dignidad humana en el pensamiento filosófico de PECES-BARBA. Ello se debe a que es la piedra angular sobre la cual descansa todo su edificio teórico. En ese sentido, empezaremos por la aproximación humanista que la subyace, continuaremos con los fundamentos en los que la sustenta y finalizaremos con la posición que asigna al ser humano en relación con la moral, la política y el Derecho, en su influjo para la construcción y fortalecimiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática: una sociedad bien ordenada.

II. UNA CONCEPCIÓN HUMANISTA SOBRE LA PERSONA Y LA DIGNIDAD HUMANA

El humanismo encierra el interés por el ser humano y su desarrollo en todos los aspectos de la vida. Sin embargo, el vocablo “humanismo” puede dar lugar a significados distintos. Algunos consideran que debe excluir toda referencia a lo sobrehumano, a lo trascendente, incluso que debe ser antirreligioso; otros piensan que un humanismo centrado exclusivamente en lo terrenal es falso, incompleto, por no considerar todas las dimensiones de la humanidad⁶. Hay además un humanismo clásico, otro cristiano, un humanismo liberal, otro socialista, etc.; sin que se agoten allí todas sus posibilidades, o carezcan de conexiones entre sí. Para dejar abierta la discusión sobre cuál sea su correcto sentido (pues pueden desarrollarse diversas definiciones dependiendo de los presupuestos de los que se partan), asumamos aquí que el humanismo tiende esencialmente a hacer al ser humano: “más verdaderamente humano y a manifestar su grandeza original haciéndolo participar en todo cuanto puede enriquecerle en la naturaleza y en la historia”; busca que el ser humano “desarrolle las virtualidades en él contenidas, sus fuerzas creadoras y la vida de la razón, y trabaje para convertir las fuerzas del mundo físico en instrumentos de su libertad.”⁷ De esa manera, el humanismo es inseparable de la civilización o de la cultura y puede comprender diversas posturas, desde las que dan lugar a una antropología antropocéntrica hasta las que desarrollan una antropología

⁶ Vid: MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral, Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, traducción de Alfredo Mendizábal, Ediciones Palabra, Madrid, 1999, pp. 29 y 55.

⁷ MARITAIN, Jacques. *Ibid.*, p. 27, ambas citas.

teocéntrica inclusive. El pensamiento filosófico y jurídico de nuestro autor, al igual que su acción social y política, responden en ese sentido a una aproximación humanista⁸. Su antropología no es la excepción. Ella se erige en torno a tres elementos que se van consolidando y perfeccionando a lo largo del tiempo: (i) la interrelación entre la idea de persona y la eminente dignidad que le corresponde; (ii) una concepción personalista, comunitaria y abierta a la trascendencia; y (iii) una concepción antropocéntrica secularizada que resulta compatible con una perspectiva laica, pero también con la aproximación religiosa de cada persona.

1. El ser humano concebido como persona y la eminente dignidad que le corresponde

PECES-BARBA no realiza una reflexión abstracta y general sobre el ser humano, sino un análisis aplicado a la vinculación que presenta con la moral, la política y el Derecho, al puesto que le corresponde en una sociedad libre y bien cohesionada. Una delimitación metodológica que, además de reflejar un propósito mayúsculo, es pertinente con las principales interrogantes antropológicas propias de su disciplina: la Filosofía Moral y Política aplicadas al Derecho. El primer elemento con el que erige su antropología humanista está integrado por dos ideas que se encuentran íntimamente relacionadas: Concibe al ser humano como persona –a lo largo del conjunto de su obra– relacionándolo con la idea de dignidad⁹. Una vinculación que puede encontrar explicación en los orígenes y evolución de la palabra “persona”.

⁸ Lo acepta el propio PECES-BARBA: “De la práctica jurídica como abogado y también de la lucha por la Democracia saqué una experiencia que fortaleció mi vocación universitaria, y también una confirmación de la necesidad de una Filosofía jurídica y política humana y de una sociedad donde los hombres pudiesen vivir libres y en paz. Esa utopía ha sido siempre motor ético que explica los fundamentos de mi vocación como profesor.” (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, Prefacio, op. cit., p. 12).

⁹ Véase como ejemplos sus trabajos: (i) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General* (1973), op. cit., pp. 72 y 121-122; (ii) “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios” (1978), op. cit., p. 245; (iii) “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–” (1988), op. cit., p. 219; (iv) *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (1993), op. cit., pp. 61 y 62; (v) “El socialismo y el derecho al trabajo” (1990), op. cit., p. 415; y, (vi) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (1995-1999), op. cit., p. 348; etc.

1.1. Ser humano, individuo y persona. El significado de ser persona

En la Antigüedad la palabra *persona* –del latín *per-sonare*–, lo mismo que su equivalente griego *prósopon* –en su acepción de careta o máscara–, vino a designar, desde su significación material del instrumento de uso teatral, a los personajes representados en el teatro que ostentaban cierta importancia –los *dramatis persona*–¹⁰. Posteriormente pasó a designar a quienes tenían algún título o cumplían alguna función preeminente en la sociedad, para después extenderse y comprender a quienes eran titulares de situaciones normativas. En este período no todos los seres humanos eran considerados personas. En la época romana más antigua, por ejemplo, se usaba la palabra *homo* para designar al ser humano. Luego pasó a usarse la palabra “persona” para calificarle, pero sólo si además era considerado un sujeto de Derecho. El esclavo no era considerado persona, pero tampoco animal o cosa, simplemente era un *homo*, un ser humano, lo cual refleja que se trataba de categorías distintas¹¹. Se trata de una

¹⁰ Se suele buscar el origen de la noción de persona en la voz latina “persona” –o *per-sonare*– y ésta se considera equivalente de la griega *prósopon*, que, como helénica se toma por anterior a la latina. Es lo que sucede con Victorino RODRÍGUEZ, quien lo considera así en su obra: “La dignidad del hombre como persona” (en: AA. VV. *Dignidad de la persona y derechos humanos*. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, Universidad Pontificia de Santo Tomás de Manila, Madrid, 1982, p. 10). No obstante, hay quienes discrepan de que la palabra “persona” provenga etimológicamente de *per-sonare*. Es el caso de José LLOMPART en su trabajo: “El concepto de persona en el Derecho japonés” (op. cit., p. 402). Sin perjuicio de ello, el término *prósopon* fue usado en la Antigüedad para referirse al rostro, pero también para indicar la faz del sol o de la luna, y en algún lugar se refiere también al hombre, a su cara pero en otro incluso al de los animales. En algún momento llega a coincidir con la voz latina: *la máscara*, por ejemplo, la máscara trágica o cómica de los actores. De allí se derivan las significaciones de “papel” o “personaje” y posteriormente “persona”. Julián MARÍAS considera que es posible, aunque no es seguro, que la significación de *prósopon* como máscara se deba a una influencia del latín “persona”, y que esta palabra de etimología dudosa sea probablemente etrusca (vid su trabajo: *Antropología metafísica, La estructura empírica de la vida humana*, Revista de Occidente, Madrid, 1970, pp. 41-42).

¹¹ Así, en las *Instituciones* de GAYO (siglo II), la palabra *homo* es utilizada en sentido de esclavo (*servus*), también en sentido general añadiéndosele un adjetivo (*homines liberi, omnes homines*) y en la cita de textos antiguos en los que todavía no se usaba la palabra “persona”. Ésta sólo es utilizada allí para referirse al ser humano cuando se trata de relaciones jurídicas, específicamente para expresar su condición de titular de derechos: en la sociedad, en la familia, etc. No es utilizada para referirse al esclavo, pues éste era considerado sólo como *homo*, no como persona (aunque tampoco era considerado *res* o cosa ya que, si bien carecía de capacidad jurídica propia, se le permitía celebrar negocios para su *dominus*, tener una zona económica más o menos limitada –el *peculium*– y casarse respetando los impedimentos biológicos, etc.). Se trata de una explicación histórica. (GAYO. *Instituciones*, reimpresión a la primera edición, nueva traducción por Manuel Abellán Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve, coordinación general y prólogo de Francisco Hernández Tijero, Civitas, Madrid, 1990, vid, como ejemplo, I, 9 y siguientes; III, 164 y siguientes; y II, 86 y siguientes).

explicación histórica que no justifica, en lo absoluto, tratamientos injustos¹². Con el tiempo, la palabra “persona” terminó designado a todo ser humano y vincularse con la idea de dignidad¹³. Éste es el significado que ha perdurado hasta la actualidad. Desde las primeras codificaciones, la configuración de las constituciones modernas y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se ha instalado en el plano axiológico como en el político-jurídico, a nivel nacional e internacional, la equivalencia entre “persona”, “individuo” y “ser humano”, junto con su correlativo dignidad¹⁴. Es un uso que sigue PECES-BARBA –y que mantenemos en este trabajo–, aunque suele haber preferencia por el vocablo “persona”. Lo explica Abelardo LOBATO:

“En nuestros días hay una preferencia por el nombre de *persona* para designar al ser humano. Estamos viviendo la hora de los personalismos que han querido rescatar la dignidad del sujeto singular de todos los atropellos a los que la han sometido las ideologías de una y otra tendencia. Esta preferencia está fundada. Hay que tener en cuenta que el hombre necesita en sus procesos de comprensión partir de una totalidad, aunque se le dé de un modo confuso. Hay una concepción global del ser humano existente, en su condición de singularidad, con el encanto y la sorpresa de don y regalo que implica toda vida humana, que sólo se designa bien con nombre personal. El sujeto

¹² Que en otros tiempos algunos seres humanos no fuesen considerados personas no significa que esa circunstancia no haya sido injusta. La historia sirve para explicar los acontecimientos, no para justificarlos. La justificación tiene que encontrarse en la moral (en el sentido de ser una justificación susceptible de ser aceptada por todos), a través de la razón, aunque pueda estar situada en la historia.

¹³ Lo explica muy bien Santo Tomas DE AQUINO: “como en las tragedias y en las comedias se representaban ciertos hombres célebres; el nombre de persona ha sido empleado, para designar personajes investidos de dignidad: y de aquí nació la costumbre de llamar personas en las Iglesias á [sic] los constituidos en alguna dignidad. Por cuya razón algunos definen la persona, diciendo que ‘es una hipóstasi, que se distingue por la propiedad inherente á una dignidad’. Y, puesto que es de gran dignidad el subsistir en naturaleza racional, se da el nombre de persona á todo individuo racional.” (*Suma Teológica*, op. cit., Tomo I, Cuestión XXIX, Artículo III, Respuesta al punto 2º, p. 261).

¹⁴ Lo acreditan, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su artículo 1.2, dice: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; y el uso indistinto que se hace de estos dos términos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales donde se utiliza casi en exclusividad el término “persona” para referirse al ser humano. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos utiliza mayoritariamente el término “individuo” para referirse al ser humano, pero también recoge la palabra “persona” como sinónimo. Por otro lado, la vinculación de la dignidad con el ser humano, o con su condición de persona, así como su elevación a una posición preeminente, también se encuentra acreditada. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, partiendo de considerar en su Preámbulo: “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de la familia humana”, proclama en su artículo 1º que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –entre otros instrumentos internacionales– efectúa reconocimiento similar. Por su parte, la Constitución Española de 1979 establece que: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social” (artículo 10.1). Y la Constitución italiana de 1947 (artículo 3º), así como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (artículo 1º), entre otras, expresan similar reconocimiento.

humano tiene un nombre propio, un rostro, una realidad irrepetible. Esto sólo lo dice en plenitud la palabra *persona*.” “La persona designa el modo noble de ser, la dignidad más alta.”¹⁵

Determinar lo que significa ser persona es, sin embargo, una de las cuestiones más difíciles y elusivas de la historia de la filosofía, quizás por su propia asociación con la naturaleza humana o porque se han producido diversas maneras de interpretarla y de estudiarla. No existe una idea única sobre ella. Si a eso se agrega que en ciertos ámbitos es usada para designar entidades distintas a la humana –como ocurre con la llamada “persona jurídica”–, el problema se acrecienta¹⁶.

En nuestra cultura occidental –aunque sin agotarse en ella– la palabra “persona” se contrapone a la de “animal” o “cosa”. Se vincula con “individuo” pero –en estricto– no se identifica con él: la individualidad alude a una realidad indivisa en sí misma y distinta a las demás, por lo que si bien toda persona es un individuo, no todo individuo es persona (dependiendo del género al que pertenezca puede hablarse de individuo humano, individuo animal, etc.). Se aproxima a “ser humano” pero estrictamente tampoco se le superpone; no sólo porque es usada para designar también otras entidades (como las personas divinas o angelicales en el ámbito religioso), sino porque lo califica de manera especial cuando se refiere a él. Mientras el término “ser humano” linda con el mundo de la naturaleza, de la pura existencia; el vocablo “individuo” resalta su singularidad, su sustancia individual frente a cualquier otra realidad. En cambio, la palabra “persona” lo relaciona con la civilización, con un conjunto de valores éticos, políticos, jurídicos, etc.

Hablar de “persona humana”, o simplemente de “persona” para referirse al ser humano (que es el sentido que se le da en este trabajo), añade algo a “persona”, pero también a “humano”. El ser humano recibe una determinación importante cuando se le

¹⁵ “La dignidad del hombre y los derechos humanos”, en: AA. VV. *Dignidad de la persona y derechos humanos*. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, Universidad Pontificia de Santo Tomás de Manila, Madrid, 1982, pp. 95 y 96, respectivamente.

¹⁶ Incluso hay quienes distinguen entre una noción filosófica y una noción jurídica de la persona, como lo hace José A. DORAL: “Una es la concepción filosófica de la persona humana, a que debe acudir para encontrar el significado fundamental, y otra distinta la concepción jurídica, que tiene en cuenta las circunstancias mudables.” “Es incuestionable que el concepto jurídico de persona –‘sujeto de derechos y obligaciones’– es un concepto instrumental, y, en esa medida, un dispositivo técnico.” “El concepto filosófico es más abarcante, excede el ámbito de lo jurídico, trasciende el reducto de la titularidad jurídica, de esa cualidad personal de sujeto de derechos, para remontarse a lo que es la persona por su misma naturaleza.” (“Concepto filosófico y concepto jurídico de persona”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas, Volumen II, 1975, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 114, las dos primeras citas, y 115 la última).

considera persona (porque se le asocia con un eminente valor, con un proyecto de personificación, de realización integral, etc.); y la persona recibe una significación no menos importante cuando se le considera humana (porque se le asocia con los diversos aspectos y circunstancias de esa condición)¹⁷.

Suele utilizarse la palabra “persona” para designar al ser humano con el propósito de expresar todo lo que *es*, o mejor aún, de indicar *quién es*. Se pretende comprender con ella *todas* las dimensiones de su humanidad: su individualidad, esencia, autonomía, libertad, racionalidad, sociabilidad, etc.; incluso su espiritualidad o religación divina para quienes lo vinculan con dimensiones trascendentes (con Dios, con lo que va más allá de lo terrenal o simplemente racional), integradas todas ellas en una *unidad*. Su antecedente más célebre se encuentra en la definición que Anicio M. T. S. BOECIO da sobre el ser humano: *individua substantia rationalis naturae*: “sustancia individual de naturaleza racional”. Por “sustancia” se entiende lo que tiene el ser por sí mismo, lo que le determina en su esencia; se opone a “accidente”: lo que tiene el ser en otro (las dimensiones físicas, el lugar, etc.). La “sustancia individual” alude entonces a una realidad indivisa en sí misma y distinta de las demás realidades. La racionalidad hace referencia a la capacidad de pensar, aprender, de construir conceptos generales, etc.¹⁸ Al considerarse a la persona como una sustancia individual de naturaleza racional, se hace referencia, por un lado, a todas las dimensiones esenciales que lo caracterizan como individuo y, por otro, a su capacidad racional que lo distingue de otras sustancias

¹⁷ Una determinada antropología integral y optimista sobre el ser humano, vinculada a dimensiones trascendentes, ofrece la siguiente explicación de lo que significa ser persona: “Cuando decimos que un hombre es una persona, queremos decir que no es solamente un trozo de materia, un elemento individual en la naturaleza, como un átomo, una espiga de trigo, una mosca o un elefante son elementos individuales en la naturaleza. [...]. El hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y más elevada, sobreexiste espiritualmente en conocimiento y amor. Es así, en cierta forma, un todo, y no solamente una parte; es un universo en sí mismo, un microcosmos, en el cual el gran universo íntegro puede ser contenido por el conocimiento, y que por el amor puede darse libremente a seres que son para él como otros ‘él mismo’ – relación a la cual es imposible encontrar equivalente en todo el universo físico. [...].”

La noción de personalidad implica así las de totalidad e independencia. Por indigente y aplastada que esté una persona es, como tal, un todo, y en tanto que persona subsiste de manera independiente. Decir que el hombre es una persona, es decir que en el fondo de su ser es un todo, más que una parte, y más independiente que siervo. [...]. La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar su plena realización; su patria espiritual es todo el universo de los bienes que tienen valor absoluto, y que reflejan en cierto modo, un absoluto superior al mundo, hacia el cual tienden.” (MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*, –1945–, traducción de Héctor F. Miri, Leviatán, Buenos Aires, 1982, pp. 12-13).

¹⁸ *De persona et duabus naturis*, en: *Patrologie Latine*, tomo. 64, capítulo III.

individuales no racionales¹⁹. Es un sentido afin a los planteamientos de PECES-BARBA. A pesar de que utiliza como equivalentes los términos “persona”, “hombre”, “individuo” y “ser humano”, tal idea se encuentra presente en sus reflexiones. Lo está cuando al referirse a los rasgos que definen la condición humana alude a los “elementos físicos, biológicos y psicológicos que configuran, en su *totalidad*, al ser humano”²⁰; cuando al teorizar sobre su dignidad reconoce que puede ser abordada también desde perspectivas trascendentes que destacan su espiritualidad²¹; y cuando al tratar sobre su dimensión social resalta su valor, su unidad, afirmando que “[e]l hombre es *único*”²². La postura que este sentido encierra se opone a aquellos planteamientos que reducen al ser humano a alguna de sus dimensiones, olvidándose de otras que también constituyen su humanidad (como ocurre con el esquema dualista cartesiano que reduce su ser a su conciencia o razón, relegando su corporalidad a un segundo plano, como si fuera una cosa más del mundo exterior²³). Se enfrenta a los que pretenden desconocer la calidad de persona de aquellos individuos humanos que todavía no tienen, no han desarrollado o han perdido alguna cualidad que consideran relevante para que sea calificado como tal. Si bien las potencialidades o capacidades humanas son rasgos que la caracterizan, no son elementos que constituyen a la persona. Basta con ostentar la condición humana para serlo²⁴. Por

¹⁹ Vid: Ibid.

²⁰ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 60. La cursiva es mía.

²¹ *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, (2002), segunda edición, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p. 15. Esta segunda edición reproduce prácticamente de manera inalterada el contenido de la primera edición de 2002. Aquí citaremos siempre la segunda edición.

²² *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 62. La cursiva es mía.

²³ “Conforme a este esquema [se refiere al esquema dualista cartesiano] se produce una ruptura entre la *razón* y el *cuerpo*, que da lugar a dos conceptos equívocos: la reducción *espiritualista* de la persona, y la reducción *fisicista* del cuerpo. De esta manera, el cuerpo no es algo que la persona *es*, sino algo que ella *tiene*, es un mero instrumento al servicio de los ‘valores racionales’. La realidad corporal del hombre –vida, salud, enfermedad, su condición moral– entran en consecuencia en la categoría de cuestiones técnicas. La dimensión corporal del hombre queda así reducida a la categoría de *cosas*, es decir, de puros materiales sujetos a criterios de eficiencia y utilidad.” (ANDORNO, Roberto L. “Incidencia de la fecundación ‘in vitro’ sobre la distinción entre personas y cosas”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, N° 26, 1992, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 16).

²⁴ “No hay personas potenciales; las personas tienen potencias, capacidades. Las personas pueden desarrollarse, pero ninguna cosa se transforma en una persona. Alguien no llega a ser tal por la vía de procedencia a partir de algo. Si la personabilidad fuera un mero estado, entonces podría llegarse a ser tal, gradualmente o por etapas; pero, si una persona es alguien que puede atravesar por varios estados y experimentar varias disposiciones, entonces la persona es siempre anterior a tales estados. La persona no es el resultado de un cambio, sino, de una generación, como las sustancias de Aristóteles. La persona *es* sustancia, porque la personabilidad o el ser personal es el modo en que el ser humano es. La persona, ni comienza a existir con posterioridad al ser humano, ni cesa de existir antes que éste.” (SPAEMANN, Robert. “¿Es todo ser humano una persona?, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las

eso esta postura proclama que todo ser humano es persona y que su cabal comprensión sólo puede lograrse mediante una concepción que supere los reduccionismos, abordando la totalidad y unidad de su condición; es decir, a través de una antropología integral²⁵.

También suele utilizarse la palabra “persona” para expresar lo que el ser humano *será* o lo que puede llegar a ser, para manifestar su condición de partícipe y responsable del proyecto de humanización o, si se prefiere, de personificación. Es el sentido que le dan autores como Julián MARÍAS:

“Entendemos por persona una realidad que no es solo real. Una persona ‘dada’ dejaría de serlo. El carácter programático, proyectivo, no es algo que meramente acontezca a la persona, sino que la constituye. La persona no ‘está ahí’, nunca puede como tal estar ahí, sino que *está viniendo*.”

Cuando decimos que ‘se está haciendo’, podemos fácilmente entenderlo mal; bien en el sentido de que la persona todavía no esté hecha, o bien de que lo buscado sea su ‘resultado’. No es así: la persona *es ya*, está hecha como persona, y por otra parte no interesa su ‘acabamiento’ o resultado. Su ser actual es estarse haciendo, mejor, estar viniendo. Toda relación estrictamente personal –amistad, amor– lo prueba: en ella el ‘estar’ es un ‘seguir estando’, hecho de duración y primariamente de futuro, un constante estar *yendo y viniendo*; sobre todo, un ‘ir a estar’. La relación personal, en cuanto es verdaderamente personal y no ‘cosificada’, es siempre ‘víspera del gozo’, aun en la presencia o la posesión más plenas.”²⁶

Es un sentido que destaca la dimensión moral del ser humano, vinculándosele con ideales de autorrealización y de cooperación, sin menoscabar su autonomía, su libertad, pero en un contexto de responsabilidad y solidaridad. Según este sentido, la persona no sólo es considerada un *ser*, sino también un *deber ser*, un proyecto que día a día debe alcanzarse. El ser humano, en cuanto persona, está llamado a esforzarse, al máximo de sus capacidades y de sus posibilidades, para ser cada vez mejor persona: para alcanzar su autonomía moral –el desarrollo más pleno de todas las dimensiones de su humanidad– y contribuir al bienestar de los demás porque el desarrollo integral no es posible alcanzarlo

instituciones jurídicas y derechos humanos, traducido por Ezequiel Coquet, N° 37, 1997, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 18).

²⁵ Refiriéndose a los problemas a los que conduce un reduccionismo antropológico, que fragmenta u olvida la realidad integral del ser humano, Julián MARÍAS inquiriere: “¿No será menester volver a plantear el tema de su realidad integral y unitaria? ¿No habrá que reunir en una unidad superior estos saberes fragmentarios acerca del hombre?” (*El tema del hombre*, cuarta edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1968, p. 15). Modesto SANTOS responde: “tenemos que recuperar el *real contenido* de la noción de persona humana. En otras palabras, tenemos que recuperar la *verdad integral del hombre*” (“Technological possibilities and The Dignity of human life”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, N° 17, 1987, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 230, traducción personal. La cursiva no es mía).

²⁶ *Antropología metafísica, La estructura empírica de la vida humana*, op. cit., p. 45.

en solitario, se requiere el apoyo recíproco para alcanzarlo. PECES-BARBA participa de estas ideas:

“Ser hombre es el término sucesivo y provisional de una empresa cuya meta es la libertad autonomía [la libertad que se alcanza cuando el ser humano logra el pleno desarrollo de todas las dimensiones de su humanidad: su autonomía moral o desarrollo integral], ese punto de llegada del hombre maduro, del hombre en plenitud que ha utilizado correctamente su libertad de elección aunque también se haya equivocado y que ha alcanzando un grado de desprendimiento, de superación de los condicionamientos de la vida social.”²⁷

“La empresa de ser hombre [...] supone un esfuerzo cotidiano de autenticidad, basado en esa libertad inicial [es decir, la libertad de elección], para construir y desarrollar la persona integralmente [alcanzar la libertad autonomía]”²⁸.

“La acción en la vida social, si se hace desde una perspectiva personal auténtica, es imprescindible para la realización plena de la condición humana.”²⁹

En esto consiste parte de la empresa de ser persona: trabajar cotidianamente para perfeccionar la propia vida. El individuo atentaría contra la eminente dignidad que le corresponde si renuncia a luchar por su propio desarrollo, si se duerme en el sitio que hubiera obtenido o le hubiera correspondido y no se esfuerza en ser más plenamente persona en todas las circunstancias concretas de su vida: como hijo, como padre, como amigo, como profesional, como ciudadano y gobernante; en fin, en todos los ámbitos de su vida, tanto públicos como privados. Tal empresa moral se completa con la solidaridad y responsabilidad por el bienestar de los demás. Sólo se puede ser plenamente persona si, además del compromiso con uno mismo, el ser humano no es indiferente con la suerte del otro, si se compromete con el bienestar de quienes, como él, también son personas. Es una consecuencia ineludible de su sociabilidad: en el encuentro generoso con el otro el ser humano no sólo contribuye al reconocimiento y bienestar de aquel otro, sino que avanza en su propio desarrollo al satisfacer sus necesidades más profundas de convivencia, paz, justicia y felicidad. Nuestro autor lo comprende prontamente: la “auténtica participación libre de todos los hombres en la realización del Bien Común” es la clave para la construcción de una sociedad bien ordenada; “[p]articipación en la

²⁷ PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221.

²⁸ *Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1983, reimpresión de 1986, p. 50. Esta cuarta edición es prácticamente una reimpresión de la tercera edición del mismo libro, que a su vez se sustenta en una segunda edición del libro original: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General* (op. cit). Cuando en este trabajo se haga referencia a aquel libro: *Derechos Fundamentales*, se estará citando su cuarta edición de 1983, reimpresa en 1986.

²⁹ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 61.

construcción de la sociedad, que a su vez favorecerá el desarrollo integral de la persona”³⁰. Una relación que debe incluir el cuidado del resto de la naturaleza a fin de ser auténticamente liberadora y vivificadora.

En el ámbito moral, político y jurídico la palabra “persona” es utilizada, además, para reconocer la calidad de *sujeto* del ser humano, su capacidad de gozar, ejercer o cumplir, según corresponda, derechos, deberes u otras conductas en esos órdenes. Un reconocimiento que es, a su vez, un presupuesto epistemológico ya que sin el ser humano no es posible concebir la moral, ni una organización social, política o jurídica. En su sentido fuerte lleva a exigir para él un tratamiento que tenga en cuenta su condición de causante de esos órdenes. Es también la opción de PECES-BARBA. Éste exige para aquél “un respeto y un tratamiento [...] como sujeto, cuya independencia y libertad hay que garantizar en la vida social”³¹; y considera al “hombre como origen, causa y destinatario del Derecho”³²; un individuo que “es anterior y trasciende al Estado”³³.

Sin que acaben allí sus posibles sentidos, el vocablo “persona” es utilizado además para resaltar la importancia del ser humano, la eminente *dignidad* que le corresponde. Al calificarle como persona se le reconoce una dignidad que merece la mayor consideración y respeto. La dignidad, por su parte, remite al sentido especial de su condición, sea cual fuere la circunstancia de la vida social e histórica en la que se encuentre. Persona y dignidad aparecen así como dos caras de una misma moneda, dos formas de referirse a lo que el ser humano es –o debería ser–, de expresar las dimensiones que lo caracterizan y que permiten estipular o exigir un tratamiento acorde con su naturaleza. Por ese motivo, la idea que se tenga sobre la persona influye en la noción que se exprese sobre su dignidad, y viceversa. Nuestro autor comparte esa tendencia. Para él “[l]a persona humana se concibe así como un ser de eminente dignidad”³⁴.

Todos estos sentidos son compatibles entre sí. Pueden concurrir conjuntamente en su significado, y suele ser así. Ellos se encuentran presentes en los planteamientos de

³⁰ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., pp. 226-227 la penúltima cita, y 227 la última.

³¹ *Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 50.

³² “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., p. 245.

³³ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 134.

³⁴ *Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 50.

PECES-BARBA por eso han sido abordados. Su estudio sistemático permite fijar y examinar el primer elemento de su concepción sobre el ser humano. Para él, todo ser humano es persona y toda persona tiene una eminente dignidad. Con la palabra “persona” comprende todas sus dimensiones, lo ubica dentro de un proyecto de humanización, de realización, lo califica como agente de la vida social, como sujeto moral, político y jurídico, y lo asocia con la eminente dignidad que le corresponde. Del conjunto de su obra emergen las siguientes ideas que, sin ánimo taxativo, definen lo que para él significa que el ser humano sea considerado persona: (i) un ser que presenta distintas dimensiones que configuran su humanidad (individualidad, libertad, racionalidad, autonomía, sociabilidad, e incluso espiritualidad, etc.), todas ellas integradas en una unidad³⁵; (ii) un ser que debe alcanzar, con su esfuerzo, la autonomía moral, el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su humanidad, todo lo que le sea posible en la vida histórica³⁶; (iii) un individuo con vocación de vida comunitaria, que necesita de los demás para desplegarse y poder desarrollarse integralmente³⁷; (iv) un actor de la vida social, responsable del desarrollo de su comunidad y de los demás individuos que, como él, son personas³⁸; (v) un sujeto moral, político y jurídico³⁹; (vi) un ser único, especial, irrepetible, es decir, poseedor de la más alta dignidad⁴⁰. Se trata de una visión que se sitúa en el ámbito de la cultura, que se va forjando como obra humana con distintos enfoques y aportaciones parciales, que se van cambiando, matizando o perfeccionando a lo largo de la historia.

1.2. El camino filosófico de la dignidad. La dignidad como punto de partida y punto de llegada

Tras precisar lo que significa ser persona y la íntima relación que presenta con la idea de dignidad, el problema consiste en determinar lo que debe entenderse por ésta. Si

³⁵ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 60 y 62.

³⁶ “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221.

³⁷ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 61-62.

³⁸ Vid: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., pp. 226-227.

³⁹ Cfr.: *Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 50.

⁴⁰ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 121.

bien su uso es frecuente, también es verdad que en su nombre se han emprendido tareas radicalmente opuestas y soluciones contradictorias. Norbert HOERSTER no cree posible encontrar una respuesta racional a este problema al calificarla como una fórmula vacía, de difícil sino imposible conocimiento objetivo por su alto grado de indeterminación⁴¹. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ cree que “una fuerza instintiva innata sabrá advertirnos de cuándo se desconoce, no se protege o lesiona la dignidad de una persona”⁴². No podemos aceptar esas posiciones. Que se trate de una fórmula compleja no significa que sea imposible construir un concepto que pueda explicarla racionalmente. Como dice Ronald DWORKIN: “[e]l insulto más grande a la santidad de la vida es la indiferencia o la pereza al enfrentarse con su complejidad”⁴³. Eusebio FERNÁNDEZ estima que las cosas se ponen más fáciles cuando se aborda el problema en el contexto de las tradiciones culturales humanistas que ven a los derechos humanos o fundamentales como unas exigencias que expresan, básicamente, el contenido y los alcances de esa dignidad⁴⁴. Es la tradición que sigue PECES-BARBA.

Atendiendo a las enseñanzas de la historia, nuestro autor nos recuerda que “la idea de dignidad, como todas las demás que manejamos en el ámbito de la cultura moral, política y jurídica, son construcciones del pensamiento humano”⁴⁵. Ella tuvo que superar avatares históricos y confrontaciones intelectuales para iluminar “el proceso de

⁴¹ Vid sus reflexiones: “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, en: *En defensa del positivismo jurídico*, (Serie Cla De Ma, Filosofía del Derecho), traducción de Ernesto Garzón Valdés y revisión de Ruth Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 97. Analizando el sentido y la función que la dignidad humana cumple en la aplicación del Derecho, al haber sido recogida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, este autor manifiesta: “cuan vacía es necesariamente la fórmula del principio de la dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual. La dignidad humana no es –como parece sugerirlo el texto del artículo 1.1 de la L.F.– algo ya dado, cognoscible (como, por ejemplo, la vida humana), sobre lo que pudiera determinarse objetivamente cuáles acciones lo lesionan o protegen” (Ibid., p. 102).

⁴² *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, p. 111. Y agrega: “No parece pueda ofrecerse una definición de algo tan consustancial a la persona como es su dignidad. [...]. Ante los intentos de definición, la doctrina no tiene el menor recelo en confesar que el término se le escapa, que las formulaciones generales son insatisfactorias, que la dignidad es una noción con un cuerpo semántico relativamente poco preciso.” (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ibid.).

⁴³ *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreras, Ariel, Barcelona, 1994, p. 314.

⁴⁴ Vid: FERNÁNDEZ, Eusebio. “La dignidad de la persona”, en: *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 21, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 24.

⁴⁵ “La libertad del hombre y el genoma”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 2, Año I, octubre-marzo de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 319.

humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad”, en los diversos esfuerzos de liberación humana⁴⁶. No es, pues, en sus orígenes, una categoría jurídica como la de derecho subjetivo, ni una política como la de democracia. Es ante todo una construcción de la filosofía para expresar la valía de la persona. Un concepto prepolítico y prejurídico, aunque con vocación de ser asumido por el poder y pasar a integrar el ordenamiento jurídico⁴⁷.

Si tuviera que identificarse los pasos de esa construcción filosófica, que evite incurrir en la falacia naturalista denunciada por David HUME, se advertiría que hay tres momentos dinámicos, coetáneos o sucesivos, que interactúan entre sí⁴⁸. A veces parece que se dan de manera simultánea, pero con una pausa metodológica es posible diferenciarlos y enunciarlos por separado. El primero consiste en el *conocimiento* del ser humano, es decir, en una toma de posesión de todo lo que es y puede llegar a ser, incluyendo sus relaciones con los demás y las interacciones con el resto de la naturaleza. El segundo en una toma de posición: el *reconocimiento-justificación* de la valía de su condición, sustentada en el análisis y reflexión de los datos que se hayan encontrado. Esto no significa que su consideración de persona o la eminente dignidad que le corresponde estén libradas a nuestro arbitrio. Simplemente que es necesario que la voluntad humana, iluminada por la razón, sea conciente de su propia condición para dar el siguiente paso: la *estipulación* de prescripciones para que la dignidad se realice plenamente; esto es, para efectuar una nueva toma de posición sobre las acciones que deben cumplir las personas, la sociedad y el Estado a fin de que se desarrollen todas las

⁴⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 66.

⁴⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 67-68.

⁴⁸ David HUME denuncia la falacia naturalista de la siguiente manera: “En todos los sistemas éticos que he encontrado hasta ahora, he comprobado siempre que el autor, durante un tiempo, desarrolla sus ideas de la manera acostumbrada, prueba la existencia de un dios o formula observaciones acerca de la vida humana; de repente encuentro, con sorpresa, que, en lugar de las frases usuales con la cópula *es* o *no es* no aparece ninguna frase que no esté unida por un *debe* o *no debe*. Este cambio es imperceptible y, sin embargo, tiene gran importancia. Pues como este *debe* o *no debe* expresa una nueva relación o aserción, debe ser notado y explicado necesariamente; y, al mismo tiempo, debería ser fundamentado, cosa que parece totalmente inconcebible, es decir, de qué manera esta nueva relación es derivable de otras que son completamente diferentes de ellas. Pero como los autores no suelen prestar atención a esta medida de precaución, me permito recomendarla al lector; y estoy convencido de que esta pequeña atención ha de conmover todos los sistemas comunes de la ética y mostrarnos que la distinción entre vicio y virtud no se basa simplemente en una relación entre objetos ni tampoco puede ser aprehendida por la razón.” (*A Treatise of Human Nature*, –1888–, Libro III, Parte I, Sección I, séptima reimpresión a la segunda edición, revisión y notas de P. H. Nidditch, Oxford University Press, Clarendon Press, 1990, pp. 469-470. Traducción personal).

dimensiones de la condición humana. Al llegar a este tramo final se puede edificar ya un edificio normativo, sea de índole moral, político o jurídico⁴⁹.

Este recorrido filosófico es muy importante para el edificio teórico de PECES-BARBA. Si bien la dignidad es la base de los preceptos que utiliza para su construcción, no considera lógicamente posible que pueda derivarse de la dignidad o naturaleza humana –el *ser*– un precepto o fuerza normativa –el *deber ser*–, sin que intervenga un elemento medial. Es necesario dar el paso racional antes indicado para estipular el deber ser que otorgue esa fuerza normativa. Este recorrido explica por qué nuestro autor considera que a su postura: “No se [le] puede reprochar la falacia naturalista, porque sus preceptos no derivan de la naturaleza o condición humana, sino de una mediación racional que estipula un deber ser para convertir a esos proyectos de dignidad en dignidad real.”⁵⁰

Con ese presupuesto y premunido de su concepción sobre la persona, PECES-BARBA desarrolla una estrategia discursiva para la construcción de su concepto de dignidad. Su humanismo expresa la íntima relación que encuentra entre ambas ideas. Luego de fundamentarla, sitúa a la dignidad como la piedra angular sobre la cual asienta su propuesta de desarrollo humano, su modelo de sociedad bien ordenada. Tal postura aparece en sus reflexiones desde el inicio de su labor académica. Se encuentra con mayor profusión y de manera más acabada en su obra: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2002-2003) y en sus “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana” (2005)⁵¹. Utiliza allí un discurso descriptivo para concebir a la dignidad como una *cualidad* de la persona derivada de una serie de rasgos que le son propios. Pero también un discurso prescriptivo para concebirla como un *deber*

⁴⁹ Desde otro punto de vista, Norbert HOERSTER refiere que una de las estrategias planteadas para inferir un deber ser, a partir de un ser, es introducir una definición (es decir, un análisis de significado) entre el juicio descriptivo (el *ser*) y el juicio valorativo (el *deber ser*). “El presupuesto es tan sólo que la definición del concepto normativo en cuestión pueda remitirlo totalmente a algún concepto descriptivo.” (*Problemas de ética normativa*, –Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política–, s/t. Distribuciones Fontamara, México D.F., 1992, p. 15).

⁵⁰ *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68.

⁵¹ En: AA. VV. *Desafíos actuales a los derechos humanos: La violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, (Debates del Instituto Bartolomé de las Casas), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15-36. El citado artículo de PECES-BARBA reproduce parte de su libro *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., con algunas referencias y explicaciones adicionales; por tal motivo, en este trabajo citaremos principalmente este último libro, salvo que sea necesario hacerlo también con aquel artículo.

ser a partir del cual puede construirse un ordenamiento moral, político y jurídico⁵². Ambos discursos son complementarios: por el primero describe las dimensiones que permiten conocer quién es el ser humano –o lo que podría llegar a ser–, los rasgos que le caracterizan, que justifican su ser persona, la eminente dignidad que le corresponde; y por el segundo estipula, a partir de esos rasgos y a través de una mediación racional, las exigencias que deben realizarse para alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que su modelo persigue. Con esas herramientas construye su concepto de dignidad humana y explora el rol que le debería corresponder en la edificación de una sociedad dispuesta a alcanzar esos objetivos. La define como un punto de partida, pero también como un punto de llegada.

La dignidad como *punto de partida*, explica PECES-BARBA, expresa: “el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible”; es decir, “una descripción de las dimensiones de nuestra condición, el fundamento de nuestra ética pública, porque acota el ámbito de su acción para realizar el proyecto en que consiste el ser humano”: la plena realización de todas las dimensiones de su humanidad. “En ese sentido es un punto de partida, un modelo a realizar.”⁵³ Y añade:

“La persona es un fin que ella misma decide sometiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio, por todas las posibilidades que encierra su condición que suponen esa idea de dignidad humana en el punto de partida. Estamos ante un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica [esto es, la ética pública que ha sido asumida por el poder e incorporada al Derecho], al servicio de ese deber ser.”⁵⁴

Una afirmación de evidente raíz kantiana, pues para Immanuel KANT: “el hombre, y en general todo ser racional, *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad”; por ese motivo, tanto en las acciones dirigidas hacia su propia persona como en las orientadas hacia otros seres racionales, “el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*”⁵⁵. Siendo un fin en sí mismo –prosigue–, cada ser humano es único, no puede ser sustituido por nada ni por nadie porque carece de equivalente; no posee un valor relativo,

⁵² Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68.

⁵³ Ibid., pp. 68, la primera cita; y 50, las dos últimas.

⁵⁴ Ibid., p. 68.

⁵⁵ *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, (1785), op. cit., p. 114.

es decir, un precio, sino un valor intrínseco llamado dignidad⁵⁶. Una elevada calificación que exige de él un comportamiento acorde con esa dignidad, tanto en sus relaciones con los demás, como en las acciones orientadas a su propia persona. Por eso sentencia: “*Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio*”⁵⁷.

La dignidad es definida, entonces, como el valor intrínseco de la persona. Responde a su ser único e irrepetible, a todas las dimensiones que configuran su humanidad. Expresa su condición de fin en sí mismo, por lo que jamás debe ser tratada como objeto ni como simple medio. Refleja su valor preeminente respecto de cualquier otra realidad material o social (sin que eso signifique justificar el egoísmo, la irresponsabilidad, prescindir de la comunidad u olvidar el cuidado del resto de la naturaleza)⁵⁸. Tiene un carácter inherente a toda persona que refleja la igualdad básica entre todos los hombres y mujeres. Supone el mutuo reconocimiento de esa igual dignidad entre todos y cada uno de nosotros, por lo que no se puede defender la dignidad de uno y negársela a los demás. La tenemos todos, absolutamente todos los seres humanos, independientemente de nuestras características, capacidades, posibilidades y de las particulares condiciones que nos toque vivir. Incluso es independiente de que adoptemos o no comportamientos virtuosos, de que nuestro comportamiento sea indigno o de que nuestra propia percepción sea disconforme con el preeminente valor de nuestra condición humana⁵⁹. Un valor que, con la mediación de la razón, demanda el desarrollo integral del ser humano.

⁵⁶ “En el reino de los fines todo tiene o bien un *precio* o bien una *dignidad*. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo *equivalente*; en cambio, lo que se halla encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad.

Cuanto se refiere a las universales necesidades e inclinaciones humanas tiene un *precio de mercado*; aquello que sin presuponer una necesidad se adecua a cierto gusto, esto es, a una complacencia en el simple juego sin objeto de nuestras fuerzas anímicas tiene un *precio afectivo*; sin embargo, lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser un fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la *dignidad*.” (KANT, Immanuel. *Ibid.*, pp. 123-124).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 116.

⁵⁸ Eusebio FERNÁNDEZ es de similar parecer. Entiende a la noción de dignidad humana “como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social” (“La dignidad de la persona”, op. cit., p. 20).

⁵⁹ Como anota Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, la dignidad “la tienen todos los seres humanos, igual y esencialmente, con independencia de sus méritos y capacidades, o de cualesquiera otros rasgos contingentes que nos caracterizan.” (*Autonomía, dignidad y ciudadanía –Una teoría de los derechos humanos–*, op. cit., p. 421).

Por otro lado, prosigue PECES-BARBA, la dignidad es “un deber ser que se puede realizar en el dinamismo de la vida humana, siempre limitadamente, siempre condicionado históricamente y temporalmente en el plazo de nuestra existencia. En ese sentido es un *punto de llegada*”; “no es [únicamente] un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse”⁶⁰. En otras palabras, la dignidad es también una meta, un proyecto de realización humana, que quizás no llegue a alcanzarse plenamente en la realidad –por los condicionamientos históricos existentes– pero a cuya consecución jamás debe renunciarse. Un proyecto difícil, pero posible, al que debemos comprometernos todos: el individuo, la sociedad, el Estado; porque su cabal consecución no puede alcanzarse en solitario, requiere de esfuerzos serios, recíprocos y apoyos constantes.

Tal enfoque no pretende relativizar el contenido de la dignidad, mucho menos restarle fuerza o justificación a las prescripciones que se deriven de ella. Tan sólo poner de manifiesto que éstas no se satisfacen de una vez y para siempre; que el pleno desarrollo del ser humano es un horizonte utópico, aunque posible de alcanzar; que la complejidad de la condición humana y los cambios de la vida social generan nuevas exigencias vinculadas con la dignidad que deben ser igualmente satisfechas; y que su cabal realización se encuentra muchas veces condicionada a una serie de factores, como la escasez y la pobreza. No implica, en lo absoluto, que cualquier conducta o decisión sea compatible con la dignidad, ni afecta el deber ser de sus prescripciones. Por tanto, partiendo de este deber ser (dignidad como punto de partida), corresponde al individuo, al Estado y a los diversos ámbitos de la sociedad cumplir con realizar cotidianamente esas exigencias, al máximo de sus respectivas capacidades y posibilidades, para intentar alcanzar ese horizonte, aunque tal esfuerzo se encuentre condicionado históricamente (dignidad como punto de llegada).

Entre la dignidad como punto de partida y la dignidad como punto de llegada PECES-BARBA ubica racionalmente a la ética pública, con sus exigencias para la política y el Derecho, articuladas principalmente en valores, principios y derechos fundamentales, a fin de construir una sociedad comprometida con su realización.

⁶⁰ *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 50 y 68, respectivamente. La cursiva es mía.

“Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana [nos dice], referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo [necesariamente] una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública.”⁶¹

“Entre la dignidad como punto de partida y como punto de llegada, se extiende la ética pública, política y jurídica, que modela la morada temporal de los hombres, la sociedad que es la casa donde se realiza el recorrido de la dignidad. La razón será, a lo largo de la Historia, la que delibere y resuelva sobre los caminos que el hombre debe recorrer para desarrollar esas condiciones que tenemos en proyecto, y que suman las dimensiones de la dignidad.”⁶²

Bajo este rico planteamiento la reflexión sobre la dignidad humana no sólo debe atender a su contenido, a los fundamentos que la justifican, sino también a las condiciones y actuaciones que son necesarias para que ella se realice plenamente en la realidad. Debe ir acompañada de esfuerzos cotidianos y constantes iluminados por la razón. En esa tarea la sociedad y el Estado tienen un papel importante que cumplir, a través de la correcta ordenación de la sociedad, de la función promocional del Derecho, de la eliminación de barreras y del cumplimiento de prestaciones positivas y negativas – de dar, de hacer y de no hacer–, etc.; pero también la persona, individualmente considerada, tiene que poner los medios adecuados para plasmarla. Una serie de exigencias que debe orientar los distintos ámbitos de la vida social, donde la dignidad no sólo es un atributo sino también un proyecto que día a día debe realizarse y conquistarse.

2. Un humanismo personalista, comunitario y abierto a la trascendencia

La antropología humanista de PECES-BARBA tiene un segundo elemento que se une de manera armoniosa al anterior. Se trata de una corriente personalista que reconoce la importancia de la comunidad y se encuentra abierta a la trascendencia.

El *personalismo* es una corriente humanista que ve al ser humano como persona, y a cada persona como poseedora de una eminente dignidad. Agrupa a toda postura que resalte su valor, que lo considere como un ser valioso, único, un fin en sí mismo. Es una

⁶¹ Ibid., p. 67.

⁶² PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 50.

actitud ante la vida, una concepción del mundo y del ser humano que, en palabras de uno de sus exponentes, reúne “a toda doctrina, a toda civilización que afirma el primado de la persona sobre las necesidades materiales y sobre los mecanismos colectivos que sostienen su desarrollo”⁶³. Una civilización que sin caer en el individualismo tiene como meta última “el poner a cada persona en estado de poder vivir como persona, es decir, de poder acceder al máximo de iniciativa, de responsabilidad, de vida espiritual.”⁶⁴ Es considerada por PECES-BARBA como “un colaborador inestimable en todo esfuerzo de progreso, de verdad, de libertad y de justicia”⁶⁵.

Por su opción en defensa y promoción de la persona, el personalismo postula que ésta nunca puede ser utilizada legítimamente como objeto, ni como simple medio; y considera que las instituciones sociales, políticas y jurídicas (la familia, el Estado, el Derecho, etc.), en general toda obra u organización humana (el arte, la ciencia, los diferentes colectivos, etc.), y por extensión el resto de la naturaleza, son medios para su desarrollo. Por eso se opone al *transpersonalismo*. Éste agrupa a toda tendencia que considera a la persona como simple integrante de una masa, un producto efímero de escasa o nula importancia, una cosa, un medio, y como tal susceptible de ser instrumentalizado al servicio de realizaciones que estima superiores: el Estado, la comunidad, la ciencia, etc. (se incluyen aquí los diversos utilitarismos: el estatal-colectivo que subordina al individuo, el de la felicidad de la mayoría a costa de la minoría, y el individual-egoísta que busca la mayor felicidad propia aunque con eso se afecte u olvide el bienestar de los demás).

A fin de ilustrar la oposición entre personalismo y transpersonalismo suele acudir al siguiente ejemplo: Imaginemos que, presa de las llamas, arde una casa en la cual se encuentran un niño de corta edad y una egregia pintura de Rafael. Imaginemos también que el peligro es tal, y la pérdida de la casa inminente, que es imposible salvar al

⁶³ MOUNIER, Emmanuel. “Manifiesto al servicio del personalismo”, (1936), en: *Emmanuel Mounier: Obras*, traducción de Enrique Molina, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Tomo I, 1931-1939, p. 555.

⁶⁴ MOUNIER, Emmanuel. *Ibid.*, p. 603.

⁶⁵ “El personalismo, hoy”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, (números extraordinarios), Nº VII, febrero de 1968, p. 39. Además de esta publicación, la influencia que ejerce el personalismo en PECES-BARBA se refleja en otras de sus obras, como son: (i) “Sobre el papel de un movimiento político de inspiración personalista”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, Nº 30, 1966, pp. 29-30; (ii) *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain*, (Cuadernos para el Diálogo), Edicusa, Madrid, 1972, es la publicación de su tesis doctoral; y, (iii) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., vid como ejemplo las pp. 97, 225, 227 y 229.

niño y a la obra pictórica, por lo que debe optarse entre salvar al ser humano y dejar que el objeto valioso se destruya ó salvar el objeto valioso y dejar que el niño muera. En tal caso, cualquiera que sea la decisión que se adopte, en ella irá insertada el sentido que se otorga a la cultura y con ello la base que se considera como fundamental y primaria de la organización política. Quien opta por salvar al niño decide el sentido de la cultura a favor de la tesis personalista; quien opta por salvar la obra pictórica abraza la tesis transpersonalista⁶⁶.

2.1. La influencia del personalismo cristiano

Uno de los cultores del personalismo fue Jacques MARITAIN⁶⁷. Un filósofo cristiano que hizo un esfuerzo importante en las primeras décadas del siglo XX para asumir las conquistas de la Modernidad, pero completándolas con la dimensión espiritual o trascendente que perdió. Sus planteamientos sobre la persona, la sociedad y la política despertaron sumo interés en PECES-BARBA llevándolo a elaborar una tesis doctoral sobre él. Éste ha dicho con razón que se trata de un filósofo que “intenta abarcar y conciliar estas dos facetas: la Justicia humana y la Fe religiosa” y de cuyo pensamiento “[t]ambién los hombres y las estructuras de nuestro tiempo ha[n] recibido su impacto, incluso en algunos casos, sin él proponérselo”⁶⁸.

MARITAIN postula la necesidad de un humanismo completo, integral, que no olvide lo humano, pero que se dé cuenta de que la persona sólo puede realizarse plenamente en Dios⁶⁹. Su antropología intenta construir un concepto del ser humano que

⁶⁶ El ejemplo es atribuido a Luis RECASENS SICHES. Así lo hace Roberto L. ANDORNO, en: “Incidencia de la fecundación ‘in vitro’ sobre la distinción entre personas y cosas”, op. cit., p. 13-14.

⁶⁷ Junto con Emmanuel MOUNIER, Jacques MARITAIN influyó decisivamente en el pensamiento humanista de PECES-BARBA. Éste lo reconoce expresamente al decir que: “Mounier, el fundador de *Esprit*, [...] ha tenido también, después de Maritain, influencia en la vertiente más humanista de mi pensamiento” (*La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., p. 105).

⁶⁸ *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain*, op. cit., p. 30, la primera cita; y, *El pensamiento social y político de Jacques Maritain*, –tesis doctoral–, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, curso 1969-1970, copia existente en la Universidad Carlos III de Madrid, Introducción, p. 2, la segunda cita.

⁶⁹ “En este nuevo momento de la historia de la cultura cristiana, la criatura no sería desconocida ni aniquilada ante Dios; tampoco sería rehabilitada sin Dios o contra Dios, sería rehabilitada en Dios”. El punto clave es que “la criatura sea verdaderamente respetada *en* su enlace con Dios y *porque* lo tiene todo

expresen la eminente dignidad que le reconoce. Por eso prefiere hablar de persona: El ser humano no sólo es materia o conjunto de rasgos biológicos, étnicos, históricos, etc., no sólo es individuo o individualidad, es también espíritu, amor, razón y libertad que constituyen su moralidad, es decir, es persona, tiene personalidad⁷⁰. “La individualidad y la personalidad son dos líneas metafísicas que se cruzan en la unidad de cada hombre”⁷¹. Con esos dos elementos está unido, según dicho autor, a la gracia de Dios. La persona no se explica completamente sin esa unión. Su dignidad adquiere plenitud cuando se le contempla como ser creado y redimido por Dios.

Con esa idea, su humanismo integral exige transformaciones sustanciales no sólo para generar “nuevas estructuras sociales y [...] un nuevo régimen de vida en substitución del capitalismo” (por las situaciones de explotación que produce, tan contrarias a la dignidad humana); sino también, y consustancialmente, para producir un nuevo tipo de convivencia social marcada por “una ascensión de las fuerzas de fe, de inteligencia y de amor que brotan de las fuentes interiores del alma, un progreso en el descubrimiento del mundo de las realidades espirituales.” Sólo de esa manera –sostiene–, el ser humano podrá “avanzar por las profundidades de su naturaleza, sin mutilarla ni desfigurarla”⁷².

La búsqueda de ese ideal no le impide distinguir el ámbito temporal del espiritual para respetar la secularización de la sociedad moderna. Lo temporal está referido al orden de la cultura, de la civilización, al orden de las cosas en el tiempo. Lo espiritual al orden de la fe, de la gracia, de la participación de la vida íntima con Dios⁷³. Afirma que cada ámbito tiene autonomía frente al otro, aunque lo espiritual tenga primacía sobre lo temporal en el plano axiológico, pudiendo actuar como un referente ético. Eso sí, estima necesaria su mutua cooperación para un objetivo común: la promoción integral del ser humano. De esta manera, ni lo temporal debe afectar a lo espiritual, ni lo espiritual debe

de él. Humanismo, sí; pero humanismo teocéntrico, enraizado allá donde el hombre tiene sus raíces; humanismo integral, humanismo de la Encarnación” (MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral, Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, op. cit., p. 104, ambas citas).

⁷⁰ MARITAIN, Jacques. *Para una filosofía de la persona humana*, Cursos de Cultura católica, Buenos Aires, 1937, pp. 133 y 137.

⁷¹ MARITAIN, Jacques. *Ibid.*, p. 136.

⁷² *Humanismo Integral, Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, op. cit., p. 123, todas las citas.

⁷³ Vid: MARITAIN, Jacques. *Ibid.*, p. 134.

pretender sustituir a lo temporal. Exigir al mundo mismo y a la organización política la realización efectiva del reino de Dios es un error dice MARITAIN: “Este error va contra las palabras evangélicas: ‘Mi reino no es de este mundo’. Va contra el hecho de que Cristo no vino a transformar los reinos de la tierra ni a ejecutar una revolución temporal”⁷⁴. Esta distinción e independencia entre los ámbitos espiritual y temporal no significa que el cristiano o el creyente carezca de una misión temporal, o que teniéndola deje de actuar como tal, como si tuviera dos personalidades distintas. Su autenticidad le llevará a serlo en todas las esferas de su vida. Pero afirma:

“[E]l fin que se propone el cristiano en su actividad temporal no será hacer *de este mundo mismo* el reino de Dios, sino hacer de este mundo, según el ideal histórico reclamado por las diferentes edades y, si así puede decirse, por sus propias *mutaciones*, el lugar de una vida terrenal verdadera y plenamente humana, es decir, seguramente llena de desfallecimientos, más también llena de amor; y cuyas estructuras sociales tengan por medida la justicia, la dignidad de la persona humana, el amor fraterno; preparando así el advenimiento del reino de Dios de una manera filial, no servil, quiero decir por el bien que fructifica en bien, no por el mal que, yendo a su destino propio, sirve al bien como por violencia.”⁷⁵

PECES-BARBA comparte, en buena medida, esa reflexión sobre el ser humano. En sus obras hay muestras de aceptar su dimensión trascendente; no obstante, no hace suya la referencia a Dios en su concepción de persona –por lo menos no desde una perspectiva filosófica–, aunque tampoco la rechaza. En un primer momento su aproximación tendrá una raíz religiosa, cercana a las posiciones eclesiales de la Iglesia católica, pero con el sentido reflexivo y crítico propio de su quehacer filosófico. Así, en su tesis doctoral sobre *El pensamiento social y político de Jacques Maritain (1969-1970)*, no cuestiona ni contradice esa antropología teocéntrica. Por el contrario. En ciertos pasajes de su tesis

⁷⁴ Ibid., p. 142.

⁷⁵ MARITAIN, Jacques. Ibid., p. 148.

Luciano BARCIA, en sentido similar, nos dice: “La ordenación cristiana de la vida supone una ordenación jerarquizada de valores humanos. Cuando esta ordenación se hace en nombre de la Iglesia o por sus autoridades legítimas, también debe respetar la misión de las autoridades civiles. No corresponde a la Iglesia gobernar temporalmente a los pueblos y naciones suplantando a los Reyes, Presidentes de República o Jefes de Estado... Pertenece en cambio a la misión de la Iglesia la formación de la conciencia de súbditos y gobernantes de manera que ellos procuren rectamente el bien de la ciudad temporal. Objeto de la ordenación cristiana que ha de promoverse dentro de la Iglesia Católica, teniendo presente la dimensión que deriva de la dignidad sobrenatural del hombre son todos los problemas que al hombre afectan: los problemas de la vida y de la muerte, de la salud y de la enfermedad, de la pobreza y la riqueza, del trabajo y del descanso, de la justicia y del amor, del matrimonio y la familia, de la guerra y de la paz, de la libertad y de la obediencia...” (“La dignidad de la persona humana en la doctrina de la Iglesia Católica, Análisis de un tópico”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas, volumen II, 1975, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 460).

parecería asumir o estar de acuerdo con parte de ella. Ocurre, por ejemplo, cuando concluye:

“Este hombre con esos dos elementos en constante tensión dialéctica [se refiere a la individualidad y a la personalidad] está religado con Dios, y no se explica sin eso. El drama del humanismo ateo consiste en su olvido [sic] de esa realidad. No hay más humanismo auténtico que él que reconoce esa religación. Es lo que llama Maritain el Humanismo integral o Humanismo de la Encarnación. Hay que partir de él, para la meditación social y política.”⁷⁶

Y cuando, tras discrepar de la distinción “individuo-persona”, al parecerle un dualismo peligroso por la escisión que puede significar para la correcta consideración del ser humano (a pesar de que MARITAIN precisa que se trata de dos elementos entrelazados), sostiene:

“Lo importante es insistir, prescindiendo de los términos individuo y persona, en que el hombre es tensión cuerpo y espíritu, que debe tener en cuenta lo material –su cuerpo– para no caer en un espiritualismo idealista, pero que debe trascenderlo para la realización plena de su libertad. La persona integral supone el estado de plenitud del hombre, ‘la apropiación última de su posibilidad mejor’. En ese sentido la persona trasciende a la sociedad, está llamada a una plenitud de vida sobrenatural.”⁷⁷

Poco tiempo después su humanismo empieza a desligarse de las raíces eclesiales. Al publicarse su tesis doctoral dos años más tarde, como *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain* (1972), explicará en su Introducción que sus planteamientos se han ido secularizando aunque no su perspectiva de fe⁷⁸. Quizás por esa razón continuará afirmando: “La persona no es un pequeño universo cerrado, sino abierto a la trascendencia. El personalismo supone esa perspectiva de fe”⁷⁹.

⁷⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *El pensamiento social y político de Jacques Maritain*, op. cit., p. 510.

⁷⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 510. Igualmente en su libro: *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain*, op. cit., p. 142.

⁷⁸ “A lo largo de los años en que este trabajo se ha ido perfilando, el pensamiento del autor se ha matizado [se refiere a sí mismo], e incluso ha evolucionado sustancialmente. Lo que en un principio era interés de joven demócrata cristiano, preocupado por fortalecer sus fundamentos doctrinales en el campo social y político, se fue convirtiendo en el transcurso del tiempo, en un interés más objetivo, menos apasionado, por un hombre que parece clave para entender la evolución del mundo moderno [se refiere a Jacques MARITAIN] desde una de sus parcelas más importantes: la de los hombres con fe religiosa, la de los cristianos. Y si en ese itinerario intelectual el autor [se refiere nuevamente a sí mismo] ha secularizado sus planteamientos políticos, aunque no su perspectiva de fe, no ha reducido su estima, sino, todo lo contrario, la ha aumentado por el pensamiento de Jacques Maritain.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain*, op. cit., Introducción, p. 11). Esa secularización de sus pensamientos será reiterada en su artículo: “Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 1, 1984, p. 188.

⁷⁹ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 229, nota a pie de página N° 15.

La secularización de sus pensamientos no le impide seguir trasladando –con matices– el mensaje evangélico a su concepción sobre el ser humano, ni mucho menos a sus propuestas para una organización social, política y jurídica orientada a favor de la persona. Su distanciamiento se produce respecto a la Iglesia católica, entendida como institución, no respecto a la dimensión ética o religiosa del pensamiento cristiano. Por ese motivo, tampoco deja de considerar en sus reflexiones la dimensión espiritual o trascendente de la condición humana. Si bien en todo momento mantiene la diferencia entre el plano espiritual y el temporal, entre la ética privada de las personas y la ética pública aplicable a la política y al Derecho (para ser coherente con la libertad de elección y la autonomía de las personas); su formación cristiana le impele a seguir luchando por hacer de este mundo el mejor ambiente posible para el desarrollo humano, incluyendo, por supuesto, su dimensión espiritual y utilizando como materiales las enseñanzas cristianas que le resulten útiles para la construcción de su modelo teórico. Su obra *Derechos Fundamentales, I. Teoría General* (1973-1976) es un ejemplo de ello:

“En este campo [explica] es donde quizás, aparece con más claridad la fructificación histórica de las verdades evangélicas. Para el cristiano, en el límite, existir es amar. La existencia social en una sociedad democrática parte, como reflejo de ese amor, de un motor de fraternidad o de amistad cívica, como dice J. Maritain: ‘... el dinamismo vital y la fuerza creadora interna de la sociedad derivan de la amistad cívica. La amistad hace el consentimiento de las voluntades, exigido por la naturaleza, pero libremente realizado y que está en el origen de la comunidad social. La amistad es la causa propia de la paz civil. Es la forma animadora de la sociedad’.”⁸⁰

Aunque desde temprano estima que una sociedad construida sobre la base del amor, la fraternidad o amistad cívica, es un ambiente propicio “para una realización de la trascendencia, donde los creyentes cifran esa plenitud humana”; también recuerda que las posturas religiosas no pueden imponerse al agregar inmediatamente que: “[l]os hombres no creyentes pueden, sin embargo, prescindiendo de esa dimensión [trascendente], trabajar con los creyentes en ese ideal del despliegue de todas las potencialidades humanas en la historia.”⁸¹

⁸⁰ Ibid., p. 227.

La cita a MARITAIN corresponde a su obra: *Les droits de l'homme et de la loi Naturelle*, Paul Hartmann, Paris, 1947, p. 40.

⁸¹ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 229, ambas citas.

Varios años después, efectuando una mirada al pasado, recuerda en su obra: *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones* (1996), que cuando su tesis fue publicada: “estaba saliendo de una etapa de cristianismo abierto y progresista, con apenas dos años juveniles en posiciones demócrata-cristianas, y evolucionando desde ese cristianismo progresista hasta el socialismo democrático”. Tal vez la publicación de éste, su primer libro marca “el signo de esa transición que camina desde una mentalidad más religiosa a una más secularizada.”⁸² Explica así en sus recuerdos:

“Maritain fue muy importante en mi formación y sus reflexiones humanistas, desprendidas de sus raíces religiosas, son aún muy visibles en mis puntos de vista. Ese es un ejemplo práctico de lo que yo he venido diciendo sobre la influencia de los hombres de razón con fe religiosa, en la cultura política y jurídica moderna. Su semilla se ha transplantado y ha fructificado en tierras laicas, manteniendo en ellas, sin duda, aspectos de su tenor religioso.”⁸³

“Maritain fue decisivo también para mí en el aspecto espiritual, porque profundizó en la necesidad de autenticidad en el análisis religioso, y contribuyó a que poco a poco, abandonase la pertenencia a la Iglesia-institución, demasiado volcada en España con intereses políticos y temporales y demasiado comprometida, mucho tiempo, con los ricos y los poderosos. El análisis de la Guerra Civil y del franquismo me llevaron, cuando superé, como Maritain, los años de entusiasmo y de adormecimiento del espíritu crítico, a un distanciamiento progresivo y hoy, a un alejamiento, quizás, definitivo de la Iglesia. Su inocencia histórica, una insufrible superioridad, una tolerancia simulada, y una convicción de que la verdad de los creyentes debe ser también la misma verdad para todos los ciudadanos, me impide permanecer en esas filas.

Creo que mi formación cristiana, aunque quizás de perfil kantiano, no ha sufrido esos avatares, y que desde mi punto de vista traslado dimensiones del mensaje evangélico para perfilar, matizar o potenciar algunas dimensiones de la ética pública, pero no acepto las lecciones de los obispos, más que por el valor que puedan tener sus razones, y en ningún caso por su autoridad.”⁸⁴

Una secularización que con el tiempo irá adquiriendo mayor fuerza y que será decisiva para su distinción entre ética pública y ética privada, para el humanismo antropocéntrico que finalmente preconiza y, en general, para su modelo de construcción y fortalecimiento de una sociedad bien ordenada.

⁸² *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., p. 110, ambas citas.

⁸³ *Ibid.*, p. 111. Y agrega: “Eso es diferente a pretender transplantar todo un sistema de verdades de la ética privada a la pública, como un todo, desde la autoridad de la Iglesia, que asume ser la voz de Dios. No todas las ideas de Maritain, ni todos sus comportamientos, son semilla o ejemplo para seguir, como ocurre con cualquier otro, pero sí que se puede señalar su clarividencia en muchos planteamientos que han arraigado en otros horizontes ideológicos, y que han permitido a creyentes incorporarse, sin problemas, a ellos. Quizás el socialismo ético, alimentado principalmente de la ética laica, recibe así desde éticas religiosas un complemento en su raíz, que le fortalecerá.” (*Ibid.*)

⁸⁴ *Ibid.*, p. 117-118.

2.2. El personalismo comunitario: El equilibrio personalista

Otro exponente del personalismo fue Emmanuel MOUNIER. Un pensador cristiano cuyas ideas se encuentran presentes en las obras de PECES-BARBA, especialmente en las iniciales. Éste lo considera como uno de los autores más importantes que perfila y concreta el personalismo comunitario, aquél que vincula el valor de la persona con el de la comunidad donde se desarrolla⁸⁵.

MOUNIER considera a la persona como un valor absoluto respecto de cualquier otra realidad material o social y de cualquier otra persona⁸⁶. Defiende que cada ser humano, individualmente considerado, es poseedor de una dignidad que debe ser igualmente reconocida; jamás puede ser considerado como parte de un todo: familia, clase, Estado, nación, humanidad; ningún otro individuo, ningún organismo o colectividad puede utilizarlo legítimamente como medio⁸⁷. Antes bien, postula que la persona tiene un valor que trasciende a la sociedad, a cualquier colectividad y al propio Estado. En ese sentido, se opone a cualquier colectivismo o totalitarismo que somete o reduce su valor. Pero se opone al mismo tiempo al anonimato, el egoísmo, a la irresponsabilidad del individuo frente al desarrollo de los demás, y a la pérdida del valor de la comunidad⁸⁸. “*La despersonalización del mundo moderno y la decadencia de la idea comunitaria son para nosotros una sola y misma disgregación*”, sentencia MOUNIER⁸⁹.

⁸⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “El personalismo, hoy”, op. cit., p.39. Además de esta obra, la presencia del pensamiento de MOUNIER también se encuentra –entre otros– en los siguientes trabajos de nuestro autor: (i) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., vid allí las páginas 225, 227, 229 nota a pie de página N° 15, 232 nota a pie de página N° 18, y 237; y, (ii) “El desarrollo político como desarrollo humano”, op. cit., pp. 91-92.

⁸⁶ Al igual que MARITAIN, MOUNIER considera que la persona es un ser espiritual, además de racional o terrenal: se encuentra constituido como tal por una subsistencia e independencia en su ser, que mantiene por su adhesión a una jerarquía de valores libremente adoptados, así como por un compromiso responsable y constante de conversión, de plena realización. Para el personalismo cristiano, agrega este último autor, todos esos valores se agrupan bajo el llamado singular de una persona suprema: Dios. (vid su obra: “Manifiesto al servicio del personalismo”, op. cit., p. 603 y siguientes).

⁸⁷ Vid.: MOUNIER, Emmanuel. *Ibid.*, p. 604.

⁸⁸ Vid: MOUNIER, Emmanuel. “Revolución personalista y comunitaria”, (1935), en: *Emmanuel Mounier: Obras*, traducción de Enrique Molina, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Tomo I, 1931-1939, p. 204 y siguientes.

⁸⁹ “Manifiesto al servicio del personalismo”, op. cit., p. 617.

Su pensamiento parte de considerar que no puede haber sociedad sin personas, individualmente consideradas, pero tampoco realización plena de la persona sin vida social. Por eso propugna: Ni individualismo ni colectivismo, sino primado de la persona con responsabilidad frente a los demás y sin olvidar el valor de la comunidad. Explica así su posición:

“Si hace falta una oposición para defender y salvar a la persona, nosotros somos de esa oposición. Pero nos negamos, al combatir por la persona, a combatir por esa realidad agresiva y avara que se atrinchera tras ella. Una persona no es un haz de reivindicaciones vueltas hacia dentro en el interior de una frontera arbitraria, ni no sé que inquieto deseo de afirmación. Es un estilo reductor de las influencias, pero ampliamente abierto a ellas, un poder orientado de espera y acogida. Es una fuerza nerviosa de creación y de dominio, pero en el seno de una comunión humana en la que toda creación es una irradiación y todo dominio un servicio. Es una libertad de iniciativa, o sea, un foco de comienzos, una primera pendiente hacia el mundo, una promesa de amistades múltiples, un ofrecimiento de uno mismo. Nadie se halla sino perdiéndose; nadie posee sino aquello que ama. Vayamos más lejos, hasta el extremo de la verdad que nos salvará: sólo se posee lo que se da. Ni reivindicación ni dimisión –nosotros rechazamos el mal de Oriente y el mal de Occidente–, sino un movimiento cruzado de interiorización y de donación.”⁹⁰

“Por todas estas vías [prosigue] tenemos que llegar a crear un hábito nuevo de la persona, el hábito de ver todos los problemas humanos desde el punto de vista del bien de la comunidad humana, y no de los caprichos del individuo.” Y agrega: “La comunidad no lo es todo, pero una persona humana que estuviera aislada no sería nada.”⁹¹ Una concepción que, al ser aplicada al ámbito político, le lleva a concluir: “El comunismo es una filosofía de la tercera persona, en impersonal. Pero hay dos filosofías de la primera persona, dos maneras de pensar y de pronunciar la primera persona: nosotros estamos en contra de la filosofía del yo y a favor de la filosofía del nosotros.”⁹²

Desde sus primeras obras PECES-BARBA es de similar posición. Si bien califica al ser humano como persona y destaca su valor, al mismo tiempo resalta la importancia de

⁹⁰ “Revolución personalista y comunitaria”, op. cit., pp. 188-189. Explica MOUNIER que el hombre medio de occidente ha estado moldeado por el individualismo renacentista y lo ha estado, durante varios siglos, en torno a una metafísica, a una moral, y a una práctica de la reivindicación. Pero ocurre que la persona no es ya un servicio en un conjunto, un centro de fecundidad y de donación, sino un foco de encono. Ese no es un auténtico humanismo. No es más que un disfraz civilizado del instinto de poder, “el producto sobriamente impuro que él podía dar en país templado bajo la policía benevolente del pensamiento analítico y del juridicismo romano.” (Vid. Ibid., p. 185). El verdadero humanismo es el que resalta el primado de la persona, en todas sus dimensiones incluyendo la espiritual, y al mismo tiempo no cae en el individualismo sino que tiene en cuenta el valor de la comunidad y el desarrollo de los demás.

⁹¹ Ibid., p. 193, ambas citas.

⁹² Ibid.

la comunidad para que pueda desarrollarse plenamente. Ya en su ensayo titulado “El Personalismo, hoy” (1967) sostiene:

“La persona no es un ser abstracto, ni una construcción filosófica, sino cada hombre concreto, con sus sufrimientos y sus alegrías, con sus esperanzas y deserciones. Su desarrollo integral, el de cada hombre concreto, sólo puede hacerse en la sociedad. Cada uno solo es plenamente persona entre los demás. Así, el hombre se hace, desde que nace, en una doble tensión, de interiorización, descubriendo en lo más profundo de la propia naturaleza las estructuras de la vida y de la conciencia, y de expansión, contrastando y puliendo su propio yo, en el descubrimiento del otro y en la resistencia y dificultades de las estructuras. Esta doble tensión supone una interinfluencia entre la conciencia y la sociedad, la naturaleza y la historia.”⁹³

La socialización es percibida así como una característica de la naturaleza humana. Supone el reconocimiento del otro como tal y la imposibilidad de alcanzar el desarrollo en solitario. No puede haber realización plena de la persona sin vida social, sin la participación activa de los demás. “No se puede ser plenamente persona si no es en la vida social, en la relación con los demás, donde se desarrolla el pensamiento y la cultura”⁹⁴. Por eso nuestro autor destaca la vocación del ser humano por la vida comunitaria, concibiéndolo como un sujeto que no se encuentra aislado, que necesita de los demás hombres y mujeres para poder desplegarse integralmente. Como consecuencia de ello, reconoce la importancia de la comunidad, de la sociedad, para la vida de las personas, para contribuir a ese desarrollo. Si el ser humano tiene una dignidad preeminente, la comunidad no sólo debe preocuparse de su progreso colectivo, sino también ser un medio de realización de cada persona. Por esa razón, tanto el Estado como la sociedad, así como cualquier otro colectivo o realidad social, deben estar orientados a contribuir al desarrollo integral de la persona: no pueden prescindir de ella, no deben someterla ni caer en un régimen que la trascienda; por el contrario, deben orientarse a coadyuvar a su realización, a fin de que cada una –con su esfuerzo, pero con la ayuda de todos– pueda alcanzar el máximo nivel posible de humanización en todas las esferas de su vida. La importancia que se reconoce a la comunidad, a la sociedad, hace que también se rechace todo planteamiento que prescinda de ésta.

Resulta importante precisar que la comunidad, o sociedad, a la que el modelo teórico de PECES-BARBA se refiere, no es un sujeto independiente de los seres humanos

⁹³ “El personalismo, hoy”, op. cit., p.39.

⁹⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 61.

que la integran; es decir, no tiene una existencia transpersonal, con capacidad de actuar, decidir y sentir prescindiendo de ellos, sino una agrupación de seres humanos organizada en base a la razón y orientada al cumplimiento de ciertos fines a favor del individuo. Él mismo lo precisa: “[l]a comunidad cuyo bien aquí defendemos, es una comunidad al servicio de la persona y no constituida en un ser trascendente, con unos fines distintos a los de la persona: alma nacional, espíritu objetivo...”, etc.⁹⁵.

Si bien la comunidad juega un papel importante en la realización del individuo, también es cierto que no puede haber comunidad sin personas: ella necesita de éstas para existir y poder estructurarse. Si se quiere una comunidad que sea un ambiente propicio para la humanización, para que el individuo pueda desarrollarse plenamente, es indispensable que éste no se encierre en sí mismo, que participe en su edificación y coopere con el desarrollo de quienes como él son personas. Persona y comunidad interactúan en una dinámica relación. En *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983), nuestro autor lo recuerda: “no hay vida personal sin vida social, ni vida social real sin vida personal”⁹⁶. Bajo este enfoque, el ser humano no sólo debe preocuparse por su vida individual sino también ser un actor social; debe cooperar y participar activamente en la sociedad, comunicarse con los otros y preocuparse por el progreso de su comunidad. Una dinámica que además de fomentar la amistad cívica, la comunicación y la construcción de una sociedad bien ordenada, favorece el propio desarrollo de la persona. PECES-BARBA lo comprende perfectamente:

“El clima que se crea en una sociedad organizada jurídica y políticamente en esa perspectiva [...] es el único que garantiza una auténtica participación libre de todos los hombres en la realización del Bien Común. Para una concepción personalista ésa es la clave de todo. Participación en la construcción de la sociedad, que a su vez favorecerá el desarrollo integral de la persona. Y a su vez persona libre y en desarrollo, que es la única que puede participar en la construcción de una sociedad. La participación comprometida es posible en una sociedad democrática, y es a su vez una condición indispensable, una garantía de los derechos fundamentales, de la libertad.”⁹⁷

⁹⁵ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 149.

⁹⁶ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 62.

⁹⁷ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., pp. 226-227

“La participación a su vez será condición necesaria de la comunicación entre los hombres, que es requisito para la existencia de unos derechos del hombre realmente protegidos. El modelo social que se ofrece frente al modelo de la comunicación es el de las sociedades autoritarias o totalitarias, montadas sobre el miedo y la desconfianza y donde la dialéctica amigo-enemigo es la clave de la vida política. [...]. La comunicación se fundamenta en una participación de hombres libres y abiertos los unos hacia los otros, en fraternidad o ‘fellowship’, como muy certeramente califican los anglosajones al espíritu de colaboración en la construcción de la sociedad.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 227).

“[P]ara [algunos de] los autores liberales [...] la pura libertad política era lo único imprescindible para que, dejando al libre juego de las personas en su actividad social el resto, se construyera una sociedad justa y humana. El resultado fue una sociedad individualista, formada por hombres encerrados en sí mismo [sic], en definitiva una sociedad egoísta y antihumana. [...], el personalismo en nombre de la persona humana criticó asimismo esas estructuras sociales y económicas surgidas de la sociedad liberal.”⁹⁸

“El pensamiento personalista representa uno de los esfuerzos para superar el individualismo, sin caer en un totalitarismo del Estado o de la sociedad”⁹⁹.

Estas ideas llevaron a nuestro autor a postular tempranamente un *equilibrio personalista*. Aquel que afirma la trascendencia de la persona sobre la sociedad y el Estado, que establece que estos últimos deben estar siempre orientados al servicio de su desarrollo integral; pero que, al mismo tiempo, rechaza el individualismo –no la individualidad–, la irresponsabilidad, el desinterés que prescinde de los demás y de la propia comunidad. “Ni individualismo egoísta”, ni “transpersonalismo totalitario”, son dos máximas que defiende PECES-BARBA¹⁰⁰. De esta manera, sitúa al ser humano como un sujeto anterior y superior a la sociedad y al Estado, un ser que no se disuelve en la colectividad, provisto de libertad y orientado a alcanzar el desarrollo más pleno; al mismo tiempo, resalta la importancia de la sociedad y del Estado en la cristalización jurídica y la eficacia de los derechos de la persona, en la organización racional y humanista de la vida social y, en general, en los esfuerzos destinados a facilitar su desarrollo¹⁰¹. Paralelamente, defiende la individualidad, pero rechaza el individualismo: la persona, a pesar de ser un fin en sí mismo, no debe ser egoísta, no debe prescindir de la comunidad ni rehusarse a cooperar en el bienestar de los demás. La sociedad debe estar bien ordenada con estos parámetros para reconocer y realizar el preeminente valor de la

⁹⁸ Ibid., pp. 231-232.

⁹⁹ Ibid., p. 97, nota a pie de página N° 47.

¹⁰⁰ Ibid., pp. 147, 148, respectivamente.

¹⁰¹ “Desde nuestro punto de vista personalista [afirma], es evidente que la persona es anterior y trasciende al Estado, pero eso tenemos que convertirlo en vigente, en regla de Derecho, y mientras no sea así no se puede cubrir retóricamente el problema con una afirmación –los derechos naturales– que no responde a la realidad.” “De ahí la fundamentación personalista y humanista de la doctrina de los derechos humanos. Representan el intento de cristalización jurídica de la afirmación de que el hombre trasciende al Estado, que no se agota en él ni en la sociedad, aunque necesite de ambos para su desarrollo. Impiden el totalitarismo, la disolución del individuo en la colectividad.” “El que una sociedad sea personalista supone que el hombre tiene autonomía y un destino que supera y no se agota en el de la sociedad. Toda persona, por muy indigente que sea, lleva en sí misma unas raíces de independencia, base de un desarrollo integral, que no se puede encontrar en ninguna sociedad. Ser personalista supone en definitiva ser antiautoritario, y ésta es la primera condición, la primera garantía del ejercicio de los derechos fundamentales.” (PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., pp. 134, 136 y 226, respectivamente).

dignidad humana; pero, al mismo tiempo, para mantener el sentido de interés general y de bien común, aunque orientados siempre al desarrollo integral de la persona¹⁰².

Si aplicásemos el equilibrio personalista a la teoría de los derechos fundamentales, advertiremos que existen consecuencias que contrastan de manera manifiesta con la que se desprendería de aplicar un individualismo liberal. A modo de ejemplo, el bien común aparecería como uno de los límites extrínsecos al ejercicio de los derechos fundamentales, a fin de que éstos no sean ejercidos bajo un individualismo egoísta que olvide el bienestar y desarrollo de los demás; pero, al mismo tiempo, dentro de un marco conceptual que evite que la referencia al bien común sea utilizada para subordinar al ser humano a la realización de objetivos transpersonales. Tal posibilidad es opuesta al liberalismo que busca evitar cualquier resquicio de interferencia en la vida de las personas. Al defender una serie de ámbitos de soberanía del individuo frente a lo colectivo, el liberalismo se opone a que los derechos fundamentales puedan ser limitados por consideraciones de interés general u otro bien colectivo. Para esta corriente política, la limitación de los derechos sólo puede justificarse mediante una ponderación de intereses particulares¹⁰³. En *Derechos Fundamentales, I. Teoría General (1973-1976)*, PECES-BARBA participa de la primera posibilidad al considerar al bien común como un límite extrínseco al ejercicio de los derechos fundamentales, pero enmarcado siempre dentro de los márgenes del equilibrio personalista:

“Lo más importante de este límite [nos dice] es su correcta caracterización para no caer en un individualismo egoísta –restricción al límite hasta hacerlo prácticamente inexistente– o en un transpersonalismo totalitario –extensión y consiguiente absorción de la persona por una comunidad con fines en sí que agoten e integren a los fines del hombre.”¹⁰⁴

Con ese cuidado advierte: “Si se entiende el bien común en el sentido transpersonalista, que aquí rechazamos, estaremos fuera del ámbito de una sociedad democrática, por lo que no tendrá sentido hablar de los derechos del hombre.” Por ese motivo define al bien común como el “conjunto de condiciones necesarias para el desarrollo integral de todos los hombres”; es decir, no lo relaciona con la sociedad o la comunidad, entendida como un sujeto que trasciende a la persona, sino con los propios

¹⁰² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., pp. 164 y 165.

¹⁰³ Vid: BARRANCO, María del Carmen. “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, op.cit., p. 213.

¹⁰⁴ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., pp. 148-149.

individuos que la integran, como un conjunto de bienes que se requieren para que éstos puedan alcanzar el cabal desarrollo de su condición. Un concepto que –aunque no se le superpone– PECES-BARBA entiende que puede ser identificado por vía indirecta con “el respeto al derecho de los demás”. Según esto: “Cuando el ejercicio de un derecho subjetivo fundamental puede impedir la creación o el progreso de estas condiciones, es decir, puede impedir o dificultar el progreso de la mayoría de los ciudadanos, entra en juego este límite del bien común.”¹⁰⁵ Un límite que, en cualquier caso, debe tener por objetivo último favorecer el desarrollo integral de la persona. Explica así esta posición:

“El bien común puede ser también un límite al ejercicio de los derechos fundamentales. A través de la idea de bien común, o de utilidad social, que también ha sido utilizada en diversos textos legales, se ha introducido entre los límites al ejercicio de los derechos subjetivos fundamentales el ideal comunitario, que intenta superar el aislamiento y el egoísmo que presentaban a veces los derechos en su versión individualista. [...] Sin embargo, será necesario el equilibrio personalista –afirmación de la trascendencia de la persona sobre el Estado y la sociedad– para evitar que la acentuación de la idea de bien común lleve a una concepción transpersonalista de éste, que acabe con la realidad de los derechos fundamentales y de su ejercicio. Para ello, el concepto más adecuado de bien común que tiene en cuenta su dimensión personalista –el servicio al desarrollo integral del hombre como función del bien común– y su dimensión comunitaria, es el que se plasma en el pensamiento de Juan XXIII, que lo definirá como el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo integral del hombre. Cuando el ejercicio de un derecho subjetivo fundamental dificulta la existencia de condiciones sociales que faciliten el desarrollo integral de los hombres, entra en juego el límite del bien común.”¹⁰⁶

Estas ideas son mantenidas por PECES-BARBA en su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General* (1995-1999) al considerar que: “entre los límites jurídicos generales de los derechos fundamentales, se encuentran los llamados bienes constitucionales”; mencionando entre ellos: “el orden público, la salud pública, la preservación del medio ambiente [y], la moral pública.”¹⁰⁷ Bienes que responden al bien común o interés colectivo y que deben ser ponderados junto con los derechos fundamentales, en una relación que es consustancial con la función social de este tipo de

¹⁰⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 149, todas las citas.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 147-148.

Exactamente JUAN XXIII define el bien común como “la totalidad de las condiciones de vida social que el hombre necesita para lograr plena y fácilmente su plena perfección personal” (*Mater et Magistra*, –1961–, traducción del texto latino de Carlos Humberto Núñez, edición preparada por Federico Rodríguez, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1961, numeral 65, p. 31); concepto que Juan XXIII reitera poco tiempo después al decir que: “el bien común consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona” (*Encíclica Pacem in Terris*, –1963–, –Colección Pax Romana–, presentación, sinopsis y notas de Joaquín Ruiz-Giménez, Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1963, numeral 57, p. 78).

¹⁰⁷ *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 592 y 593, respectivamente.

derechos. Sobre esto último, precisa: “[s]e puede decir que todos los derechos tienen una función social, derivada del tipo de Estado social y democrático de Derecho definido en la Constitución, y en ese sentido todos superan una visión individualista y aislacionista”¹⁰⁸. Una ponderación que siempre debe ser resuelta a favor del desarrollo integral de la persona; por eso en otro momento agrega: “[a]mbos bienes y derechos, en una organización jurídica democrática se encuentran realizando las mismas funciones al servicio del individuo y de la comunidad, o al servicio de la comunidad, con el objetivo último de favorecer al individuo”; en tal sentido, “deben ponderarse los efectos de cada derecho con los bienes constitucionales, para valorar sus límites y su alcance en cada supuesto”; en todos los casos, “[d]ebe partirse además de la finalidad última común de bienes y derechos, al servicio de la persona, porque ambos traen causa de los mismos valores superiores, raíz de su significado ético.”¹⁰⁹

Bajo esas premisas, se disuelve cualquier separación drástica entre el interés individual y el interés general, entre el bien privado y el bien de la comunidad, ya que en abstracto –dentro de esas consideraciones– no existe oposición entre ellos. No obstante, es menester insistir que, en el modelo que aquí se analiza, el bien común o interés general debe estar siempre orientado a la realización integral de la persona, individualmente considerada. De esa manera se procura ser coherente con el preeminente valor que se le reconoce y con el objetivo de construir una sociedad bien ordenada que tenga como fundamento y fin último a la persona. Se verifica una vez más que la filosofía moral y política que se siga, incluso la perspectiva antropológica de la que se parta, incidirán en la teoría y el estatuto de los derechos fundamentales.

Con tales criterios, no debe extrañar que las posturas y reflexiones de nuestro autor encuentren acomodo en tesis republicanas y socialistas, por la importancia que la primera brinda a la comunidad y la defensa que la segunda hace del valor igualdad (sin que eso signifique olvidar el papel que cumple el liberalismo político progresista, con sus aportes a favor de la individualidad). Tampoco debe extrañar el énfasis que pone en el valor solidaridad, a fin de derivar de él una serie de exigencias a cargo del individuo destinadas a que éste contribuya al desarrollo de los demás, al bienestar de la comunidad.

¹⁰⁸ Ibid., p. 610.

¹⁰⁹ Ibid., p. 593, las tres últimas citas.

Tal concepción antropológica explica por qué postula para su modelo un ciudadano con virtudes cívicas fuertes: comprometido con su comunidad y con el bienestar de los demás, un actor social que opte por la cooperación y el ejercicio de la ciudadanía, una persona que intervenga en el ámbito público deliberando y participando, especialmente en la formación y control de la voluntad estatal, en una actuación que tenga en cuenta tanto el interés individual como el bien común o interés general.

3. Un humanismo antropocéntrico secularizado

La antropología humanista de PECES-BARBA se termina de configurar con un tercer elemento: Con el transcurrir de los años la secularización de sus planteamientos se irá incrementando, porque también gana fuerza en su pensamiento la influencia de la Modernidad y de la Ilustración. Su personalismo comunitario se mantiene, aunque ahora se encuentra enriquecido con antiguos y nuevos aportes. Desarrolla así un humanismo antropocéntrico compatible con una perspectiva laica, pero también con la aproximación religiosa de cada persona. Es “un modelo personalista, laico y antropocéntrico”, como él mismo lo denomina en su *España civil* (2005)¹¹⁰. Un modelo que tiene como presupuesto la diferencia entre ética pública y ética privada.

En efecto, nuestro autor consolida una concepción con pretensión de que pueda ser compartida por todos: creyentes, agnósticos, ateos, etc. –ética pública–; que al mismo tiempo permita que todo individuo con una aproximación religiosa, o una perspectiva de fe, pueda enriquecerla o matizarla con una visión personal –ética privada–. Esta postura es explicada en su libro *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2002-2003) y en sus “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana” (2005). Supone una reflexión desde la Filosofía del Derecho que utiliza como método a la razón histórica para analizar los aportes que, con relación al ser humano y a su dignidad, realizaron distintos autores a lo largo del tiempo a través de diversas manifestaciones culturales. Aplica este método para extraer de ellos las racionalidades parciales que le resultan útiles para terminar de perfilar su propia concepción al respecto.

¹¹⁰ *La España civil*, op. cit., p. 119.

Esta aproximación le permite verificar que la idea sobre el ser humano, así como de la dignidad que le es reconocida, no ha sido siempre la misma. La idea que se tiene en la actualidad arranca del Tránsito a la Modernidad, aunque desde la Antigüedad existen ya materiales o precedentes que servirán para la construcción del modelo moderno¹¹¹. En ese recorrido si bien la palabra “dignidad” –o su equivalente– muchas veces no aparece expresamente, la idea que encierra se encuentra desde antiguo ya presente.

3.1. Hacia una visión antropocéntrica secularizada. El desarrollo histórico de la dignidad humana

Desde la Antigüedad surge, tanto en oriente como en occidente, la idea del hombre como grande, perfecto, distinto de los animales y de la naturaleza, ser racional capaz de comunicarse y de ser creativo. KHUNG-TSÉ (CONFUCIO), CICERÓN, PLATÓN, SÉNECA y OVIDIO, entre otros, son parte de una pléyade de pensadores de la Antigüedad que PECES-BARBA tiene especialmente en cuenta como muestra de que el origen de la idea de dignidad no es exclusivo de occidente, sino que sus rastros se encuentran también en la tradición de oriente¹¹². Los aportes de KHUNG-TSÉ, fundador del confucionismo y representante del pensamiento oriental, como de Marco Tulio CICERÓN, estoico y representante del pensamiento occidental, son ejemplos de ello: “La Ley de la gran Doctrina, o de la filosofía práctica [nos dice el primero], consiste en desenvolver e ilustrar el luminoso principio de la razón que hemos recibido del cielo, en regenerar a los hombres, y en situar su destino definitivo en la perfección, o sea en el bien supremo”¹¹³. “[L]a excelencia de la naturaleza humana [destaca el segundo], considerada en todo lo que la distingue de los demás animales”, se vincula con la razón y el habla “que, enseñando, aprendiendo, comunicando, disputando y juzgando, concilia los hombres entre sí y los une en una sociedad natural.”¹¹⁴

¹¹¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 21.

¹¹² Vid, como prueba, su obra precedentemente citada (Ibid., pp. 21-26).

¹¹³ “El Ta-Hio o el Gran Estudio”, en: *Confucio, Los Cuatro Libros de Filosofía Moral y Política de China*, versión de J. Farrán y Mayoral, José Janés, Barcelona, 1954, p. 3.

¹¹⁴ *Los Oficios, con los diálogos de la vejez, la amistad, las paradojas y el sueño de Escisión*, (Colección Austral), traducidos por Manuel de Valbuena, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1943, Libro I, capítulo XXVII, p. 63; y capítulo XVI, p. 45, respectivamente.

En la Antigüedad la idea de dignidad no sólo aparece asociada con tales atributos. También aparece vinculada con el título que una persona ostenta, la imagen que representa o la función eminente que cumple en la vida social. En Roma, por ejemplo, la idea de dignidad se encontraba relacionada con la jerarquía o condición que las clases sociales más altas ostentaban: ellas se comportaban con “dignidad” y se aceptaba socialmente que fuesen tratadas con “dignidad”.

Sin excluir otros aportes teológicos o religiosos, con la aparición y difusión del judaísmo y del cristianismo, el ser humano recibe una importancia primordial al concebirse como ser creado a imagen y semejanza de Dios, elevándose la idea de dignidad a dimensiones trascendentes. Una muestra de la importancia que tiene desde la Antigüedad la perspectiva teocéntrica. Resulta especialmente significativo la condición que el Génesis atribuye al ser humano: “Entonces dijo Dios: Hagamos a los seres humanos a nuestra imagen, según nuestra semejanza, para que dominen sobre los peces del mar, las aves del cielo, los ganados, las bestias salvajes y los reptiles de la tierra”¹¹⁵. “Y creo Dios a los seres humanos a su imagen; a imagen de Dios los creó; varón y mujer los creó”¹¹⁶; condición que es exaltada por uno de los Salmistas al agregar: “¿qué es el hombre para que te acuerdes de él, el ser humano para que cuides de él? Lo hiciste apenas inferior a un dios, coronándolo de gloria y esplendor; le diste poder sobre la obra de tus manos, todo lo pusiste bajo sus pies”¹¹⁷. PECES-BARBA encuentra en estas escrituras un ejemplo de la especial condición que el Génesis y uno de los Salmistas atribuyen al hombre y a la mujer como seres superiores de la tierra, creados a imagen y semejanza de Dios¹¹⁸. El cristianismo añade la redención y filiación divina al considerarlos también como hijos de Dios: creación y redención son los dos pilares sobre los que descansa la idea cristiana de dignidad humana. Con ello se inaugura una nueva manera de valorarlo: Porque “[t]anto amó Dios al mundo que le dio a su Hijo único, para

¹¹⁵ “Génesis”, 1: 26, en: AA.VV. *Biblia de América*, traducción íntegra de los textos originales con introducciones, notas y vocabulario bíblico, s/t, aprobada por la Conferencia del Episcopado Mexicano, y autorizada por la Conferencia Episcopal de Colombia y la Conferencia Episcopal de Chile, La Casa de la Biblia, PPC, Sígueme, Verbo Divino, Madrid, 1999, p. 11.

Las citas a los libros de la Biblia que se hacen en este trabajo corresponden a esta edición de la *Biblia de América*.

¹¹⁶ “Génesis”, 1: 27, en: *Ibid.*

¹¹⁷ “Salmos”, 8: 5-7, en: *Ibid.*, p. 899.

¹¹⁸ Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 22-23.

que todo el que crea en él no perezca, sino que tenga vida eterna”¹¹⁹. “Consideren el amor tan grande que nos ha demostrado el Padre: hasta el punto de llamarnos hijos de Dios; y en verdad lo somos”¹²⁰.

Esta perspectiva teocéntrica iniciada en la Antigüedad adquiere mayor auge en la Edad Media hasta caracterizarla como expresión de la condición y dignidad humana. Paradójicamente, se ve oscurecida por el contexto social que también caracterizaba a dicho período histórico: por las relaciones feudales basadas en los vínculos de superioridad entre el señor y sus vasallos, por las situaciones de dominación contra la mujer y diferentes grupos humanos (situación que hunde sus raíces en la Antigüedad y que desgraciadamente se mantiene), así como por las relaciones corporativas o comunitarias sustentadas en la desigualdad que disminuyen y hasta privan de dignidad a los sujetos ubicados en los estamentos inferiores.

En el Tránsito a la Modernidad la idea sobre la condición humana empieza a abandonar progresivamente su religación divina o las dimensiones que trascienden al ser humano terrenalmente considerado, así como la noción que vincula la dignidad con el cargo, el título o la imagen que una persona representa o se le reconoce en sociedad. Es en este período, especialmente con el Renacimiento, donde se desarrolla una visión optimista del ser humano y una gran confianza en su ingenio y capacidades. Se produce una exaltación del individuo, una reivindicación de su libertad y de su capacidad para razonar y construir su propio destino, para actuar en el campo del arte, de la literatura, de la cultura, etc., sin mediación ni barrera alguna. Es un período donde la dignidad del ser humano se construye haciéndose hincapié –fundamentalmente– en dimensiones exclusivamente humanas, terrenales, para identificar sus rasgos. Período que pese al retroceso que supuso el siglo XVII para la idea de dignidad (no porque ésta se encontrase ausente, sino porque aparece con menos entusiasmo por las dificultades que el ser humano tuvo que enfrentar en dicho siglo para su desarrollo) proporcionará los cimientos

¹¹⁹ “Evangelio según San Juan”, 3: 16, en: AA.VV. *Biblia de América*, op. cit., p. 1287.

¹²⁰ “1 Juan” (Primera Epístola de San Juan), 3: 1-2, en: *Ibid.*, p. 1514.

“Es Dios quien le muestra al hombre cómo comprender su propia dignidad. Más allá de los argumentos de [D]erecho natural –no sólo sin oponerse a ellos, sino confirmándolos desde una instancia superior y aun llevándolos más allá–, la Revelación abre una nueva manera de valorar la vida del ser humano.” (DOIG, Germán. *Los Derechos humanos y la Enseñanza Social de la Iglesia*, Asociación Vida y Espiritualidad –VE–, Lima, 1991, p. 43).

sobre los cuales se edificará el modelo moderno¹²¹. PECES-BARBA resalta en este período la obra de varios autores que le sirven de referente: de los humanistas renacentistas los aportes de: Gianozzo MANNETI, Pico DE LA MIRÁNDOLA, Lorenzo VALLA, Angelo POLIZIANO, Pietro POMPONAZI, Giordano BRUNO, y otros más; entre los españoles de ese período: Fernán PÉREZ DE LA OLIVA, Juan DE BROCAR, Juan Luis VIVES, etc.; y entre los escritores religiosos de esa época: San Juan DE LA CRUZ, Santa TERESA, Luis DE MOLINA, Fray Luis DE GRANADO, y otros; de los pensadores del XVII: LA BRUYÈRE, PASCAL, PUFENDORF, TOMASIO, etc.¹²². Resultan significativas, como ejemplo de la exaltación de la condición humana en el Tránsito a la Modernidad, las ideas que Pico DE LA MIRÁNDOLA y Giordano BRUNO transmiten, respectivamente:

“Ni celeste, ni terrestre te hicimos, ni mortal, ni inmortal, para que tú mismo, como modelador y escultor de ti mismo, más a tu gusto y honra, te forjes la forma que prefieras para ti. Podrás degenerar a lo inferior, con los brutos; podrás realzarte a la par de las cosas divinas, por tu misma decisión.”¹²³.

“[L]os dioses habían dado al hombre el intelecto y las manos y lo habían hecho semejante a ellos, concediéndole un poder sobre los demás animales, el cual consiste en poder actuar no sólo según la naturaleza y lo ordinario, sino además fuera de las leyes de ella a fin de que (formando o pudiendo formar otras naturalezas, otros cursos, otros órdenes con el ingenio, con esa libertad sin la cual no poseería dicha semejanza) viniera a conservarse dios de la tierra”¹²⁴.

Con esos precedentes, la Modernidad aborda el problema de la condición humana desde una perspectiva antropocéntrica y laica¹²⁵. En ella resultan significativos los

¹²¹ José Antonio MARAVALL refiriéndose a esta época de dificultades para el desarrollo de la dignidad humana nos dice: “el hombre según se piensa en el siglo XVII, es un individuo en lucha, con toda la comitiva de males que a la lucha acompañan, con los posibles aprovechamientos también que el dolor lleva tras de sí, más o menos ocultos. En primer lugar se encuentra el individuo en combate interno consigo mismo, de donde nacen tantas inquietudes, cuidados y hasta violencias, que desde su interior irrumpen fuera y se proyectan en sus relaciones con el mundo y con los demás hombres. El hombre es un ser agónico, en lucha dentro de sí, como nos revelan tantos soliloquios de tragedias de Shakespeare, de Racine, de Calderón. En la mentalidad formada por el protestantismo se da, no menos que en los católicos que siguen la doctrina del decreto tridentino ‘De justificatione’, la presencia de un elemento agónico en la vida interna del hombre” (*La Cultura del Barroco*, -1975-, sexta edición, Ariel, Madrid, 1996, p. 328).

¹²² Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 28-42.

¹²³ DE LA MIRÁNDOLA, Pico. *De la dignidad del hombre, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro y Del ente y el uno*, (Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales), edición, introducción, traducción y notas de Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 105.

¹²⁴ BRUNO, Giordano. *Expulsión de la bestia triunfante*, -Alianza Universidad-, traducción, introducción y notas de Miguel A. Granada, en colaboración con el Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 227.

¹²⁵ Sobre el particular refiere Marie-Luce PAVIA: “La dignidad sumerge sus raíces en la modernidad que, ella misma venida desde lejos, impone al humanismo y pone al individuo en el centro de un nuevo cosmos social, contra el antiguo régimen, es decir, el de la sociedad holista. Como un concepto operatorio, ella marca la aparición de una filosofía jurídica de los derechos del hombre que otorga los medios para

aportes de los pensadores de la Ilustración, en cuyas obras aparecen también los rasgos que caracterizan al ser humano y que expresan razones para justificar la eminente dignidad que se le reconoce. Sus posiciones se ven acompañadas por un optimismo sobre las posibilidades de progreso y por unas circunstancias favorables que impulsan el humanismo; sin que eso signifique justificar los excesos pues la Ilustración se plantea también los límites, tanto de la acción como de la razón, relacionando libertad, dignidad y moralidad. PECES-BARBA destaca en este período a WOLFF, VOLTAIRE, ROUSSEAU, KANT y FICHTE, entre otros, como referentes de su propia concepción¹²⁶. En palabras de Martín KRIELE:

“El principio básico de la ilustración política era, así pues, el siguiente: *Cada hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad*. Este principio plantea una exigencia intelectual y una exigencia moral. *Intelectualmente*, se trata de determinar las condiciones concretas de la realidad necesarias para la realización de ese derecho. *Moralmente*, la efectuación de aquellas condiciones presupone solidaridad y compromiso: sentir la injusticia, la indignancia o la miseria de los demás como propias y luchar por conseguir reducir las. La ilustración política es, pues, una combinación de realismo y solidaridad. Ambos elementos se complementan mutuamente. Un realismo descarnado que desplazase la moralidad hacia la determinación abstracta de los fines y considerase los medios únicamente bajo el prisma de su utilidad inmediata, lesionaría tanto los requisitos de solidaridad, como lo hace un moralismo no realista.”¹²⁷

Uno de los autores más representativos de la Ilustración, que ejerce una importante influencia en el antropocentrismo secularizado de PECES-BARBA, es Jean-Jacques ROUSSEAU. Nuestro autor considera su aporte como “el modelo de la dignidad humana compatible con la fe”; pues aunque “pasa por la crítica a la actitud de las Iglesias [...] se sitúa, por su religiosidad natural, entre los defensores de la compatibilidad entre la dignidad y la religiosidad, no sometida al control de las Iglesias.”¹²⁸

pensar acerca de ‘la naturaleza humana’, despeja los presupuestos de la fe, las costumbres y las instituciones que hacen la historia concreta de los individuos. El descubrimiento de la dignidad cumple su papel ahí: después de haber abstraído todo el peso de los hechos, se pasó de la naturaleza a la naturaleza humana y a la igualdad de la dignidad de los hombres entre ellos.” (“La découverte de la dignité de la personne humaine”, en: *La dignité de la personne humaine*, –Études Juridiques–, sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, Economica, París, 1999, p. 3, traducción personal).

¹²⁶ Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 44-59.

¹²⁷ “Libertad y dignidad de la persona humana”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, traducción de José M. Beneyto, Nº 9, 1982, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 40.

¹²⁸ *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 51, la primera cita; y 56, la segunda.

ROUSSEAU parte de su propia inteligencia e imaginación para avanzar, paso a paso, a través de la experiencia, la observación y la reflexión, hasta llegar a las leyes de la dinámica, de la materia y a la armonía del todo. En esa constatación descubre a Dios: “el mundo está gobernado por una voluntad poderosa y sabia” que es además una suprema inteligencia, afirma¹²⁹. “A este ser que quiere y que puede, a este ser activo por sí mismo, a este ser, en fin, cualquiera que sea, que mueve el universo y ordena todas las cosas, yo lo llamo Dios”¹³⁰. Con esta conclusión vuelve su mirada al hombre porque reconoce que le es imposible ir más allá. Lo concibe como el primero en la jerarquía del mundo por los rasgos que lo distinguen del resto de la naturaleza: “Percibo a Dios por todas partes en sus obras [dice]; lo siento en mí, lo veo a mi alrededor, pero tan pronto como quiero contemplarlo en sí mismo, tan pronto como quiero buscar dónde está, qué es, cuál sea su sustancia, se me escapa, y mi espíritu turbado ya no percibe nada”¹³¹. Y agrega:

“Es pues verdad que el hombre es el rey de la tierra que habita, porque no solamente domina a todos los animales, no sólo dispone de los elementos por su industria, sino que es el único en la tierra que sabe disponer de ellos, y se apropia, además, por la contemplación, de los astros mismos, a los que no puede acercarse. ¡Que me muestren otro animal sobre la tierra que sepa hacer uso del fuego, y que sepa admirar el sol! ¡Cómo! Puedo observar, conocer los seres y sus relaciones, puedo sentir lo que es orden, belleza, virtud, puedo contemplar el universo, elevarme hasta la mano que lo gobierna, puedo amar el bien, hacerlo, ¿y he de compararme con las bestias? [...].

En cuanto a mí, [...] contento con el lugar en que Dios me ha puesto, después de él nada veo mejor que mi especie, y si yo tuviera que escoger mi lugar en el orden de los seres, ¿qué podría escoger más que ser hombre?”¹³².

La conciencia individual es, para él, el elemento principal de la dignidad humana, la que guía su libertad e inteligencia, la que finalmente define la moralidad de sus acciones¹³³. Por eso critica el dogmatismo, la intolerancia, el irracionalismo. Respetar la

¹²⁹ *La Profesión de fe del vicario saboyano, de Jean-Jacques Rousseau, (1762), (El libro universitario), edición de Ignacio Izuzquiza, versión de Mauro Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 65.*

¹³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*, p. 66.

¹³³ “Hay pues en el fondo de las almas un principio innato de justicia y de virtud por el cual, a pesar de nuestras propias máximas, juzgamos nuestras acciones y la de los demás como buenas o malas, y es a ese principio al que doy el nombre de conciencia.” “¡Conciencia! ¡Conciencia! Instinto divino, inmortal y celeste voz; guía seguro de un ser ignorante y limitado, pero inteligente y libre; juez infalible del bien y del mal, que hace al hombre semejante a Dios; tú eres quien hace la excelencia de su naturaleza y la moralidad de sus acciones; sin ti no siento nada en mí que me eleve por encima de los animales, salvo el triste

libre adhesión a la fe de cada persona, pero crítica a las sectas y a las estructuras eclesiales de las Iglesias que pretenden imponer su intermediación entre Dios y los hombres, tener el monopolio de la verdad y administrar en exclusiva la palabra divina: “Si sólo se hubiera escuchado lo que Dios dice al corazón del hombre, nunca habría habido más que una religión sobre la tierra”, sentencia ROUSSEAU. Y concluye: “No otorguemos nada al derecho de nacimiento y a la autoridad de los padres y de los pastores, sino que sometamos a examen de conciencia y de la razón cuanto nos han enseñado desde nuestra infancia.” E insiste: “Aunque me griten: somete tu razón. Eso mismo puede decirme quien me engaña; necesito razones para someter a mi razón”¹³⁴. “El Dios que adoro no es un Dios de tinieblas, no me ha dotado él de entendimiento para prohibirme su uso; decirme que someta mi razón es ultrajar a su autor. El ministro de la verdad no tiraniza mi razón; la esclarece.”¹³⁵

Una tradición seguida por muchos desde el siglo decimonónico hasta la actualidad. PECES-BARBA destaca entre los autores contemporáneos a los del socialismo ético, en particular a Fernando DE LOS RÍOS, Carlo ROSSELLI, Elías DÍAZ, Virgilio ZAPATERO, entre otros¹³⁶. Precisamente es Fernando DE LOS RÍOS quien adopta una postura similar en la primera mitad del siglo XX. Sus reflexiones en materia religiosa han influido mucho en la evolución de las ideas de PECES-BARBA, especialmente para profundizar en la importancia de la laicidad, el pluralismo, la tolerancia y la libertad de conciencia, religiosa e ideológica¹³⁷. Su humanismo tiene una base religiosa no clerical del que nuestro autor dice sentirse muy próximo¹³⁸.

DE LOS RÍOS defiende la supremacía de los valores espirituales, pero con una actitud de heterodoxia religiosa: una religiosidad espiritualizada e interiorizada de manera personal, íntima, con hambre de absoluto, de exploración espiritual, y vivida de manera libre, con base en la emoción, en los sentimientos y apoyada en la soberanía crítica de la conciencia. Por eso rechaza la necesidad de una Iglesia-institución como

privilegio de perderme de error en error con la ayuda de un entendimiento sin regla y de una razón sin principio.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ibid.*, pp. 80 y 82, respectivamente).

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 89, la primera; y 91, las dos últimas.

¹³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ibid.*, p. 94.

¹³⁶ Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 60-61.

¹³⁷ Así lo reconoce el propio PECES-BARBA en: *La España civil*, op. cit., p. 246 y 247-248.

¹³⁸ Vid: *Ibid.*, p. 242.

ámbito para desarrollar la espiritualidad y entrar en diálogo con Dios. Profesa un cristianismo de corte erasmista: simplificado, humanista, anticlerical y con un espíritu tolerante, compasivo, amante de la libertad. Tal forma de entender la religiosidad le lleva a oponerse a los dogmas, las estructuras eclesiales, los ritos religiosos y la juridificación de la religión. También a las Iglesias que aparecen como instituciones de verdades absolutas y no como fuentes de espiritualidad preocupadas por el vivir antes que en el pensar. Rechaza cualquier forma de organización religiosa que plantee a sus fieles el optar entre la adhesión o la sanción. Cuestiona a aquellas Iglesias identificadas con el poder político, que se preocupan más por el poder, por el beneficio de sus jerarquías antes que en la evangelización o el crecimiento espiritual de sus feligreses¹³⁹. Recordando los avatares por los que ha pasado la cristiandad religiosa, expresa:

“La emoción evangélica que hace del sermón de la montaña una ley de la conducta, se transforma en su esencia, con el Credo niceno al convertirse la religión en dogma y en principios articulados de mera razón. Se era cristiano antes por la manera de expresar en el vivir la sed de divinidad, el ansia por imitar a Cristo; se principia a ser católico, una vez constituido el dogma, por la conformidad del pensar propio con el canon elaborado por la razón. La bella y profunda tradición de los reformadores morales griegos y romanos, con los cuales enlaza históricamente el cristianismo de los primeros siglos, se rompe una vez que la religión atiende más al pensar que al vivir, al dogma que a la conducta, y esta ruptura llevó consigo el que la Iglesia se ocupara de sí más que de Dios, ateniéndose preferentemente a defender su construcción histórica, su organización, su dogma, más bien que a luchar por orientar la vida en el Evangelio. La autoridad de la razón ha ahogado el sentimiento religioso en el seno de las Iglesias cristianas; el propio protestantismo ha abandonado en los momentos supremos la obra evangelizadora.”¹⁴⁰

Estas son las ideas que finalmente asume PECES-BARBA. Al abordar en su *España civil* (2005) la orientación que han tenido sus intereses intelectuales y que ha centrado su trayectoria, explica que ella ha consistido en el papel preponderante de la persona. Su

¹³⁹ Algunos de los análisis que Fernando DE LOS RÍOS efectúa sobre este tema y que explican su distanciamiento de la Iglesia-institución puede verse en su obra: *Religión y Estado en la España del siglo XVI*, Ponencia presentada al Congreso Internacional de Filosofía celebrado en la Universidad de Harvard (Estados Unidos) y publicada en el Instituto de las Españas de la Universidad de Columbia, 1927. Esta obra, ampliada, pero a la vez inacabada, fue publicada posteriormente en el Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

¹⁴⁰ *El sentido humanista del socialismo*, op. cit., p. 130.

“Cuando dominaba en el cristianismo la alegría que revelan los primitivos sepulcros cristianos, en los que Cristo, joven y sereno como Apolo, era simbolizado como fuente de bienes, no necesitaba la Iglesia recurrir a la amenaza religiosa para mantener dentro de sí a los fieles porque no quería sino a quien se le acercase por íntima atracción, no deseaba retener al remiso, quería la entrega amorosa. Pero la larva dogmática de Nicea, fuertemente estimulada por la pasión combativa de San Agustín, puso cerco a la religiosidad y le planteó en términos categóricos el dilema: creer o no creer lo que se ordena; el vivir o no con pureza, el sentir o no, como Epicteto, que el individuo es ‘templo vivo y encarnación de El’, y honrar en todo instante el templo, no fue objeto de sus afanes.” (DE LOS RÍOS, Fernando. *Ibid.*).

“orientación personalista, influida por Maritain y por el Mounier de *Esprit*, no es más que el inicio de lo que constituirá un tema permanente en [sus...] reflexiones.” Sobre el particular, recuerda: “En un primer momento, la aproximación tendrá un componente religioso cercano a la Iglesia católica aunque con sentido crítico, en la línea de Maritain y Mounier”; sin embargo, “poco a poco, debido a mi propia reflexión y al conocimiento de la obra de autores como Fernando de los Ríos, la visión del tema se va secularizando y derivando hacia una postura antropocéntrica, aunque no necesariamente desligada de dimensiones religiosas cercanas al cristianismo erasmista.”¹⁴¹

3.2. La persona como centro del mundo y centrada en el mundo. La opción por la laicidad, no por el laicismo

El proyecto de la Ilustración y la Modernidad, con antecedentes en el Tránsito a la misma y raíces en la Antigüedad, es la tradición cultural a la que PECES-BARBA finalmente se adhiere. Antropocentrismo y laicidad son las coordenadas que terminan de perfilar su concepción sobre la persona y la dignidad humana. “En mi opinión [nos dice] la reflexión sobre la dignidad humana desde la Filosofía del Derecho se sitúa como una reflexión plena a partir del Tránsito a la Modernidad, y supone la idea del hombre centro del mundo y centrado en el mundo, con lo que antropocentrismo y secularización o laicidad son las coordenadas en las que se encuadra el tema”¹⁴².

Según esta concepción, el ser humano es *centro del mundo* (visión antropocéntrica) porque tiene unos rasgos que lo distinguen del resto de la naturaleza, rasgos que son la marca de su dignidad y expresión de su condición: un “ser libre, con capacidad de elegir, ser racional, con capacidad de construir conceptos generales, ser moral con habilitación para escoger y asumir un ideal de vida, que puede ser presentado como susceptible de ser universalizable, y ser comunicativo, capaz de diálogo con los otros, y de transmisión oral o escrita de su propia semilla de creación”¹⁴³. Está además *centrado en el mundo* (visión desde la laicidad) porque es un ser humano secularizado,

¹⁴¹ *La España civil*, op. cit., p. 261, todas las citas.

¹⁴² *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 19.

¹⁴³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 59.

independiente, que piensa, cree y decide por sí mismo, que se comunica y dialoga con las demás personas pero que decide libremente sobre su ética privada; un sujeto que es definido, caracterizado, sin necesidad de acudir a ningún referente externo, sea de índole religioso, divino o socialmente jerárquico, sino única y exclusivamente a través de rasgos naturales o terrenales¹⁴⁴. Estas dos ideas son inseparables para PECES-BARBA. La visión antropocéntrica permite reconocer la eminente dignidad del ser humano y dar una respuesta al problema de su condición, a todo lo que es –o debe ser–, a cómo debe ser tratado, a cuáles son sus fines, etc. La visión laica contribuye a situar esa dignidad en el proyecto de la Modernidad y la Ilustración, convirtiéndola en un centro de referencia para la construcción de la ética pública de las sociedades libres, abiertas, plurales y democráticas.

“Este punto de vista [explica] permite una aproximación a la idea de dignidad compatible con una concepción religiosa de la vida de cada persona, o con una aproximación laica. El concepto de hombre centrado en el mundo, supone que sus criterios de organización de la sociedad parten de la distinción entre ética pública y ética privada, pero no que cada persona no pueda tener una apertura de fe y de creencia en un Dios personal, que le guíe en su ética de salvación, de virtud o de bien. Ésa es precisamente la última de las dimensiones de su dignidad, su capacidad para elegir libremente su ética privada. Si estamos ante una persona religiosa [y cristiana], para él, su dignidad se incrementará en lo que llama Maritain el humanismo integral, es decir, el humanismo religado con la fe de Cristo. Será un punto de vista que adjetivará la dignidad humana del creyente, con un fundamento religioso, de vinculación de esa humanidad con una idea trascendente.”¹⁴⁵

Eso no supone admitir la existencia de dos dignidades de diferente nivel, con el predominio de una sobre la otra. Se parte de reconocer que todos los seres humanos son iguales en dignidad, sean o no creyentes, sea cual fuere su situación o condición en la vida social; por lo tanto, no hay una posición de privilegio o subordinación entre las personas. La clave de la dignidad la proporciona el sólo hecho de ser persona, sean o no creyentes. Lo que ocurre es que para el creyente esa igual dignidad se ve potenciada al vincularla con Dios o una dimensión trascendente. “En todo caso [prosigue nuestro autor], tendríamos una idea de dignidad humana del hombre centrado en el mundo que la extrae de sus condiciones de humanidad y sin diferencia, en un plano de igualdad”; y, por

¹⁴⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 12-13.

¹⁴⁵ Ibid., p. 15.

otro lado, “la dignidad del que sitúa esa dignidad, además, en la creencia en un Dios personal que potencia subjetivamente, para el creyente, su propia dignidad.”¹⁴⁶

Para PECES-BARBA la dignidad es igual para todos, e incluso para el creyente –del que aquí se habla– la elevación de la dignidad es universal o común a todos. En consecuencia, lo expuesto anteriormente no significa que, con el argumento de vincular la dignidad de la persona a una dimensión trascendente, pueda imponerse a los demás una determinada creencia religiosa o filosófica. Mucho menos que se pueda hacer distinciones entre las personas en base a sus ideas que, lejos de potenciar la dignidad que les corresponde, la minen o perviertan produciendo situaciones de discriminación. La perspectiva de fe a la que aquí se hace referencia es aquella que potencia la dignidad de *todos* los seres humanos, la que reconoce en cada una de las personas una *igual* dignidad y se interesa por su desarrollo a plenitud. Una perspectiva humanista que actúa con tolerancia y con respeto a la igual dignidad de todos y cada uno de los hombres y mujeres, como corresponde en una sociedad libre, abierta, plural y democrática.

El problema se complica –advierte nuestro autor– “cuando interviene no una creencia religiosa, sino una concepción eclesiástica”, es decir, “una Iglesia con sus cánones, en una juridificación de la religión, con sus verdades indiscutibles y con una concepción del bien desde una filosofía comprensiva”; porque en ese caso suele existir “una tendencia a distinguir entre creyentes y no creyentes, identificando a unos y a otros como santos o como pecadores”, con posiciones fundamentalistas, cerradas e intolerantes¹⁴⁷.

“La interferencia de un dogmatismo fundamentalista [explica], o la creencia del agustinismo político, de que la luz de la verdad no cabe sino en los creyentes iluminados por Dios, puede romper la igual condición de todos los hombres y, por consiguiente, su igual dignidad. En los últimos tiempos determinadas concepciones del Islam, no toda la cultura religiosa islámica, ha predicado la guerra santa y ha justificado atentados terroristas, que han dañado la dignidad humana, al no considerar a todos titulares de esa dignidad, reservada exclusivamente a los creyentes.”¹⁴⁸

Conviene matizar estas últimas ideas. Claro que un dogmatismo fundamentalista que trate a las personas indignamente vulnera la dignidad humana y, por consiguiente, debe ser criticado moralmente y enfrentado con las normas del Estado de Derecho y de la

¹⁴⁶ Ibid., p. 16, ambas citas.

¹⁴⁷ Ibid., todas las citas.

¹⁴⁸ Ibid.

sociedad democrática. Pero eso no puede llevar a sostener que la sola actuación de una Iglesia, la existencia de una concepción eclesiástica o de unos cánones religiosos produzcan por sí mismos situaciones de indignidad o de discriminación. No digo que PECES-BARBA lo sostenga, pero conviene hacer la precisión. Una determinada Iglesia o concepción religiosa puede promover la dignidad del ser humano o puede violarla. Lo mismo ocurre con un colectivo, una sociedad e incluso con el Estado que se dice democrático. Se puede ser profundamente religioso y respetar la dignidad humana, incluso cumplir con una función eclesiástica y promover a la persona; como se puede ser radicalmente laico y vulnerarla¹⁴⁹. Lo recíproco también es cierto. Lo importante es reconocer, defender, garantizar y promover la igual dignidad de la persona en todas las esferas de la vida. Lo importante es combatir las situaciones de indignidad contra la persona, provengan de quien provengan, y trabajar para que éstas no ocurran.

También conviene precisar que PECES-BARBA postula la laicidad, no el laicismo¹⁵⁰. La *laicidad* apunta a que los ámbitos públicos (como es el caso de la política y del Derecho) se rijan por razones desprovistas de todo contenido clerical o teológico (secularización); pero respetando siempre la posibilidad de que las manifestaciones religiosas se expresen libremente y que sus razones, desprendidas de su raíz religiosa, puedan incorporarse a los ámbitos públicos. El límite común es que no afecten la autonomía ni la inviolabilidad de las personas (dignidad). El *laicismo*, en cambio, es la negación de todo contacto con lo religioso, el rechazo de cualquier argumento o manifestación de índole religiosa; es, pues, una postura excluyente, intolerante, impropia de una sociedad democrática. En sus apuntes: “De la secularización a la laicidad” (2007), nuestro autor expresa también esta distinción: “La laicidad es una situación, estatus político y jurídico que garantiza la neutralidad pública en el tema religioso, el pluralismo y los derechos y las libertades, mientras que el laicismo es una actitud enfrentada y

¹⁴⁹ El propio PECES-BARBA llegó a reconocer, por ejemplo, que el Papa JUAN XXIII cumplió una labor de promoción de la dignidad de la persona a través de su encíclica *Pacem in Terris*. Vid al respecto su artículo: “Las declaraciones liberales de derechos: A Juan XXIII, con respeto y agradecimiento”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, (Extraordinario), Nº 35, junio de 1973, pp. 16-18.

¹⁵⁰ Se trata de una distinción muy presente en el pensamiento filosófico jurídico de PECES-BARBA pero que, en ocasiones, seguramente por su insistente crítica a la Iglesia católica (presente en muchos de sus trabajos más recientes), prácticamente queda desdibujada. Así ocurre, por ejemplo, cuando reprocha a los grupos religiosos que buscan extender sus preceptos al conjunto de los ciudadanos que no son todos creyentes, y cuando afirma que la religión debe mantenerse en el ámbito de lo privado (Vid sus obras: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 16; y, *La España civil*, op. cit., p. 41).

beligerante frente a las Iglesias.”¹⁵¹ Por eso, en su *España civil* (2005) denuncia: “Los manipuladores de la comunicación, los mercenarios de la pluma, están inmersos en una campaña para identificar laicismo y laicidad y situarnos a los defensores de la España constitucional y civil como perseguidores de la Iglesia”¹⁵². Y agrega: “La laicidad, la concepción laica del Estado, es inseparable de la democracia y supone reconocer la autonomía de la política y de la ética pública frente a las pretensiones de la Iglesia de legitimar el poder político vinculándolo con su particular concepción de la verdad.”¹⁵³ Luego, para que no quede duda de su posición, precisa: “[eso] no conlleva que la democracia sea contraria al hecho religioso ni a los estamentos eclesiásticos, aunque frente al clericalismo monopolista haya existido un laicismo agresivo enemigo del fenómeno religioso”¹⁵⁴.

Por tales motivos llama la atención el reproche que hace PECES-BARBA a los grupos religiosos que buscan “extender sus preceptos al conjunto de los ciudadanos que no son todos creyentes de esa ética privada”, y cuando afirma que “[l]a sociedad tiene que mantener la religión en el ámbito de lo privado”¹⁵⁵. Estas afirmaciones no son armoniosas con el modelo que el propio autor propugna. Para serlo sólo pueden referirse a manifestaciones religiosas que no respetan la autonomía o inviolabilidad de las personas (dignidad); y así deben ser entendidas –a fin de guardar coherencia con el modelo en estudio–. Sus propias palabras resultan aclaratorias al respecto: “las convicciones de una persona libre deben surgir de la intimidad de la conciencia y no de una ética autoritaria que se imponga desde fuera, con la ayuda del brazo armado del Estado. Es la religiosidad del individuo frente a la religiosidad del orden externo, de la conciencia frente al orden natural creado por Dios.”¹⁵⁶

¹⁵¹ “De la secularización a la laicidad”, en: AA.VV. *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, edición de Gregorio Peces-Barba, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 324.

¹⁵² *La España civil*, op. cit., pp. 77-78.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 64.

¹⁵⁴ *Ibid.* En ocasiones, sin embargo, PECES-BARBA utiliza indistintamente los términos “laicismo” y “laicidad” para referirse a lo secular, aunque suele emplear algún adjetivo calificativo para distinguirlos del que es enemigo del hecho religioso, como ocurre con el “laicismo agresivo” (Vid: *Ibid.*).

¹⁵⁵ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 16, la primera cita; y, *La España civil*, op. cit., p. 41, la segunda cita.

¹⁵⁶ *La España civil*, op. cit., p. 41.

En cualquier caso, la laicidad no rechaza ni deja de reconocer el rol que le corresponde a un humanismo espiritual o integral para criticar, complementar y enriquecer la concepción secular sobre la condición humana. Es decir, para brindar nuevos horizontes sobre quién es el ser humano, sobre todo lo que es o pueda llegar a ser; para aportar mayores razones que justifiquen su eminente valor; e iluminar la visión secular con el propósito de fortalecer los fundamentos que defienden y promocionan su humanidad, así como para rectificar todo aquello que le pervierta o constituya una idea errónea sobre él o sobre la dignidad que le corresponde. No obstante, la laicidad reclama que se reconozca también que ella puede cumplir recíproco objetivo, en especial: recordar a todo humanismo abierto a la trascendencia que no puede sustituir a lo secular ni olvidar la dimensión terrenal del ser humano. Unos y otros pueden concurrir en el espacio público, deliberando y participando, conforme a las reglas del Estado de Derecho y de la sociedad democrática.

En efecto, si se postula que las personas son libres para configurar su propia ética privada, y dentro de ella su idea de Dios, de salvación, de lo espiritual; entonces, cada individuo tiene que ser libre para vincular la concepción del ser humano y de su dignidad con dimensiones espirituales o divinas. Si se defiende que las personas pueden y deben intervenir en el espacio público, deliberando y participando, para contribuir a la construcción de una sociedad bien ordenada; ellas tienen que poder intervenir expresando y defendiendo esas ideas. La laicidad, propia de una sociedad libre, abierta, plural y democrática, es congruente con ello. Lo que no puede ocurrir –según esta perspectiva– es que el Estado y su Derecho incorporen para sí planteamientos de corte teológico o religioso porque, al asumir como otro de sus presupuestos la emancipación de esos ámbitos de la influencia teológica y religiosa (para sustentarla en la razón y la dignidad de la persona), tales planteamientos no pueden invadirlos, a fin de garantizar que no se afecte la racionalidad y pluralidad, la libertad y autonomía de las personas que no comparten esas ideas. La única posibilidad de que esos planteamientos se trasladen legítimamente al Estado o a su Derecho, consiste en que se les desprenda de sus raíces teológicas o religiosas, que las razones así formuladas no se incorporen por la autoridad de quien las imparte, sino por el valor que éstas puedan tener: nunca como una verdad única y absoluta sino perfectible, sujeta a crítica y susceptible de ser sustituida por

razones mejores. Un argumento de coherencia para mantener la racionalidad del modelo, pero también de apertura, pluralidad y tolerancia, para afianzar una sociedad bien ordenada.

Esta distinción no significa que en el plano axiológico un humanismo integral o abierto a la trascendencia no sea superior a un humanismo laico; aunque lo recíproco también puede ser cierto. Dependerá de qué tipo de humanismo se postule en cada caso y de las razones que cada cual esgrima para comprender al ser humano y orientarlo hacia su desarrollo más pleno, para que sea cada vez más humano, más plenamente persona. La superioridad axiológica de uno u otro se resolverá o verificará, en cada situación, a través de la crítica, del diálogo o del debate en el plano moral.

Toda concepción sobre el ser humano y su dignidad (sea que esté abierta a lo divino, a lo trascendente, o sea de tipo secular solamente) que pretenda ser un auténtico humanismo –tal como aquí se entiende– debe buscar que cada hombre y mujer sea más plenamente persona, destacar su importancia, su singularidad, contribuyendo a que participen en todo lo que pueda enriquecerles como personas, tanto en la naturaleza como en la realidad histórica. Debe contribuir a que todos y cada uno de los seres humanos desarrollen sus capacidades, potencialidades y posibilidades, sus fuerzas creadoras así como la vida de la razón, trabajando para alcanzar su pleno desarrollo –con apoyo de los demás– y para convertir este mundo en un espacio de justicia, de auténtica libertad. Tal tipo de humanismo podrá brindar una visión más integral sobre el ser humano, o simplemente complementar la aproximación que desde la laicidad o la espiritualidad se haga sobre él.

III. EL FUNDAMENTO DE LA IDEA DE PERSONA Y DE DIGNIDAD HUMANA

Si bien PECES-BARBA asume el proyecto ilustrado y moderno, lo hace enriquecido y matizado con antiguos y nuevos aportes. En el caso de su concepción sobre el ser humano, el *humanismo renacentista* produce una gran influencia en su bagaje ideológico,

ocurriendo lo mismo con la influencia ilustrada de *raíz kantiana*¹⁵⁷. Ambas perspectivas son usadas por él de manera complementaria para fundamentar la dignidad de la persona: “La dignidad humana se formula desde dos perspectivas [nos dice] que están presentes en el análisis diacrónico que acabamos de realizar, una más formal de raíz kantiana y otro más de contenidos, de carácter humanista y renacentista.” Explicando cada una de ellas precisa: “[p]or la primera, la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir, de nuestra autonomía; por la segunda la dignidad consiste en el estudio de los rasgos que nos diferencian de los restantes animales.” Para esta concepción: “[s]on dos perspectivas complementarias, casi podríamos decir la forma y el contenido de nuestro valor como personas.”¹⁵⁸ La frase de SÉNECA, tan revitalizada en el Renacimiento: *Homo homini sacra res* (“El hombre es cosa sagrada para el hombre”)¹⁵⁹; como la máxima de KANT que exige tratarlo “*como fin y nunca simplemente como medio*”¹⁶⁰; son probablemente las racionalidades parciales que resumen los aportes de los cuales esa concepción se sirve.

1. El dinamismo de la libertad: de la libertad de elección a la autonomía moral. La estructura moral de la condición humana

El eje central de la fundamentación de nuestro autor lo constituye la idea de libertad. No estamos aquí ante un concepto de libertad en sentido social, político o jurídico; sino ante uno en sentido más básico, de tipo psicológico –como capacidad de elegir–, y en sentido moral –como capacidad de construir la autonomía–. Una postura donde la raíz kantiana se encuentra presente.

En efecto, KANT conecta la idea de dignidad humana con la libertad, la autonomía y la moralidad, planteando el tema desde una reflexión moral. Para su sistema: “a todo ser racional que tiene una voluntad también hemos de otorgarle necesariamente aquella

¹⁵⁷ Lo dice el propio PECES-BARBA en: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68; “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, op. cit., p. 27; y en: *La España civil*, op. cit., p. 55.

¹⁵⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68, todas las citas.

¹⁵⁹ *Cartas Morales a Lucilio*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁰ *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 116.

libertad bajo la cual obra”¹⁶¹. La voluntad es definida por él como una especie de causalidad de los seres vivos razonables, y la libertad como “la propiedad de esta causalidad para poder ser eficiente independientemente de causas externas que la *determinen*”; de allí que la libertad de la voluntad consiste en la propiedad que tiene de darse ella misma su ley; esto es, de ser “en todas las acciones una ley para sí misma”¹⁶². Con esto vincula la libertad del ser humano con la autonomía, la cual supone libertad de decidir sobre su propia vida, de crear o asumir libremente, sin interferencias de ningún tipo, sus propias normas para regir su destino. De esta reflexión extrae la idea de “*dignidad* de un ser racional, el cual no obedece a ninguna otra ley salvo la que se da simultáneamente él mismo”¹⁶³. Estamos en el origen de la moralidad como resultado de la libertad que conduce a la autonomía y que sitúa al ser humano en el mundo de los fines, como seres dignos que no tienen precio, que no pueden ser utilizados como simples medios, ni tratados como objetos: “el hombre y en general todo ser racional *existe* como fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*.”¹⁶⁴. En KANT la idea principal de la dignidad humana es, pues, la autonomía. Ella está en el origen de la moralidad porque las máximas morales son consecuencia de la acción de la autonomía que establece, a través de la razón, máximas universales e imparciales: “Así pues, la *autonomía* es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”, conforme a ello, “la dignidad de la humanidad consiste justo en esa capacidad para dar leyes universales, aunque con la condición de quedar sometida ella misma a esa legislación”¹⁶⁵.

PECES-BARBA realiza una reflexión similar. Desde los inicios de su actividad académica desarrolla un discurso moral que vincula la idea de persona y dignidad con la de libertad de elección y la autonomía moral¹⁶⁶. Según este discurso, el ser humano es

¹⁶¹ KANT, Immanuel. *Ibid.*, p. 143.

¹⁶² KANT, Immanuel. *Ibid.*, pp. 140 y 141, respectivamente. La cursiva no es mía.

¹⁶³ KANT, Immanuel. *Ibid.*, p. 123, la cursiva no es mía.

¹⁶⁴ KANT, Immanuel. *Ibid.*, p. 114, la cursiva no es mía.

¹⁶⁵ KANT, Immanuel. *Ibid.*, pp. 125 y 131, respectivamente. La cursiva no es mía.

¹⁶⁶ Así lo acreditan, entre otras, sus siguientes obras: (i) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973-1976), op. cit., p. 73; (ii) “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, (1983-1988), op. cit., p. 221; (iii) *Introducción a la Filosofía*

persona y tiene una eminente dignidad porque, a diferencia del resto de la naturaleza, siempre puede elegir y autodeterminarse moralmente, a fin de alcanzar su autonomía moral.

“La vinculación de la dignidad con la idea de autonomía [sostiene] tiene dos momentos, y ambos forman parte del concepto que estamos analizando. En uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición. No está garantizado que elijamos bien, también podemos equivocarnos, pero ese es un riesgo que debemos correr si queremos ser seres humanos dignos que escogen el camino a seguir. En el segundo momento, autonomía significa libertad o independencia moral y, resultado, del deber ser, la situación del hombre que ha elegido bien, es decir, que sigue las reglas que él mismo se ha dado como consecuencia del ejercicio de la libertad de elección.”¹⁶⁷

La *libertad de elección* significa, según nuestro autor, que: “[e]l hombre, en cuanto persona en el sentido filosófico del término, es un ser libre, porque condicionado, situado en su tiempo, tiene capacidad de elección. No está psicológicamente determinado”¹⁶⁸. Se trata de una “libertad inicial”, básica, referida única y exclusivamente a nuestra capacidad psicológica para elegir. Es un punto de partida para reflexionar y realizar la condición humana. No se refiere todavía a los condicionamientos y factores que influyen en esa posibilidad de elección, ni a las necesidades humanas que deben ser satisfechas para que el ser humano pueda estar en condiciones reales e iguales de elegir. Es “un rasgo humano que emerge, en última instancia, respecto a toda una serie de elementos físicos, biológicos y psicológicos que configuran, en su totalidad, al ser humano”; un “dato de la condición humana” que lo distingue del resto de la naturaleza orientando su acción y reflexión¹⁶⁹. Efectivamente, a pesar de sus condicionamientos históricos, económicos, culturales, etc., por más difíciles que sean sus circunstancias, el ser humano siempre podrá elegir: optar por uno u otro camino, decidir entre lo bueno o lo malo, lo justo o lo injusto, aceptar una proposición o negarse a ella, aún cuando tenga

del Derecho, (1983-1993), op. cit., p. 57, 60; (iv) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, (1995-1999), op. cit., p. 229-231, 233 y 234; y, (v) “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, (2005), op. cit., pp. 27-28.

¹⁶⁷ *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 69.

¹⁶⁸ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 57. En otro lugar agrega: “En efecto, el hombre, condicionado por las circunstancias históricas en las que vive, por el sistema económico, social, cultural y político, tiene una libertad de elección. Puede seguir uno u otro camino. Se distingue de los otros animales en que puede decir que no” (“Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221).

¹⁶⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 60, la primera cita; y 57, la segunda.

que afrontar las consecuencias de sus propias decisiones. Es importante porque en base a ella el ser humano toma decisiones vinculadas con su propia individualidad, pero también porque las toma con relación a los demás y en las diversas situaciones de la vida social e histórica. “Sin esta libertad inicial no habría vida social, ni historia ni cultura, es decir, no existirían los elementos distintivos del hombre.”¹⁷⁰

“Esta libertad inicial es un presupuesto de la moralidad. Sin ella no se podrá hablar en términos éticos.”¹⁷¹ Y como quiera que forma parte de la condición humana, resulta entonces que el ser humano es *estructuralmente moral*. Lo es porque sea cual fuere su opción moral, o la manera como conduzca su propia vida, siempre le corresponderá elegir, siempre podrá escoger o asumir un ideal, actuar conforme a su personal percepción de lo que es justo o injusto, de lo que le conduce a la felicidad o a la infelicidad, sin perjuicio de su responsabilidad y de las consecuencias que se produzcan al respecto. De esta manera, el ser humano siempre tiene la posibilidad de autodeterminarse racionalmente, esto es, de obrar moralmente, al margen de sus necesidades y de aquellos factores de los que pueda depender coyunturalmente. José Luis LÓPEZ ARANGUREN lo explica:

“[E]l hombre, por inmoral que sea en cuanto al contenido que su comportamiento pueda, en ocasiones, ser, es estructuralmente moral en cuanto que inexorablemente, le compete el quehacer de su vida (incluida la forma, deficiente por donde quiera que se le mire, de dejar que la hagan los demás). El hombre, personal y socialmente considerado, es el actor, el agente y el autor de su vida; representa un papel –o muchos– con el cual actúa sobre la realidad, siguiendo el hilo de su propia invención”¹⁷².

Por esa razón PECES-BARBA señala que: “[I]a libertad psicológica es la base de partida de la empresa de ser hombre”; el “punto de partida y condición necesaria para el desarrollo humano”¹⁷³. A partir de ella, el hombre y la mujer –que pretendan actuar con

¹⁷⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 57.

¹⁷¹ PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221. Reafirmando esta posición, el mismo autor en otro lugar agrega: “La libertad psicológica es un dato de la condición humana [...]. Es la libertad de elección, que nos permite escoger entre diversas posibilidades, y que es por consiguiente la base de la moralidad. Si el hombre actuase determinado y careciese de libertad de elección no existiría la moralidad, que es consecuencia de esa libertad inicial.” (*Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 229).

¹⁷² *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 106.

¹⁷³ “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221, la primera cita; e *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 60, la segunda cita.

coherencia a su condición de persona— orientan cotidianamente sus decisiones y actuaciones hacia su *libertad autonomía*; es decir, a alcanzar el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su humanidad: el desarrollo integral de la persona. “La empresa de ser hombre [...] supone un esfuerzo cotidiano de autenticidad, basado en esa libertad inicial, para construir y desarrollar la persona integralmente.”¹⁷⁴ Como parte de ese esfuerzo y debido a su condición moral, el ser humano tiende a “la búsqueda del bien, de la virtud, de la felicidad o de la salvación”, es decir, a construir su propio plan de vida¹⁷⁵. Este tipo de libertad, llamada también “libertad moral” o “autonomía moral”, exige del ser humano un esfuerzo constante —con sus errores y tropiezos, pero también con su decisión y fortaleza— para ser dueño de sí mismo, gobernante de su propia vida, para alcanzar la plenitud de su humanidad, haciendo uso correcto de su libertad de elección, desprendiéndose y superando los obstáculos y condicionamientos que se encuentran en su propia vida, así como en la vida social, que impiden o dificultan su autenticidad y el desarrollo de todas las dimensiones de su ser¹⁷⁶. Exige también que no sea egoísta, ni indiferente con la suerte de los demás; sino, por el contrario, que coopere con el bienestar de los otros, en una mutua responsabilidad y solidaridad que tenga como objetivo final la humanización de todos y cada uno de los miembros de la familia humana. Sólo así se puede trabajar seria y cabalmente para alcanzar el desarrollo integral —pues éste es imposible alcanzarlo en solitario—. Aunque nuestro autor no lo afirme explícitamente —sin que tampoco lo rechace—, exige además cuidar el resto de la naturaleza porque no se puede alcanzar un desarrollo humano, real y vivificador, prescindiendo de ella. Debido a su alto nivel de exigencia, “[l]a libertad moral o de autonomía moral es una meta, un fin, un ideal a alcanzar, quizás la utopía de la condición humana”¹⁷⁷. Un proyecto difícil pero posible, conocido también —por esa razón— como “libertad final”: el estado en que el ser humano logra su autonomía moral, el máximo

¹⁷⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 73.

¹⁷⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 69.

¹⁷⁶ “A esa meta, siempre más o menos imperfecta, que supone en definitiva el desarrollo de la condición humana, la podemos llamar también libertad moral, para entender mejor el dinamismo de la libertad que conduce desde la libertad inicial hasta la libertad final, y que, en definitiva, es el recorrido de la moralidad de una biografía humana.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia —los derechos fundamentales entre la moral y la política—”, op. cit., p. 221).

¹⁷⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 230. En otro lugar nuestro autor reitera: “Apoyada en esa libertad inicial, punto de partida, pero nada más, cada hombre debe construir su libertad moral, su libertad final, que sería un punto de llegada tras toda una vida.” (*Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 73).

grado de realización de todas las dimensiones que constituyen su humanidad. Así, mientras la libertad de elección es un rasgo que ya le viene dado a cada sujeto moral, la autonomía moral es un rasgo, una meta, que debe construirse día a día con la interacción y la cooperación social:

“A través de la acción siempre difícil y condicionada, muchas veces traicionada y desoída de la libertad de elección, el hombre construye su vida hacia la libertad de autonomía, la libertad moral, es decir a través de la sucesiva superación de obstáculos y condicionamientos que se encuentran en la propia vida de cada uno y en la vida social y que dificultan la autenticidad.”¹⁷⁸

Estos dos sentidos de libertad se comunican entre sí, y sólo pueden ser cabalmente entendidos si se los estudia de manera vinculada. Ambas integran lo que nuestro autor denomina el *dinamismo de la libertad*, que va desde la libertad de elección hacia la libertad autonomía¹⁷⁹. Una dinámica relación donde ambos extremos se necesitan y condicionan recíprocamente:

“Así, la libertad de elección es la base de la libertad moral. Sólo podemos hablar de libertad moral porque existe libertad de elección, y la libertad de elección sólo es consecuente cuando actúa para alcanzar unos fines, es decir, si existe la libertad moral como objetivo. Ambas son necesarias y prescindir de una, deteriora o destruye el sentido de la otra. La libertad de elección es condición de la libertad moral, y la libertad moral meta de la libertad de elección.”¹⁸⁰

Este planteamiento supone una fecunda relación entre el individuo y la sociedad, entre la moralidad y la vida social. Siendo el ser humano un ser social, su libertad de elección y la autonomía moral sólo pueden realizarse cabalmente en el marco de la vida social. Se requiere de estructuras e instrumentos mediales adecuados para hacerlos posibles, es decir, de la racionalización de la vida social, en especial de la política y del Derecho, en base a una ética pública orientada hacia un objetivo final: la humanización del ser humano y de la sociedad en su conjunto. En el caso del Derecho, Agustín BASAVE recuerda:

“Si la vida del hombre tiene una textura ética, el Derecho no puede estar desvinculado del reino moral. Por imperativos morales nos sentimos impulsados a establecer un orden social libre y justo. Ciertamente el Derecho no agota la eticidad. Los valores jurídicos ocupan una modesta porción de la ética. Hay tareas morales de mayor envergadura. Pero

¹⁷⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 60.

¹⁷⁹ Vid: Ibid. También: “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221; y, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 233 y 234

¹⁸⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 231.

estas mismas tareas morales requieren para su desarrollo libre, canales jurídicos. [...]. Las exigencias éticas de justicia, libertad y humanidad justifican la estructura jurídica. Mientras repudiamos el atropello, la violencia y la lucha caótica, el Derecho tendrá mucho que decir.”¹⁸¹

Esta fundamentación de la idea de persona y de dignidad humana se refiere a un ser humano abstracto, no a los individuos concretos. Un tipo de reflexión coherente con la racionalidad abstracta que la tradición ilustrada y moderna utiliza para aproximarse a sus objetos de estudio; pero que puede dejar de lado –sin quererlo– a aquellas personas que no están en condiciones de elegir ni autodeterminarse moralmente, sea por alguna razón temporal o permanente. Seres humanos que también son personas, tienen dignidad, pues ese reconocimiento no se gana, ni se pierde, por tener todos –o sólo alguno– de los atributos de un ser humano modélico, sino simplemente por ser un humano, un individuo concreto. Tal fundamentación abstracta, como veremos, requiere ser matizada, sino completada.

2. Los rasgos diferenciadores del ser humano. El discurso de las capacidades, potencialidades y posibilidades

PECES-BARBA complementa su fundamentación anterior destacando los demás rasgos del ser humano que lo distinguen del resto de la naturaleza. Éstos justifican su consideración de persona y la eminente dignidad que se le reconoce. Según esta perspectiva, la dignidad será “la especial consideración que merece el hombre a partir del reconocimiento en él de varios rasgos que constituyen la expresión de esa dignidad”; pues, al hablar de dignidad, “se están considerando esos signos que le distinguen de los demás animales, como ser de opciones, de razones, de diálogo y de fines.”¹⁸²

Con la secularización de sus ideas, PECES-BARBA califica esos rasgos como propiedades que “nos diferencian de los restantes animales”. Si bien esta referencia es hecha de manera secundaria o accidental en el contexto de una exposición mayor,

¹⁸¹ “Hacia una antropología jurídica integral –La dimensión jurídica del hombre como fundamento de la Filosofía del Derecho–”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, N° 7, 1980, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 241.

¹⁸² PECES-BARBA, Gregorio. “La libertad del hombre y el genoma”, op. cit., p. 319, ambas citas.

aparece no pocas veces cuando se ocupa de la dignidad humana¹⁸³. Al hacerlo resulta calificando indirectamente al ser humano como un animal más, aunque superior a los otros por los rasgos que lo diferencian. Si ésta fuera su postura, estaríamos ante una idea propia de posiciones monistas que plantean que entre las especies se da una continuidad, una simple diferencia de grados, por lo que calificar al ser humano como un animal sería coherente con la proximidad que –según afirman– existe entre esas especies. No es, sin embargo, una postura acertada. En primer lugar, porque no es del todo seguro que dicho calificativo se corresponda con el proyecto ilustrado y moderno que el autor asume. Armelle LE BRAS-CHOPARD señala por ejemplo que: “[p]aradójicamente, será la modernidad la que, dejando a un lado la religión y con ayuda de la ciencia, establecerá la exterioridad del hombre respecto de la naturaleza, y con ello perpetrará una ruptura radical entre el hombre y el animal”¹⁸⁴. En segundo lugar, porque dicha postura es controvertida por posiciones dualistas que con otros tantos argumentos insisten en que la naturaleza del ser humano y la del animal son diferentes. Finalmente, porque en lugar de contribuir a la construcción de un concepto de dignidad susceptible de ser compartido por todos –que es la pretensión que PECES-BARBA busca realizar– puede resultar un obstáculo para quienes consideran que entre el ser humano y el animal hay una diferencia radical que impide que el primero sea calificado como una especie –aunque superior– del segundo. Me pregunto si, en general, no estamos ante el deseo de querer clasificarlo todo, de querer encasillar las distintas realidades en categorías ya existentes. Ese ejercicio no siempre resulta adecuado porque puede dejar de lado –incluso involuntariamente– cualidades que son esenciales o que también pertenecen a la realidad que se quiere clasificar. ¿Puede ser clasificado el ser humano como un animal cuando genera historia y cultura? No creo que se trate de una postura que fortalezca la dignidad del ser humano: si éste es otro animal, ¿qué diferencia entonces a un bebe humano de un chimpancé adulto? Veremos más adelante que la concepción de la dignidad humana es cuestionada por cierto sector que se aprovecha de posturas como ésta. “Sin ser ni dios ni animal, ¿no puede el hombre contentarse con ser hombre y vivir en armonía con los otros seres, tanto

¹⁸³ Vid., como ejemplo, su libro: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68; referencia que se repite allí mismo, siempre de manera secundaria, en las pp. 69, 70 y 71; y que se mantiene en sus “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, op. cit., pp. 27, 28, 29 y 30.

¹⁸⁴ *El Zoo de los filósofos, De la bestialización a la exclusión*, traducción de María Cerdón, Taurus, Madrid, 2002, p. 12.

humanos como animales?”¹⁸⁵ Debemos tener cuidado con las palabras, si bien no son suficientes para construir la realidad, muchas veces resultan siendo significativas para hacerlo. Con ese cuidado, lo mejor es hablar de rasgos o propiedades que diferencian al ser humano del resto de la naturaleza, una serie de capacidades que permiten aportar razones sobre la valía de su condición.

2.1. Las capacidades que distinguen al ser humano modélico. Una visión abstracta y renacentista

PECES-BARBA considera que, además de “ser capaz de elegir entre varias opciones, [...] y de decidir sobre sus planes de vida para alcanzar la plenitud y la autonomía moral”, el ser humano se distingue del resto de la naturaleza por lo siguiente¹⁸⁶:

1º. Ser un individuo *racional*, con capacidad de construir conceptos generales y de razonar; lo cual le permite recibir y reflexionar sobre los aportes intelectuales de otros; producir conocimiento científico, filosófico y técnico; estudiar, reflexionar y alcanzar conclusiones sobre lo material e inmaterial, su propia vida y la de los demás, sobre el bien y el mal, la historia, el espacio, las artes, la naturaleza y, en general, sobre todo aquello que le interese.

2º. Le caracteriza también su *capacidad de reproducir sentimientos, afectos y emociones a través de valores estéticos*, como la pintura, la escultura, la literatura, la poesía, la música y lo que se llama Arte o Bellas Artes.

3º. Es además un ser *comunicativo*, capaz de diálogo con los otros y de transmisión oral o escrita de su propia creación. La capacidad de dialogar y de comunicarse potencia los efectos de sus creaciones y permiten su recorrido histórico, su recepción por otras personas, su crítica, reelaboración y proyección hacia el futuro. Es un rasgo donde el lenguaje aparece como una condición necesaria para su realización,

¹⁸⁵ LE BRAS-CHOPARD, Armelle. Ibid., p. 342.

¹⁸⁶ “La libertad del hombre y el genoma”, op. cit., p. 319. Sigo aquí las ideas expuestas por PECES-BARBA en: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 69-71.

expresado a través de signos, símbolos, sea en forma verbal o escrita e incluso a través de expresiones artísticas como la pintura, la literatura y la poesía.

4°. Sin que signifique agotar todo lo que el ser humano es –o los rasgos que le diferencian del resto de la naturaleza–, es también un ser *sociable*, ya que necesita de los demás para realizarse plenamente. En este caso, lo que le diferencia de los animales que viven alguna forma de sociabilidad primaria, es la racionalidad que caracteriza a la sociabilidad humana; esto es, la complejidad de sus relaciones que involucran sentimientos, valores, virtudes, etc., la convivencia jurídica y políticamente organizada para satisfacer sus necesidades, resolver sus conflictos, etc., así como la posibilidad de hacer historia, de producir y transformar la cultura, entre otras.

Estamos ante una aproximación con un marcado carácter ilustrado y renacentista. Una aproximación que lleva a exaltar las cualidades y las competencias del individuo humano para ver en él a un ser valioso, único, poseedor de características que lo diferencian del resto de la naturaleza: un ser con autonomía, capaz de razonar, de reproducir afectos, sentimientos, de construir cultura, de utilizar un lenguaje sofisticado y de socializar al punto de configurar una sociedad organizada jurídica y políticamente, etc. Es comprensible el uso de esta perspectiva por parte de un autor que usa como herramienta epistemológica a la razón situada en la historia y que toma de los elementos modernos, incluyendo los que se perfilan desde el Tránsito a la Modernidad y, por tanto, del Renacimiento, las racionalidades parciales con las cuales construir una fundamentación que justifique la consideración de persona del ser humano y la eminente dignidad que se le reconoce.

Tal opción se explica dentro de la tradición cultural desde la cual formula su propuesta: la cultura ilustrada y moderna. Ella utiliza esos rasgos como consecuencia de su antropocentrismo laico para referirse al ser humano *abstracto*, no al individuo *concreto*; por lo tanto, los rasgos que enumera están referidos a los que generalmente tiene el ser humano, no se refiere a las condiciones o situaciones particulares de un individuo específico. Esa misma tradición cultural, con los nuevos aportes producidos hasta la actualidad, postula la igual dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, sin excepción alguna y sin hacer diferencias de ningún tipo (aunque paradójicamente esto se hiciera compatible en su momento con tratos desiguales o discriminatorios, como las

situaciones de subordinación o exclusión de la mujer); en consecuencia, sería un contrasentido utilizar el marco del proyecto ilustrado y moderno –con el desarrollo producido hasta la actualidad– para calificar al ser humano como persona y reivindicar su eminente dignidad y, al mismo tiempo, dentro de ese mismo marco, desconocer la condición de persona y su dignidad a algunos seres humanos, por las razones que fueran. Sin perjuicio de ello, resulta relevante observar lo siguiente:

1º. Un razonamiento marcadamente ilustrado y renacentista, que se refiera tan sólo al individuo abstracto, omite considerar que los rasgos o capacidades que atribuye a ese ser humano modélico son, en la realidad, graduales y variables en función a los individuos concretos. Como ya se adelantó, tal omisión podría dejar de lado, sin quererlo, a aquellas personas cuyas capacidades de razonar, sentir, comunicarse, etc., no se corresponden con las de ese sujeto ideal. Llevando las cosas al extremo ocurriría que:

“En el mundo moral participarían individuos dignos, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida. Aquellos que no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución.”¹⁸⁷

Por ese motivo, es necesario replantear el discurso sobre la persona y su dignidad que se basa en las capacidades o propiedades de un individuo abstracto, porque pierde de vista una serie de circunstancias que tienen que ver con la vida del ser humano concreto; circunstancias que de una u otra manera inciden en todo lo que es, y que, por tanto, deben ser tomadas en consideración para desarrollar una argumentación que sustente su consideración de persona, así como la eminente dignidad que se le reconoce. Esa fundamentación –si pretende tener una visión integral, suficiente y no ser excluyente– no puede dejar de responder a los problemas y circunstancias principales relacionadas con su vida, desde su gestación y nacimiento hasta su crecimiento y muerte, incluyendo la relación que presenta con los demás seres humanos y el resto de la naturaleza. La

¹⁸⁷ DE ASÍS, Rafael. “La incursión de la discapacidad en la Teoría de los derechos: Posibilidad, Educación, Derecho y Poder”, en: AA.VV. *Los derechos de las personas con discapacidad, Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, (Debates del Instituto Bartolomé de las Casas), edición a cargo de Ignacio Campoy Cervera, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 66. Vid también: NUSSBAUM, Martha C. “Los sentimientos morales y el enfoque de las capacidades”, en: *Claves de la razón práctica*, N° 169, 2007, pp. 28-35.

argumentación abstracta y renacentista que desarrolla PECES-BARBA, con todo lo valiosa que es al brindar buenas razones a favor de la dignidad humana, requiere ser completada.

2°. Efectivamente, si se afirma, por ejemplo, que el ser humano tiene un preeminente valor porque posee unos rasgos que lo diferencian del resto de la naturaleza, entonces ¿cómo se conjuga esa valía con el hecho de que probablemente el ser humano, a diferencia de los animales, sea el único de los seres de la tierra que en muchos casos actúa para su propia ruina o destrucción?, ¿podríamos seguir manteniendo, bajo esa argumentación, su valor superior frente al resto de la naturaleza? No me refiero tan sólo a la violencia causada por el hombre a través de las guerras, el terrorismo, la amenaza nuclear, etc. —que de por sí ya son importantes para llamar la atención sobre este problema—, sino también a la irracionalidad que demuestra al no trabajar de manera adecuada y sostenida por erradicar el hambre, la miseria y las pandemias, al contaminar de una manera gravísima el ambiente en el que vive, al poner en peligro las condiciones necesarias para el sostenimiento de la vida, etc. ¿Ocurrirá lo mismo con los demás seres?, ¿pondrán éstos en peligro, por acción u omisión, su propia supervivencia?, ¿lo harán conciente y voluntariamente como muchas veces suele ocurrir con el hombre? (permítaseme esta licencia para ilustrar el argumento). No sostengo que el ser humano carezca por estas cuestiones de una dignidad eminente, pero sí advierto que ésta debe sustentarse en razones que den respuesta a éstas y otras interrogantes. La argumentación apoyada en elementos abstractos y renacentistas es un buen paso adelante, pero no resulta suficiente.

3°. De manera similar, si la consideración de persona y la dignidad con la que va acompañada se sustentan en propiedades que, por su contenido, sólo puede tener el ser humano ya nacido y desarrollado (libertad de elegir su propio destino, capacidad de razonar y crear cultura, etc.), ¿qué pasa con la situación del neonato o concebido?, ¿significa que no puede ser considerado persona, o que no tiene una eminente dignidad porque todavía no ha nacido? De ser así ¿su dignidad y la calidad de persona la adquirirán al momento de nacer?, en tal caso, ¿querría eso decir que el reconocimiento de la dignidad y el ser persona no dependen solamente de propiedades que el propio ser humano posee, sino también de una circunstancia externa a él —el alumbramiento o acto de nacer—? Por otro lado, si se afirma que el neonato o concebido es persona y tiene una

eminente dignidad, entonces ¿podría sustentarse esa consideración en unas propiedades que todavía no posee –elegir, razonar, crear cultura, etc.–? De no ser posible, ¿no tendría que sustentarse ese reconocimiento en unas razones que no se limiten al ser humano ya nacido y desarrollado? En cualquiera de los dos casos ¿sería la fundamentación abstracta y renacentista suficiente? Son interrogantes que la perspectiva elegida por PECES-BARBA no responde, por lo menos no explícitamente.

4°. Y qué ocurre con aquellos hombres y mujeres concretos, cuyas capacidades no se encuentran desarrolladas de la misma manera como las que se encuentran descritas para ese ser humano modélico (capacidades ellas –recordémoslo– que en el discurso analizado son las que justifican su consideración de persona y el reconocimiento de su eminente dignidad), por ejemplo, las personas que padecen de una discapacidad funcional; o con aquellos otros individuos que, aún cuando disfrutasen de iguales o mayores capacidades que las atribuidas a ese hombre modélico, sólo las tienen en potencia o no han tenido las posibilidades para desarrollarlas, por ejemplo, porque están afectados por la pobreza o la indigencia. En tales casos, esos seres humanos, ¿son personas?, ¿tienen dignidad? Se advierte prontamente que la reflexión sobre la persona y la dignidad humana, que parte de un hombre modélico, no agota –ni puede agotar– la idea de ser humano, ya que los rasgos que se le atribuyen son graduales, relativos y abstractos; no necesariamente iguales a las capacidades de los seres humanos concretos, muchos de los cuales las tendrán más o menos desarrolladas, otros sólo en potencia e incluso no faltarán muchísimos que, teniéndolas, no las podrán desarrollar porque no cuentan con los medios o las posibilidades para hacerlo. Sin embargo, son personas, tienen dignidad. PECES-BARBA también lo afirma, y lo defiende. Toda su construcción teórica, lo hemos visto, tiene por fin último que el ser humano pueda desarrollar todas las dimensiones que lo hacen plenamente persona, contando inclusive con el apoyo de su comunidad para conseguirlo. Sin embargo, su discurso sobre la dignidad humana, al estar apoyado en un sujeto abstracto y presentar un marcado carácter renacentista, está dejando de lado, sin quererlo, a un considerable número de sujetos concretos que por una u otra razón no encajan en dicho modelo. Una razón más para que su discurso deba ser completado, sino replanteado.

5°. Por último, si el calificativo de persona o el reconocimiento de la dignidad del ser humano se sustentan en las propiedades o características que posee y que no se encuentran presentes en los animales o el resto de la naturaleza, ¿qué pasa con aquellos seres humanos ya nacidos que no tienen esas propiedades? Me refiero aquí a aquellos que todavía no las tienen o que habiéndolas tenido carecen actualmente de ellas y que tal vez nunca lleguen a recuperarlas ¿Qué pasa, por ejemplo, con el recién nacido, o con el enfermo que ha perdido todas sus capacidades físicas y mentales? ¿Son personas?, ¿tienen dignidad? Nuestro autor no ha dicho, ni ha querido decir, que esos seres humanos no sean personas o que carezcan de dignidad. No hay una sola referencia a lo largo de sus obras en las que siquiera insinúe esa posibilidad. Por el contrario, considera relevantes esas situaciones para que el ordenamiento jurídico les brinde un tratamiento especial expresado en derechos fundamentales específicos a su favor. Es lo que se ha dado por llamar el “proceso de especificación de los derechos fundamentales”¹⁸⁸. Según sus palabras, se refieren por ejemplo a: “los derechos del niño, que exigen una protección especial, fraterna y solidaria, ante su debilidad, inferioridad física, intelectual y social, e incluso a veces ante su abandono”; pero también a los derechos de las personas que padecen de alguna discapacidad funcional: “que duran lo que las condiciones que lo motivan. Pueden ser permanentes o temporales, según sea curable o irreversible la minusvalía”¹⁸⁹, etc. No hay duda de que para PECES-BARBA las situaciones o condiciones que puedan afectar a un ser humano en cualesquiera de sus propiedades o capacidades, desde su nacimiento hasta su muerte, no sólo no niegan su condición de persona ni disminuyen la eminente dignidad que se le reconoce; sino que, por el contrario, exigen y justifican una mayor protección y promoción¹⁹⁰ por parte de la sociedad y del Estado.

¹⁸⁸ En el análisis de los distintos procesos históricos de los derechos humanos o fundamentales, se suele identificar la existencia de cuatro grandes procesos. El de positivación, el de generalización, el de internacionalización y el de especificación. Este último se caracteriza por la aparición de derechos que se predicen como pertenecientes a ciertos sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias. No obstante, hoy en día quizás convenga enmarcar estos derechos como parte de un proceso de generalización porque de esa manera se contribuye a no fragmentar la sociedad entre “unos” y “otros”, así como a considerar los problemas de los demás como propios, a considerar que las circunstancias particulares de unos involucran a los demás, es decir, a acentuar el valor solidaridad. Rafael DE ASÍS parece ser de opinión similar (Vid su trabajo: “La incursión de la discapacidad en la Teoría de los derechos: Posibilidad, Educación, Derecho y Poder”, op. cit., p. 60 y siguientes).

¹⁸⁹ *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 181 y 181-182, respectivamente.

¹⁹⁰ Es ejemplo de ello su trabajo: “Derechos humanos, especificación y discapacidad”, en: AA.VV. *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, edición a cargo de Ignacio Campoy Cervera y Agustina Palacios, Dykinson, Instituto de

El problema expuesto, sin embargo, no es baladí. La perspectiva abstracta y renacentista lo alimenta. No faltan voces, con propósitos diferentes, que sólo reconocen como personas a aquellos seres humanos que manifiestan signos de autonomía personal, o que identifican la dignidad de la persona con la capacidad de comunicación verbal o explícita, por mencionar algunos ejemplos. Según ellas, no estarían incluidos en la categoría de persona los neonatos, los moribundos o los que padecen de disfuncionalidades físicas severas. Es, en cierta medida, el caso de Peter SINGER quien, en su intento de extender el concepto de dignidad a los animales y de considerarlos como titulares de derechos, señala directamente que un ser humano recién nacido es de menor valor que un chimpancé adulto¹⁹¹. El argumento es más o menos el siguiente: (i) sólo porque los seres humanos poseen ciertas propiedades de las que los animales carecen –la autoconciencia, la racionalidad, etc.–, los seres humanos son personas y no los animales; (ii) las personas y no los animales son titulares de derechos; (iii) si otro ser del universo tuviera esas propiedades sería persona y poseería los mismos derechos; (iv) hay seres humanos que no tienen o han perdido esas propiedades –un bebé recién nacido o un enfermo terminal–; (v) entonces, esos seres humanos o no son personas –por tanto no tienen derechos–, o no es cierto que sólo tengan esa calidad –y sean titulares de derechos– los seres que posean esas propiedades. Si se aceptara lo primero no sería verdad que todo ser humano fuese persona, si se aceptara lo segundo –según dicho planteamiento– los animales también podrían ser considerados personas, tendrían dignidad y podrían ser titulares de derechos.

Evidentemente, para quienes afirman que el ser humano no se reduce a sus características terrenales –físicas, racionales, etc.– sino que también comprende dimensiones que las trascienden, que lo hacen un ser espiritual o que lo vinculan con

Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, pp. 359-375. En dicho trabajo sostiene: “Las condiciones relevantes específicas producen un tipo de protección para personas que tienen una discapacidad física o psíquica. Son algunos de los derechos de las personas con discapacidad, que duran lo que las condiciones que lo [sic] motivan. Pueden ser permanentes o temporales. Afectan a los derechos vinculados a la salud y a la seguridad social [entre otros].” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 362).

¹⁹¹ Afirma: “Un bebé de una semana de vida no es un ser racional y autoconsciente y hay muchos animales, no humanos, cuya racionalidad, autoconciencia, capacidad de conocer, de sentir, etc... supera a la de un bebé humano, de una semana, de un mes, o incluso hasta de un año de edad. Si el feto no tiene la misma pretensión por la vida como la de una persona, de ello surge que el bebé neonato tampoco la tiene y que la vida de un bebé recién nacido es de menor valor que la de un cerdo, un perro o un chimpancé (SINGER, Peter. *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 122-123. Traducción personal).

Dios, esas afirmaciones son absurdas: el ser humano nunca, bajo ninguna circunstancia, sea cual fuere su situación o condición, sería igual –y mucho menos de menor valor– que un animal, porque ante todo tendría unas características trascendentes o una religación divina especial que los animales no poseerían (alma, espíritu, ser hijo creado y redimido por Dios, etc.). En ello radicaría la plenitud de su dignidad, la razón mayor para ser considerado persona¹⁹².

Para quienes no son creyentes esa respuesta no es suficiente. Si se analiza el argumento de las voces detractoras con mayor detenimiento, se apreciará que incluso desde un punto de vista estrictamente secular, el argumento que esgrimen es falaz porque parte de una premisa equivocada: considerar que los seres humanos son personas, y por tanto dignos, por la sola razón de tener rasgos que no poseen los animales. Es verdad que en ciertos ámbitos suele llamarse personas a los individuos del género humano, y reconocérseles su dignidad, sobre la base de ciertas propiedades que los animales no tienen. En cierta medida nuestro autor lo hace al tratar de brindar una justificación desde la laicidad. Pero lo que no es correcto, es que se le dé a esas propiedades la calidad de elementos constitutivos de la persona; a lo más, son rasgos o características de la condición humana, de modo tal que pueden estar presentes en potencia e incluso haberse perdido, sin que eso signifique que el ser humano deje de ser persona o no deba ser considerado como tal. Es lo que defiende –recordémoslo– una tradición humanista y personalista como la que sigue PECES-BARBA. Según ésta, la palabra “persona” es utilizada para expresar todo lo que el ser humano *es* o mejor aún *quién es*, es decir, para comprender con ella todas –absolutamente todas– las dimensiones de su humanidad integradas en una unidad; por lo tanto, no puede ser usada ni para omitir alguna de esas dimensiones, ni para desconocer la calidad de persona a los individuos humanos que todavía no tienen, no han desarrollado, o han perdido alguna cualidad. Según esta concepción, todo individuo humano es persona y toda persona tiene una eminente dignidad. En consecuencia, el reconocimiento de su eminente dignidad va dirigido al ser

¹⁹² Esa es, por ejemplo, la posición cristiana que se sustenta en el libro de “Génesis”, 1: 26-30, al señalar que el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios, capaz de amarlo y conocerlo, que fue constituido como señor de todas las criaturas visibles para que las gobernase e hiciera uso de ellas dando gloria y alabanza a Dios. También en el libro de “Efesios” (Epístola de San Pablo a los Efesios), 1:3-6, donde se destaca la condición de hijo de Dios del ser humano, condición atribuida por éste desde antes de la fundación del mundo, así como la serie de dones con la que fue bendecido para perfeccionarse en el amor (en: AA.VV. *Biblia de América*, op. cit., p. 11 y 1436, respectivamente).

humano, en sí mismo, y no a sus propiedades, a pesar de que llegamos a conocer lo que él es a través de sus atributos, posibilidades o potencialidades. Cosa distinta es cómo llegamos a efectuar ese reconocimiento. Para algunos será a través de razones objetivas, para otros a través del consenso –contractual o deliberativo– o ambas cosas a la vez, etc.

En cualquiera de los dos sentidos –el religioso y el secular–, para un humanismo personalista –aunque sin agotarse en él– todo ser humano, sin excepción alguna, es persona. Todos y cada uno de los seres humanos, sea cual fuere su condición o situación particular, tienen una eminente dignidad. Ésa es la consideración y el valor que se les reconoce en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho donde se vive una auténtica cultura de derechos humanos. Robert SPAEMANN es de opinión similar:

“La persona no es un sinónimo del concepto de especie, sino, mas bien, ese modo de ser con el cual los individuos de la especie ‘humana’ son. Ellos *son* de tal modo, que cada uno [...] en esa comunidad de personas que llamamos ‘humanidad’, ocupa un sitio único, irreproducible y no susceptible de sustitución. Sólo conservando ese lugar, ellos son percibidos como personas, por aquellos que también ocupan el mismo lugar. Hacer que el reconocimiento de ese puesto, dependa de la previa manifestación actual de ciertas condiciones cualitativas, significaría haber destruido el carácter incondicional de tal exigencia. Quienquiera que reconozca su sitio a tal exigencia, sostiene tal derecho, como el correspondiente a un miembro de la humanidad, nacido, no seleccionado.”¹⁹³

2.2. El complemento del discurso: la diferencia de las capacidades, las potencialidades y posibilidades

Resultan significativos los aportes de quienes denuncian los inconvenientes del discurso sobre la dignidad humana que se sustenta en las capacidades de un sujeto abstracto o modélico, o, lo que es lo mismo, en los rasgos que lo diferencian del resto de la naturaleza. También merecen destacarse los aportes de quienes han intentado reformularlo o complementarlo con otros fundamentos. Carlos Santiago NINO, por ejemplo, ha advertido los problemas de ese discurso. Lo ha hecho al reflexionar sobre el concepto de individuo humano con miras a caracterizar la noción de derechos humanos que se le atribuyen. Ha señalado que, a menos que se sostenga que la condición humana es una cualidad primitiva e inanalizable –lo cual sería poco plausible–, el carácter gradual o no gradual de esa condición dependerá de la naturaleza que tengan las propiedades más

¹⁹³ “¿Es todo ser humano una persona?, op. cit., p. 22.

simples que sirven para analizarla. Un presupuesto que nos lleva a un desagradable dilema constituido por dos alternativas: “La primera consiste en caracterizar el concepto de hombre sobre la base de propiedades que se presentan *prima facie* como moralmente relevantes” (como la racionalidad y la capacidad de proponerse fines); “pero en este caso se llega a la conclusión chocante” (no sólo a nuestras intuiciones morales, sino a nuestras intuiciones lingüísticas o conceptuales) “de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual.” Por otro lado, “[l]a segunda alternativa es caracterizar el concepto de hombre en términos de rasgos biológicos muy elementales” (como es el caso de los cromosomas) “que presenten todos los hombres de igual grado, y nada más que los hombres”; no obstante, “en este otro caso no se advierte claramente cómo esos rasgos biológicos, que aparecen desvinculados del contenido de los derechos humanos, pueden servir de único fundamento para conceder tales derechos.” Esta última opción supondría “involucrar un burdo ‘especismo’ análogo a posiciones racistas.”¹⁹⁴ Dos alternativas que –como denuncia el autor– conducen a graves problemas epistemológicos y conceptuales para caracterizar de manera suficiente al ser humano (a todo lo que él es, sin excluir a ningún individuo humano situado y concreto), así como para construir una teoría de los derechos humanos o fundamentales donde estos derechos no aparezcan como simples normas jurídicas o expresiones del poder político –de ser ese el caso, según lo que propugne determinada teoría–, sino como prescripciones que se encuentran justificadas racional y moralmente. Dos alternativas que, por sus consecuencias, no resultan coherentes con la idea de dignidad humana que la cultura humanista y personalista defiende: un valor que resalta el carácter único e irrepetible del ser humano, que lo considera un fin en sí mismo, y que supone el mutuo reconocimiento de esa igual dignidad entre todos y cada uno de los miembros de la familia humana. Dificultades ellas que, como lo señala NINO, deberían llevarnos a descartar el presupuesto que las origina:

“Frente a este dilema lo que debemos hacer es identificar y rechazar el presupuesto que nos conduce a él. Este presupuesto es que el concepto de persona moral tiene que denotar a una clase de individuos (tal como la de los seres humanos) que se distinguen por ciertas propiedades fácticas que están mencionadas en principios morales fundamentales tales como condición de ciertos derechos.”¹⁹⁵

¹⁹⁴ NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, op. cit., pp. 44, las cinco primeras citas; 44-45, la penúltima; y, 45 la última.

¹⁹⁵ Ibid., p. 45.

Rafael DE ASÍS ha intentado ofrecer una alternativa de solución. Lejos de rechazar el discurso de las capacidades, ha intentado replantearlo a propósito de reflexionar sobre la capacidad moral del ser humano, es decir, de las consideraciones que se deben tener en cuenta para que sea calificado como sujeto moral, como un individuo capaz de autonormarse y de poder orientar su conducta moralmente. Propone introducir a ese discurso tres tipos de análisis que denomina: “la reflexión sobre la diferencia en las capacidades”, “la reflexión sobre la potencialidad de las capacidades”, y “la reflexión sobre la dignidad en las posibilidades”¹⁹⁶.

La reflexión sobre la *diferencia en las capacidades* exige que seamos conscientes de la existencia de una desigualdad de hecho entre los sujetos morales, tanto en la calidad como en el ejercicio de sus talentos o capacidades –tomados ambos como sinónimos–. Si bien se entiende que todos los individuos considerados como sujetos morales gozan de ellas, se recuerda y se valora significativamente que no todos los individuos cuentan con los mismos talentos.

La reflexión sobre la *potencialidad de las capacidades* se encuentra muy conectada con la anterior. Nos lleva a la necesidad de tener en cuenta la existencia de individuos que, por diversas circunstancias, pueden tener disminuidas sus capacidades para razonar, sentir, comunicarse de un modo temporal o transitorio. También a la necesidad de valorar la capacidad moral en función de los otros talentos y de sus límites.

La reflexión sobre la *dignidad en las posibilidades* exige abrir el discurso sobre la moralidad y la dignidad a la cuestión de la posibilidad. Si bien la capacidad está indefectiblemente conectada a la posibilidad, no debe ser confundida con ella. Así, puede ocurrir que se tenga capacidad para razonar, sentir y comunicarse; y, sin embargo –por diversas circunstancias–, no se tenga la posibilidad de ejercer tales talentos. Aquí la imposibilidad para ejercer las capacidades no se considera como una situación que disminuya la dignidad de la persona, sino como un obstáculo que debe ser removido con la colaboración de los demás y la función promocional del Derecho.

¹⁹⁶ Las ideas que siguen a continuación sobre estos tres tipos de discurso han sido tomadas de: DE ASÍS, Rafael. “La incursión de la discapacidad en la Teoría de los derechos: Posibilidad, Educación, Derecho y Poder”, op. cit., pp. 66 y 68.

Estas tres matizaciones resultan relevantes en la determinación de los agentes del discurso moral y, por tanto, en la reflexión sobre la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales que se le atribuyen. Para DE ASÍS, el agente moral no sólo será aquel ser humano que –conforme a un individuo abstracto o modélico– goza a plenitud de ciertas capacidades que lo diferencian del resto de la naturaleza (especialmente de la propiedad de razonar, sentir y de poder comunicarse), que le permiten configurar su propio plan de vida y orientarse hacia su realización; sino también aquel que las tiene de manera diferenciada (verbigracia, unas más desarrolladas respecto de otras); o que pese a no gozar de todas ellas a plenitud, las tiene pero en potencia (por ejemplo, por sufrir una enfermedad que le impide razonar temporalmente); o cuando teniéndolas a cabalidad no cuenta con las posibilidades reales para ejercerlas o poder desarrollarlas adecuadamente (verbigracia, por sufrir una situación de indigencia que le impide desarrollar su personalidad de manera suficiente).

“Desde estas matizaciones los agentes relevantes en la discusión moral, en el ámbito del discurso de los derechos, deben ser lo capaces, pero incluyendo en esta categoría a los que tienen algún tipo de problema para desarrollar su racionalidad, su sentimiento y su comunicación, y, por lo tanto, a los que cuentan con dificultades para el desarrollo de su capacidad moral. O dicho de otra manera, el sujeto moral es aquél que, de alguna manera, cuenta con la posibilidad potencial de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida. Así, el marco de la discusión moral está presidido por el valor que se concede a dichas capacidades y posibilidades en la búsqueda de un plan de vida (en el desarrollo de la capacidad moral).”¹⁹⁷

Uno de los méritos de esta propuesta es el de acercar la idea de dignidad humana al de la *vida humana digna*; pues, aunque posee fuertes dimensiones particulares (en el sentido de que los tres tipos de reflexiones deberán aplicarse a cada ser humano situado en sus circunstancias concretas), implica no obstante exigencias fuertes de tipo objetivo y material como son: la obligación de todos de respetar esas capacidades, potencialidades y posibilidades, así como la obligación de favorecer su mantenimiento e incluso mejora a través de prestaciones conducentes a satisfacer las necesidades básicas de los agentes morales. Tal punto de vista nos lleva a considerar los problemas de los demás como propios, a considerar que las circunstancias particulares de unos involucran a los demás,

¹⁹⁷ DE ASÍS, Rafael. *Ibid.*, p. 69.

es decir, a acentuar el valor solidaridad y a colaborar con los demás en la realización de sus respectivos planes de vida¹⁹⁸.

Otro de los méritos de esta propuesta es posibilitar que la inclusión al discurso moral de los matices sobre las capacidades, potencialidades y posibilidades del ser humano, redunde en el fortalecimiento de una idea de dignidad inclusiva e incluyente. Si uno de los fundamentos en los que ésta se sustenta es la capacidad moral del individuo humano –es decir, el ser un sujeto moral–, resulta evidente que al considerarse las particulares circunstancias de los individuos humanos, situados y concretos (sus capacidades, potencialidades y posibilidades), para reconocerles su capacidad moral y, por tanto, su condición de sujetos morales; tal punto de vista fortalecerá la universalidad de la dignidad porque uno de los elementos que sirven para caracterizarla y justificarla se habrá extendido también para comprender a miembros concretos de la familia humana.

Este mérito requiere, sin embargo, una observación. No es equiparable el concepto de sujeto moral al de persona o ser humano; como no es equiparable la idea de dignidad a la de capacidad moral. Si bien todo sujeto moral es un ser humano o persona (dejando de lado la posibilidad, no verificada, de la existencia de otros seres que, sin ser humanos, tengan la capacidad de razonar, de autonormarse, etc.); no todo ser humano o persona es un sujeto moral. Un sujeto moral, según el propio Rafael DE ASÍS, es aquel que: “de alguna manera, cuenta con la posibilidad potencial de razonar, sentir y comunicarse, y de dirigir estas facultades hacia el logro de un determinado plan de vida”¹⁹⁹ (capacidad moral). Los seres humanos en su mayoría poseen esa posibilidad potencial; no obstante, puede ocurrir que alguno carezca de ella, ya no de manera temporal, sino en forma definitiva (por ejemplo, por padecer una enfermedad mental que le impida razonar o discernir de manera permanente). En este último caso, tal ser humano no cuenta con la capacidad moral para autonormarse, para descubrir lo que es justo o injusto, para definir su propio plan de vida; sin embargo, es persona, tiene dignidad. La consideración de persona y el reconocimiento de su dignidad –recordémoslo una vez

¹⁹⁸ Rafael DE ASÍS es de opinión similar: “La idea de dignidad humana, expresada de esta manera, trae consigo estas exigencias, que tienen que presidir el discurso de los derechos y que lo hacen inteligible. Es este el punto de conexión entre dignidad humana y vida humana digna. Esta última se alcanza cuando se respetan las capacidades definitorias de las ideas de dignidad y su ejercicio; cuando se alcanza una satisfacción razonable de un plan de vida.” (Ibid., p. 70).

¹⁹⁹ Ibid., p. 69.

más— no van dirigidos a sus propiedades o capacidades, sino al ser humano en sí. Ellas no son constitutivas de la condición humana, tan sólo son meras cualidades o características de la misma. Ni el ser persona ni su dignidad están definidas, pues, por la capacidad moral del individuo, aunque ésta sirva como uno de los elementos para caracterizarla y justificarla racionalmente. A pesar de esta observación, la propuesta de Rafael DE ASÍS tiene la valía de brindarnos luces interesantes para replantear el discurso sobre la dignidad humana que se sustenta en las capacidades de un individuo humano abstracto o modélico, para incluir también la consideración de las particulares circunstancias de un individuo humano situado y concreto; es decir, para vincular el mundo de la abstracción y la preocupación por el ser humano en general, con el mundo de la vida y el interés por el individuo humano particular: aquel que vive día a día conforme a sus capacidades, potencialidades y posibilidades.

IV. EL PRIMADO DE LA PERSONA: LA DIGNIDAD COMO FUNDAMENTO Y FIN ÚLTIMO DE LA MORAL, LA POLÍTICA Y EL DERECHO

Si partimos de reconocer la eminente dignidad de la persona; entonces ésta puede ser ubicada racionalmente como el fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho; como el punto de partida y el punto de llegada del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales; es decir, como la piedra angular y el horizonte de una sociedad bien ordenada. Ésa es la posición que le asigna un humanismo personalista. Si bien es la persona a quien, en estricto, le corresponde ese lugar privilegiado (en el sentido de ser su titular o beneficiario), suele ubicarse a su dignidad en esa posición con el propósito de resaltar que toda la organización social, incluyendo el comportamiento de las personas propiamente dichas, tienen que ser conformes y estar a la altura de aquel eminente valor (vivir con dignidad, no actuar de manera indigna, etc.). No olvidemos que “persona” y “dignidad” son dos caras de una misma moneda, dos formas de denotar todas las dimensiones de la condición humana, de reconocer su valía y de estipular o exigir un tratamiento acorde con su naturaleza. Con esa precisión, la dignidad del ser humano es ubicada racionalmente como la raíz y la razón de ser de la

moral, la política y el Derecho. Un valor, a partir del cual, puede edificarse una moral, con sus exigencias para la política y el Derecho, con el propósito de alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen; esto es, para que los diversos niveles de la vida social estén organizados de tal modo que todos los seres humanos pueden alcanzar con su esfuerzo –pero con la ayuda de los demás– su desarrollo más pleno, su desarrollo integral.

Es lo que hace PECES-BARBA al defender “la primacía de la persona humana, o dicho de otra forma, el reconocimiento a todos los niveles de la eminente dignidad” que le corresponde²⁰⁰. Sobre esa base construye su edificio teórico: la ubica como el principal “referente del pensamiento moral, político y jurídico”, como el “fundamento de la ética pública de la modernidad”, el “criterio fundante de los valores, los principios y los derechos”²⁰¹. Para su modelo, tanto el Estado de Derecho, como la democracia y los derechos fundamentales, además de sustentarse en la dignidad del ser humano, deben orientarse siempre hacia su realización más plena. Esto significa que los diferentes ámbitos de la vida social (culturales, económicos, políticos, jurídicos, etc.) deben estructurarse de tal modo que no sólo se eliminen los obstáculos que impiden su desarrollo, sino que se contribuya a que pueda desarrollarse integralmente. Sólo así podremos estar ante una sociedad bien ordenada: libre, abierta, plural y democrática, que responda a los parámetros que este modelo teórico persigue.

²⁰⁰ “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., p. 245.

Desde diferentes puntos de vista, una vasta doctrina se agrupa en torno a este camino. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ insiste, por ejemplo, en que: “La dignidad de la persona constituye uno de los valores superiores que el [D]erecho positivo no puede desconocer, como no puede desconocer los derechos a la misma inherentes” (*La dignidad de la persona*, op. cit., p. 82); y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, entre otros, anota: “La elevación por el propio artículo 10.1 [de la Constitución española] de ‘los derechos inviolables que le son inherentes’ (a la persona) a idéntica categoría de fundamento del orden político no es sino la resultante obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana. Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral del ser humano exigido por su misma dignidad” (*La dogmática de los derechos humanos, A propósito de la Constitución Española de 1978*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 50).

²⁰¹ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 66, 12 y 66, respectivamente.

En línea similar Eusebio FERNÁNDEZ considera a la dignidad humana “como fuente de los valores de autonomía, seguridad, libertad e igualdad, que son los valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos.” (“La dignidad de la persona”, op. cit., p. 20). Como veremos más adelante, PECES-BARBA considera que la dignidad humana es, además, fuente del valor solidaridad.

Precisamente por ello, en el modelo de nuestro autor la dignidad “es más un *prius* que un contenido de la ética pública”²⁰², en el sentido de tener una existencia anterior y que condiciona a esta última; por eso aparece racionalmente ubicada como el fundamento y fin último de la ética pública, la que inspira, orienta y delimita su contenido. Lo mismo ocurre en los ámbitos político y jurídico. Una consecuencia teórica coherente con los presupuestos y objetivos que el modelo persigue: Si se quiere construir una moral, un poder y un Derecho orientados al servicio y la realización de la dignidad humana –como ocurre con el modelo que aquí se analiza–; la dignidad puede ser ubicada racionalmente como su fundamento último, la razón de ser de todos ellos, la que explica e inspira sus fines y a cuyo servicio están siempre orientados. Ello refuerza y alienta su vocación de ser incorporada al ordenamiento jurídico, especialmente a su fuente de mayor jerarquía. Cuando esto último ocurre, la dignidad, además de ser el principal referente del pensamiento moral, político y jurídico, el *prius* de la ética pública o el fundamento último del poder y del Derecho, es también el valor supremo del ordenamiento jurídico, con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía.

Tras reconocer la eminente dignidad del ser humano, corresponde inquirir sobre su contenido, sobre las exigencias que se derivan de ella, a fin de determinar cómo debe edificarse la moral, la política y el Derecho, cómo debe organizarse la vida social para realizarla y no vulnerarla. Resulta importante distinguir, para tal efecto, el tipo de discurso que debe ser empleado. Si se utiliza un discurso descriptivo, la dignidad aparece como una cualidad de la persona derivada de una serie de características que le son propias (capacidad de razonar, de sentir, de crear cultura, etc.). En ese caso estaremos ante una cualidad fáctica de la persona que, por carecer de rasgos normativos, no podría dar origen a preceptos –morales, políticos o jurídicos– destinados a realizarla (sin perjuicio de servir para conocer todo lo que el ser humano es o puede llegar a ser, para justificar su calidad de persona y la eminente dignidad que le corresponde). En cambio, si se utiliza un discurso prescriptivo, la dignidad aparece como un deber ser, como un proyecto que día a día debe realizarse y conquistarse. En este último caso, la dignidad se presenta con rasgos normativos que permiten estipular, a partir de ella y con mediación de la razón, los preceptos necesarios para desarrollar toda su virtualidad. Llegados a este

²⁰² PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 67, la cursiva es mía.

punto, es posible construir ya un ordenamiento moral, político y jurídico fundado e inspirado en la dignidad de la persona. Así lo entiende también PECES-BARBA: “[Al llegar a este punto ya] no estamos describiendo una realidad sino un deber ser”; “un proyecto que necesita una normatividad, pero [donde] ésta no deriva necesariamente de los rasgos naturales que lo integran, sino que necesita de una deliberación racional para especificar esa normatividad.”²⁰³

Ronald DWORKIN intenta dar una respuesta partiendo de un concepto de dignidad en su sentido inverso, es decir, referido a la prohibición de tratar indignamente a las personas. La define como el derecho: “que las personas tienen [...] a no sufrir la *indignidad*, a no ser tratadas de manera que en sus culturas o comunidades se entiende como una muestra de carencia de respeto.”²⁰⁴ Y agrega: “[c]ualquier sociedad civilizada tiene estándares y convenciones que definen esta clase de indignidad, y que difieren de lugar a lugar y de época en época.”²⁰⁵ Se trata de una respuesta que requiere ser matizada y completada. En primer lugar, porque vincular la idea de dignidad a las convenciones y estándares de cada cultura relativiza en demasía los preceptos de la dignidad humana. Es necesario exponer unas exigencias básicas, imprescindibles, universales o universalizables que sean el contenido mínimo a ser respetado para que la dignidad tenga virtualidad. Eusebio FERNÁNDEZ propone el respeto por la vida, así como la integridad física y moral, como el mínimo inalterable e irrenunciable²⁰⁶. Sin ellas las demás exigencias no tendrían sentido. No obstante, si bien son exigencias esenciales, resultan insuficientes para configurar, incluso, un contenido mínimo de dignidad humana. De nada serviría que esas exigencias sean respetadas si no se cumplieran con determinadas prestaciones para que la persona no sea reducida a un objeto, para que pueda ver satisfechas necesidades básicas, elementales, para su subsistencia (verbigracia: vivienda, alimentación, sanidad y trabajo) y para que pueda desarrollar niveles aceptables de su humanidad (la educación es un ejemplo de ello). Ésa es la segunda razón por la que debe completarse la propuesta de DWORKIN. Los preceptos de la dignidad humana no sólo deben estar referidos a la defensa de la persona o a la prohibición de un trato indigno,

²⁰³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 67, la primera cita; y 50, la segunda.

²⁰⁴ *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, op. cit., p. 305.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Vid su trabajo: “La dignidad de la persona”, op. cit., pp. 26-27.

sino también a su promoción mediante prestaciones de dar o de hacer, a fin de satisfacer necesidades básicas y coadyuvar a su pleno desarrollo. Sin esos preceptos, o mejor aún, sin el cumplimiento de esas exigencias, el ser humano tendría serias dificultades para alcanzar el nivel de humanidad mínimo para vivir realmente como persona.

PECES-BARBA añade más respuestas. Al concebir a la dignidad como un punto de partida y un punto de llegada, las exigencias que racionalmente deriva de ella no agotan todo lo que su contenido encierra. Es una consecuencia lógica con la complejidad de la naturaleza humana y la razón situada en la historia que utiliza como herramienta metodológica. Algunas de ellas son las siguientes:

1º. La dignidad implica que todos y cada uno de los seres humanos tienen algo intrínsecamente valioso que no puede entrar en el campo de lo negociable, de lo disponible, sea por parte del poder, de terceras personas o del propio interesado. Indica la existencia en todos y cada uno de los seres humanos de un ámbito inviolable que limita el discurso moral, político y jurídico, así como las conductas y decisiones que se adopten en esos órdenes. Incluye la imposibilidad de que pueda ser objeto de intercambio por algo o por alguien, pues al ser cada ser humano único, valioso, digno, carece de equivalente: “Esa es la razón por la que los seres humanos no somos una mercancía a la que se le asigna un precio, pues la mera asignación de un precio implica que puede ser sustituido por algo de equivalente valor.”²⁰⁷ Es también la posición de PECES-BARBA:

“Es [...] muy certera la consecuencia que saca Kant de la noción de dignidad, es decir, nuestro valor, que impide que seamos objeto de cambio, que podamos ser utilizados como medio y que tengamos precio. La consecuencia de la dignidad es que somos seres de fines sin precio y fuera del comercio de los hombres.”²⁰⁸

Ir en contra de ese límite –sea de manera actual o potencial– haría a dicho discurso, conducta o decisión, una actuación moralmente incorrecta, sin perjuicio de que, además, pueda resultar inconveniente desde el punto de vista político e inválida jurídicamente. Javier MUGÜERZA ha propuesto, en esa línea, al “límite de la condición humana” como una de las restricciones éticas de todo discurso (el otro sería la propia conciencia de cada ser humano), hasta el punto que: “ninguna decisión colectiva, por

²⁰⁷ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, op. cit., pp. 421-422.

²⁰⁸ *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 70-71.

mayoritaria que fuese, podría legítimamente atentar contra ella sin atentar contra la Ética”²⁰⁹. Esto significa que la dignidad del ser humano reclama la humanización del orden moral, político y jurídico, de tal suerte que los preceptos o conductas que correspondan a cada uno de esos órdenes pueden ser enjuiciados y valorados a partir de la condición humana.

2º. Si la persona es un ser que presenta distintas dimensiones que configuran su humanidad, integradas todas ellas en una unidad; si es “un fin que ella misma decide sometiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio”²¹⁰; entonces, ningún orden moral, político o jurídico puede desconocer, legítimamente, alguna de las dimensiones de la persona. No deben serles irrelevantes su naturaleza biológica, psicológica, su autonomía, racionalidad y espiritualidad, así como las demás dimensiones que integran su humanidad. Hacerlo significaría olvidar su condición de persona, desvirtuar la totalidad de su condición humana, tratarlo como una cosa, como un objeto. Por esa misma razón, porque la persona es un fin en sí mismo, y porque sin ella no puede haber comunidad o Estado, ni ordenamiento moral, político o jurídico, ninguno de estos órdenes pueden establecer legítimamente actos o normas que contravengan su condición. Antes bien, deben orientarse hacia su respeto, protección, garantía y promoción; hacia el desarrollo integral de la persona. Agustín BASAVE, en cuanto al orden jurídico se refiere, sostiene:

“La dimensión jurídica del hombre no puede desconocer ni la estructura permanente y general del ser humano –elemento nuclear–, ni el autoproyecto cambiante en situación histórica. Las leyes ontológicas del ser del hombre no son –no podrían ser– irrelevantes para el orden jurídico. La esfera cultural-antropológica con sus cambiantes proyectos se refleja en las instituciones sociales. La contemplación jurídica debe tomar como base una imagen ideo-existencial del hombre. El deber-ser –comportarse de una manera y no de otra– descansa sobre el ser del hombre –cuerpo, psique, espíritu–. Una antropología integral está en la base de una antropología jurídica. La estructura estratificada del hombre –estrato biológico, estrato psíquico, estrato espiritual– con su legalidad propia no puede ser desconocida por el Derecho.”²¹¹

PECES-BARBA es afín a estas ideas. Lo apreciamos en diversos momentos de su pensamiento; por ejemplo, cuando al referirse a las diversas dimensiones de la condición

²⁰⁹ Desde la perplejidad –Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo–, Fondo de Cultura Económica, Madrid-México, 1990, p. 681.

²¹⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 68.

²¹¹ “Hacia una antropología jurídica integral –La dimensión jurídica del hombre como fundamento de la Filosofía del Derecho–”, op. cit., p. 241.

humana considera que “[t]ambién el Derecho debe tener en cuenta esta compleja realidad del hombre. Sus mandatos tendrán que ajustarse a esa realidad, por otra parte en continua evolución”²¹²; cuando defiende que “[e]l centro y el punto de partida de todo desarrollo humano tiene que ser el hombre libre, participante en el proceso de desarrollo”²¹³, pues “[u]n desarrollo puramente material, sin esa participación, puede aumentar los desequilibrios y las servidumbres, puede no ser liberador”²¹⁴; y cuando al reflexionar sobre la “organización económica, social y cultural” concluye que ésta “tiene que estar al servicio de la persona, lo mismo que la estructura jurídico política”, para lograr una sociedad bien ordenada²¹⁵. Estamos ante unas exigencias que conectan la idea de dignidad con la proscripción de la arbitrariedad; así como con la idea de límites al poder, tanto en su expresión negativa (como obligaciones de no hacer) como en su expresión positiva (como demandas de dar o de hacer), para asegurar la virtualidad y realización de la condición humana²¹⁶.

3°. Si cada persona es un fin en sí mismo; entonces, debe reconocérsele su condición de titular de una serie de derechos que deben ser igualmente respetados, protegidos, garantizados y promovidos porque ésta es la única manera de no tratar a la persona como objeto ni como simple medio²¹⁷. Derechos que deben poseer características especiales a fin de reflejar el eminente valor que le corresponde: su humanidad, inviolabilidad, su dignidad, en definitiva. Se trata, muy especialmente, de los llamados derechos humanos o fundamentales, que deben ser igualmente disfrutados por todos los seres humanos, a fin de que no se trate a algunos como simples medios en beneficio de otros. Es la idea básica de toda teoría y lucha por este tipo de derechos: que el ser

²¹² *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 60.

²¹³ “El desarrollo político como desarrollo humano”, op. cit., p. 82.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 231 las dos últimas citas.

²¹⁶ Sobre este doble significado de la idea de límites al poder, vid: DE ASÍS, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, p. 69 y siguientes.

²¹⁷ En esa línea se pronuncia Ernst TUGENDHAT, para quien: “en la medida en que [las personas] se reconocen mutuamente se constituyen como fines en sí; y reconocer a alguien como fin en sí, como portador de un valor absoluto, significa no tratarlo como a un valor instrumental, y esto supone imponerse el precepto de no instrumentalizarle. Y prosiguiendo la explicitación cabría decir que esto significa reconocerle como un sujeto de derechos. Por lo tanto, habría que entender el reconocerse mutuamente como otorgación recíproca de derechos” (“La indefensión de los filósofos ante el desafío moral de nuestro tiempo”, en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, traducción de Concha Roldán Panadero, Nº 3, abril 1991, Madrid, p. 115).

humano no sea tratado como cosa, como objeto, sino siempre como sujeto. La concepción de persona y la idea de dignidad conducen así al atributo de la personalidad: confieren a cada ser humano un *status* como titular de derechos y obligaciones. Es el presupuesto epistemológico necesario para poder hablar de derechos humanos o fundamentales. Se habla así de la aspiración del ser humano a ser reconocido por todos como persona, como titular de derechos y obligaciones. En palabras de PECES-BARBA:

“Se puede, desde ese punto de vista, reconocer que existe un derecho radical, entre los fundamentales, del que de alguna manera dependen o traen causa los demás. Se trata del derecho a ser considerado *como ser humano, como persona*, es decir, como ser de eminente dignidad, titular de derechos y obligaciones. Sin ese derecho reconocido quiebran todos los demás derechos fundamentales, se quedan sin punto de apoyo.”²¹⁸

²¹⁸ *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973), op. cit., pp. 121-122. Inmediatamente continúa: “Con razón dirá Legaz que ‘hay un derecho absolutamente fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana...’ Si el poder no reconoce ese elemental y básico derecho, su ordenación de la sociedad no será una ordenación jurídica. No estaremos ante el Derecho, sino ante la fuerza desnuda.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.* La cita a Luis LEGAZ LACAMBRA corresponde a su obra: “La noción jurídica de la persona humana y de los derechos del hombre”, en: *Revista de Estudios Políticos*, Volumen XXXV, Año XI, Nº 55, 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 44).

Elías DÍAZ criticó esta posición por ver en ella residuos iusnaturalistas. Puso de manifiesto que, si se siguiera esa hipótesis, habría que concluir que sólo sería Derecho el sistema de normas coactivas que reconociese ese “elemental y básico derecho”. El problema estaría en resolver: “¿Quién dice si existe o no dicho reconocimiento del hombre como persona?”, acaso “¿no aplican los jueces –y todos los demás actores jurídicos– esas normas, aunque el discrepante diga y rediga que estas normas no son Derecho porque no reconocen ese derecho humano fundamental?”, en todo caso: “¿cómo habrá que entender esa dignidad de la persona humana, cuáles serán sus exigencias y contenido concreto?” Se producirían distintas respuestas en función de la valoración de cada quien, con lo que se incrementaría la inseguridad jurídica (“Crítica al libro de Gregorio Peces-Barba: Derechos fundamentales. I: Teoría general, Guadiana, Madrid, 1973”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 7, octubre de 1974, Madrid, p. 156).

PECES-BARBA respondió a esta crítica indicando que los residuos iusnaturalistas que se ven en su posición posiblemente se deban a una defectuosa expresión de su parte y al hecho de haber apoyado su afirmación en un texto de LEGAZ LACAMBRA, que quizás no tenga el mismo sentido que intentó introducir. Lo que quiso decir –precisa– es que “el Derecho parte de la organización de la vida del hombre”, “que el hombre es el sujeto significativo del Derecho [...] la apoyatura de todo el sistema jurídico y también de los derechos fundamentales”; por lo que –en ese sentido– ser reconocido como persona, como titular de derechos y obligaciones con una eminente dignidad, “es el primer derecho fundamental”. Tal afirmación –agrega– “no tiene una connotación iusnaturalista”; aunque acepta que: “[q]uizás la expresión haya sido defectuosa o quizás realmente haya unos residuos idealistas subconscientes en ese planteamiento que convenga reelaborar.” (“Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, –Civitas Monografías–, Civitas, Madrid, 1978, pp. 201 y 201-202, nota a pie de página Nº 10. Este artículo fue elaborado como contribución al *Libro-homenaje al profesor Corts Grau*, Universidad Literaria de Valencia, 1977. Aquí se cita el artículo tal como apareció en *Libertad, Poder, Socialismo*). Años después, en la cuarta edición de su libro *Derechos Fundamentales* (1983-1986), PECES-BARBA insiste en este planteamiento reproduciéndolo en su integridad, aunque expresando con mayor claridad el sentido de su postura: “La anterior afirmación no expresa una posición iusnaturalista, como ha afirmado el profesor Elías Díaz. Se trata de una constatación formal. De la propia estructura del Derecho deriva la necesidad de que sean reconocidos los hombres como sujetos jurídicos, aunque históricamente grupos de hombres, como los esclavos, no hayan sido reconocidos como tales y seres no personas hayan sido también considerados como sujetos del Derecho en otras etapas anteriores de la historia. Todo el edificio de la teoría del Derecho se derrumbaría, estaríamos ante otra realidad, si se pudiese hablar de un Derecho sin

4°. Frente a los intereses de la comunidad y del Estado siempre se puede oponer el simple y universal hecho de que cada ser humano es persona, por lo que no todo puede ser resuelto en términos del interés general o de la conveniencia política. Por el contrario, siempre deben considerarse los preceptos morales orientados hacia el bienestar del ser humano. Como dice Rinaldo BERTOLINO: “Antes que el Derecho aparece la persona en su estatuto ontológico como ser moral; como ‘valor suprapositivo’, la dignidad del hombre limita el orden del Estado. Cualidad intrínseca de la condición humana, poseída por el simple hecho de ser hombre”²¹⁹. Esto no significa caer en egoísmos o individualismos que olviden la importancia de la comunidad, ni el cuidado del resto de la naturaleza; pero sí poner de manifiesto que toda la vida social debe estar fundada y organizada a favor del desarrollo integral de la persona.

5°. Además de servir como límite, la dignidad es medida de una sociedad bien ordenada: No sólo establece restricciones para un orden moral, político y jurídico; sino también una serie de prestaciones que se deben cumplir en beneficio de la condición humana. Como ya se adelantó, no basta con que no se afecte u obstaculice, de manera ilegítima, la vida de las personas. Si se parte de reconocer que la persona es el fundamento y fin supremo de la sociedad y del Estado, y se afirma que la comunidad no sólo debe preocuparse de su desarrollo colectivo, sino también ser un medio de realización integral para cada individuo; entonces, la sociedad y el Estado no sólo deben contribuir a alcanzar ese propósito mediante comportamientos negativos –de no hacer– sino también mediante comportamientos positivos dirigidos a coadyuvar a que la persona alcance los máximos niveles posibles de desarrollo en todas las esferas de su humanidad. Siendo coherentes con esta concepción, los preceptos que se derivan racionalmente de la dignidad del ser humano no sólo deben estar referidos a la defensa de la persona o a las que prohíben un trato indigno, sino también a aquellos que demandan su promoción mediante prestaciones de dar o de hacer, a fin de satisfacer necesidades básicas y coadyuvar a su pleno desarrollo. De no ser así, es posible que el ser humano ni siquiera pueda alcanzar, con su solo esfuerzo, los niveles mínimos de humanización para vivir

sujeto. Por eso es para nosotros una condición de la estructura del Derecho, aunque para Legaz pueda tener una connotación iusnaturalista.” (Ibid., p. 92).

²¹⁹ “La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, traducción de Andrea Greppi, N° 7, Año IV, enero de 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 136.

realmente como persona; en cuyo caso el reconocimiento de su eminente dignidad no sería más que un buen deseo, a lo más un acto de justicia sin fuerza real alguna. Se trata de una consecuencia propia de un antropocentrismo exigente, con el que se puede reconocer –entre otras pretensiones o prescripciones– la calidad de derechos fundamentales de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Es también la posición de PECES-BARBA:

“Los socialistas y los liberales progresistas, de Louis Blanc en adelante, pensaron que no bastaban derechos que unificaban y que integraban a todos en su reconocimiento jurídico formal, sino que eran necesarios derechos que ayudasen a salir de la miseria y de la ignorancia, para que pudieran quienes estuvieran en esa situación desarrollar sus facultades. Como reconoce Bobbio los derechos no están sólo para protegerse de los maleficios del poder, sino para obtener beneficios del poder. Eso exigía la intervención de los poderes públicos para promocionar. Ya no se trataba sólo de garantizar o proteger, ni de abrir cauces para participar, era necesario impulsar con acciones positivas. Por eso la universalidad vista desde los derechos sociales [...] es un objetivo y se encontrará en su momento en el punto de llegada.”²²⁰

6º. Como fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho, la dignidad humana sirve como criterio para evaluar la corrección, legitimidad y justicia en esos órdenes, para orientar y delimitar la producción, interpretación y aplicación de sus preceptos y actuaciones. Cuando es incorporada al ordenamiento jurídico, especialmente a su norma de mayor jerarquía, sirve además como criterio de validez de las normas jurídicas, a fin de que ninguna de ellas sea contraria a la persona sino, por el contrario, favorezca su realización más plena. Así, refiriéndose al caso español, Pedro SERNA explica que, el artículo 10.1 de la Constitución, al atribuir a la dignidad “unos derechos inviolables que le son inherentes” y calificarla como el “fundamento del orden político y de la paz social”, no sólo funda con ella los derechos sino también el completo orden jurídico:

“Aparece por tanto como criterio hermenéutico que limita, en cuanto a su validez, posibles interpretaciones de otros principios de la Constitución que pudiesen tener efectos contrarios al respeto a la persona, como sería por ejemplo, una concepción del principio de soberanía que condujese a considerar, en clave puramente formalista, el principio de legitimidad democrática que consagra la Carta magna.”²²¹

²²⁰ “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su génesis y su concepto”, op. cit., p. 32.

²²¹ “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 4, Año II, enero-junio de 1995, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 297.

En el caso de los derechos fundamentales, por ejemplo, la dignidad sirve como referente para guiar su desarrollo normativo y delimitar tanto su contenido como su ejercicio. Sirve para establecer qué exigencias pueden formar parte del contenido de esos derechos por ser favorables al desarrollo integral de la persona, y qué exigencias no pueden serlo por deshumanizarla o ser contrarias a la dignidad que le corresponde. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado que:

“La regla del artículo 10.1 CE [que atribuye a la dignidad de la persona unos ‘derechos inviolables que le son inherentes’, así como el carácter de ‘fundamento del orden político y de la paz social’], proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona [...]”²²².

Por esa misma razón, la dignidad sirve como criterio para determinar cómo se deben ejercer los derechos para ser compatibles con ella y qué actuaciones no pueden ser protegidas por el ámbito de validez del derecho por resultar un comportamiento indigno. Además, sirve como criterio para determinar lo que puede ser considerado como derecho fundamental o perteneciente a tal tipo de derechos. No deberá serlo aquella pretensión que deshumanice al ser humano, que vaya en contra de alguna de sus dimensiones o que afecte su inviolabilidad; por el contrario, demandará tener tal carácter aquella pretensión cuya satisfacción contribuya a su desarrollo, al respeto, protección, garantía y promoción de su dignidad. Es también la postura de Robert SPAEMANN, para quien “[e]l concepto mismo de dignidad humana es –como el de libertad– un concepto trascendental. Este concepto no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general.”²²³

En lo que a la libertad de elección y la autonomía moral se refiere, no debe olvidarse que la libertad de elección debe estar orientada siempre a la autonomía moral, es decir, a la plena realización de todas las dimensiones del ser humano, si es que pretende ser una elección coherente con la eminente condición de la persona. Por lo

²²² STC 57/94, de 28 de febrero, fundamento jurídico 3, publicado en el BJC 155 (1994), p. 227.

²²³ “Sobre el concepto de dignidad humana”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, traducción de Daniel Innerarity, N° 19, 1988, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 15.

tanto, ni la libertad de elección –por su orientación– ni la autonomía moral –por definición– pueden ser contrarias a la dignidad misma. Ni una ni otra deben dar lugar a decisiones que menoscaben alguna de las dimensiones del ser humano –sea del propio individuo que toma la decisión o de los demás–, porque eso significaría actuar en contra de la condición humana. Significaría tratar a la persona no como fin, sino como un objeto, como un simple medio. En ese caso, estaríamos ante un comportamiento inmoral por indigno, sin perjuicio de que además resulte inconveniente desde el punto de vista político e inválido desde el enfoque jurídico. Lo explican T. MELENDO y L. MILLÁN-PUELLES:

“[L]a dignidad humana va mucho más allá del simple arbitrio, entendido como mera capacidad de optar [...] la innegable excelstitud del sujeto humano se infiere sin posibilidad de equívocos de su intrínseco poder de autodeterminación *sólo cuando* éste se advierte con perspicacia en la totalidad de sus dimensiones constitutivas. O, con palabras más concretas: *la libertad es signo privilegiado de la grandeza humana no solo porque gracias a ella el hombre puede conducirse por sí mismo, sino también y de manera indisoluble, porque por sí mismo puede encaminarse hacia el propio bien o plenitud terminales*”²²⁴.

7º. Para favorecer la plena realización de la persona, la moral, la política, el Derecho, y en general todo ámbito de la vida social, deben estructurarse de tal forma que hagan posible que cada persona esté en condiciones de realizar todas las dimensiones de su humanidad; en especial que: “pueda decidir libremente, pueda pensar y expresarse libremente, pueda crear y desarrollar su imaginación libremente, pueda comunicarse y dialogar libremente, y pueda vivir en sociedad libremente”²²⁵. También que pueda

²²⁴ *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996, pp. 61-62.

Es también la posición de Tomás PRIETO, al señalar que: “Parto, pues, de que considerar que este derecho de opción vaya a suponer una completa e incondicionada libertad de la persona para autodeterminarse, con vistas a su desarrollo, según lo quiera entender cada cual, sin límite alguno, no sólo implicaría proscribir cualquier consideración de la dignidad como valor absoluto de contenido suficientemente objetivo –con lo que la precisión de su contenido es remitida a la conciencia de cada uno–, sino que también supondría otorgar una relevancia aquí sí absoluta al consentimiento de la persona (sujeto pasivo o ‘víctima’, o incluso sujeto activo) para considerar o no como indigno un comportamiento dado –de modo que, aunque razonablemente sea considerado como inicuo, pueda no serlo en la medida que el sujeto que lo padece lo consienta–. A mi juicio, esta identificación entre dignidad y pura autonomía, que desliga a aquélla de parámetros racionales-naturales, equivale, en el fondo, a convertir la dignidad humana en una ‘palabra vacía’ [...] y representa una amenaza para el hombre, absolutamente manifiesta en la civilización moderna, tan proclive a vaciar aquella dignidad en la medida en que la remite al dictamen de cada cual.” (*La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas*, –Monografías–, Civitas, Madrid, 2005, pp. 203-204).

²²⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 72-73.

construir su propio plan de vida, su proyecto de salvación, de felicidad, de virtud, etc., sin interferencias ni presiones ilegítimas de ningún tipo. Para PECES-BARBA, la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad son los valores, derivados racionalmente de la dignidad humana, que permiten organizar a esos efectos los diversos ámbitos de la vida social. Los completan, con similar propósito, los derechos fundamentales y los demás principios derivados de aquéllos. Con ese conjunto propugna un modelo de organización social donde la arbitrariedad se encuentre proscrita, el poder sometido al Derecho, las instituciones organizadas democráticamente y el ordenamiento jurídico dotado de un contenido de justicia suficiente para realizar integralmente a la persona. Se trata de un gran empeño de racionalización que busca contribuir a que el ser humano pueda desarrollarse plenamente con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás. Una forma de convivencia social donde la democracia y el Estado de Derecho, se presentan, junto con los derechos fundamentales, como las formas de organización jurídico-políticas más acordes con la dignidad humana, con los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen para construir y fortalecer una sociedad bien ordenada:

“Desde el punto de vista institucional, la dignidad humana, que es igual para todos, se ve favorecida por la existencia de un poder legítimo en su origen, es decir, a partir del consentimiento de los ciudadanos a través del sufragio y de otras formas de participación, legítimo en su ejercicio, es decir, limitado, sometido al Derecho, separado en sus funciones y abierto a la cooperación, a la solución pacífica de los conflictos en el ámbito internacional y a la creación de las instituciones supranacionales. La vocación de ese poder debe ser también contribuir a la igualdad real y efectiva que satisfaga las necesidades de aquellas [personas] que no puedan satisfacerlas por sí mismas. [...]. Estamos con estos planteamientos que relacionan a la dignidad humana con los fines y contenidos de la ética pública de la modernidad ante un gran esfuerzo de construcción, que sitúa a la dignidad humana como fundamento del deber ser, raíz del deber ser de la norma básica material que son los cuatro grandes valores de la ética pública política que se convierten en valores de la ética pública jurídica; libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema institucional democrático y como derechos fundamentales de los individuos y de los grupos formados por éstos, y que tienen como objetivo la realización de dimensiones del individuo que no se pueden realizar aisladamente.”²²⁶

²²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 77-78.

CAPÍTULO III

LA MORAL DE LA LIBERTAD

“[E]l punto de vista moral exige una operación de universalización de las máximas e intereses controvertidos que fuerza a las partes a *trascender* el contexto social e histórico de la forma de vida específica de cada una de ellas y de su particular comunidad, y a adoptar la perspectiva de *todos* los posiblemente afectados.” (Jürgen HABERMAS)*.

I. CATEGORÍAS, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

La palabra “moral” suele ser tomada con dos significados diferentes: con referencia directa al comportamiento humano y su calificación como bueno o malo, justo o injusto; y como estudio de la moral, aquella parte de la filosofía que estudia los comportamientos humanos en cuanto morales o inmorales, hablándose así de Filosofía Moral, Ética, o simplemente Moral¹. PECES-BARBA usa la palabra “moral” en el primero de sus significados y a la “ética” como sinónimo². Es un uso que procuraremos mantener aquí para guardar coherencia con nuestro objeto de estudio.

La moral hace referencia a valores, principios y criterios que sirven de guía para la conducta humana. Se expresa de manera más o menos inmediata en normas –en un *deber ser*–, aunque diferentes a las sociales y a las jurídicas porque proceden,

* “Aclaraciones a la ética del discurso”, (1991), en: *Aclaraciones a la ética del discurso*, (Colección: Estructuras y Procesos), traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 132-133.

¹ Vid: ARANGUREN, José Luis L. *De Ética y de Moral, Lo que sabemos de Moral, Moral de la vida cotidiana, personal y religiosa*, op. cit., p. 13. Incluso suele distinguirse entre *moral*, *ética* y *metaética*: A cada *moral* le correspondería “la tarea de prescribir la conducta en la vida cotidiana, mediante enunciados valorativos o prescriptivos con contenido”, que establezcan lo que se debe hacer; a la *ética* o Filosofía Moral, la “reflexión sobre las formas de las prescripciones y valoraciones morales, que intenta fundamentarlas”; y a la *metaética* “la misión de dilucidar si la ética es una disciplina autónoma, si es ciencia, y de qué modo se contraponen entre sí las distintas articulaciones éticas.” (CORTINA, Adela. *Ética sin moral*, op. cit., p. 44).

² Vid su trabajo: “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 83.

fundamentalmente, del sujeto mismo que se siente obligado por ellas y no de la decisión de terceras personas (su origen y fundamento radica en la conciencia moral autónoma del individuo)³. La diferencia con estas figuras no radica realmente en la ausencia de coacción, sino en el origen autónomo de las normas morales y en el heterónimo de las sociales y jurídicas. Mientras en las primeras la coacción proviene exclusivamente de la conciencia moral del propio individuo que se siente compelido a seguirlas, en las dos últimas la coacción reside en el grupo social o en el poder político que las sostiene. De esa manera, y a través de los hábitos del comportamiento, la moral conforma el carácter, el modo de ser de las personas⁴. Puede clasificarse en personal, social y crítica⁵.

La *moral personal* suele utilizarse en cualquiera de los siguientes sentidos: para significar que se origina en la conciencia autónoma de la persona; para expresar que corresponde a cada individuo; y para hacer referencia a aquella que tiene que ver exclusivamente con su vida privada.

La *moral social* suele ser utilizada para denotar la influencia que ejerce la realidad social, en el sentido de que la moral se nutre de valores y normas socioculturales; para indicar los valores o normas morales que rigen el comportamiento de los individuos en relación con los demás, es decir, la vida pública o social; y para hacer referencia a la moral de la mayoría o de la totalidad del grupo social: a la moral vigente en una sociedad.

Cuando la moral social o personal no coincide con una recta conciencia o una recta razón, cuando existe una sed de justicia mayor o una discrepancia con el orden moral vigente, puede ocurrir que uno o más individuos formulen observaciones, mejoras o pretensiones morales alternativas con la finalidad de que sean acogidas para sustituir o mejorar las vigentes (por ejemplo, la crítica contra la pena de muerte en aquellos países donde exista acuerdo social sobre su aplicación). En esos casos, las propuestas de tipo moral reciben el nombre de *moral crítica*. Ésta corresponde a lo que José Luis L. ARANGUREN denomina “moral como actitud”, pues “es siempre de exigencia y de

³ Se dice que las normas morales provienen “fundamentalmente” del sujeto mismo que se siente obligado a ellas, porque si bien tienen su origen en la conciencia moral autónoma del individuo, se pueden nutrir de valores socioculturales.

⁴ Vid: DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 43.

⁵ Cfr.: FERNÁNDEZ, Eusebio. “Sobre la ética y su justificación”, en: *Estudios de Ética jurídica*, (Serie de Derecho), Debate, Madrid, 1990, pp. 101-102.

autoexigencia, de sed de justicia, de búsqueda e inquietud, de inconformismo y crítica del código moral vigente que, por perfecto que parezca es siempre perfectible, y de propuesta, a veces sólo balbuciente, de un orden moral mejor”⁶.

Finalmente, cuando una moral se corresponde con el proyecto de la Modernidad y de la Ilustración, suele recibir el nombre de *moral ilustrada*⁷.

Los ámbitos de la vida humana que son objeto de la moral también suelen ser materia de clasificación. Ésta responde al común convencimiento de las teorías éticas contemporáneas “de que la felicidad y la justicia no son lo mismo”⁸. Se distingue así el *ámbito de la felicidad*, del bien, la virtud, la salvación y, en general, del plan de vida de las personas; del *ámbito de la justicia* de las relaciones humanas, de la manera como debe organizarse la sociedad para que sus estructuras e instituciones –sean políticas, jurídicas, económicas, culturales, entre otras– sean justas. Dos ámbitos de la moral que, por las diversas posibilidades que presentan, deben tomarse en sentido abierto y flexible. Aunque resulten diferentes, ejercen entre sí una influencia recíproca, tanto para favorecer su realización como para dificultarla (por ejemplo: un orden social injusto es proclive a obstaculizar los proyectos vitales de las personas; mientras que un comportamiento virtuoso alienta la justicia en las relaciones humanas).

La Filosofía Moral –o Ética propiamente dicha– se ocupa de los problemas relacionados con la moral en un plano general y abstracto. No estudia una moral determinada (sea de tipo personal, social o crítica), sino lo moral en su especificidad: Examina las condiciones que debe reunir una acción humana para ser definida justificadamente como moralmente válida (esto es: buena o justa). Siendo ése su objeto, no construye en estricto la moral (esa labor está reservada a la conciencia moral autónoma del individuo), tan sólo se ocupa de ella. A diferencia de esta última, no se ocupa de resolver problemas morales concretos, ni de prescribir cómo deberían comportarse los individuos; tan sólo de reflexionar, de forma sistemática y metódica, sobre la validez, sentido y fundamentación de las prescripciones morales, con el propósito de que los seres humanos crezcan en saber acerca de sí mismos, sean más

⁶ *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, op. cit., p. 106.

⁷ Es el sentido con el que PECES-BARBA utiliza la palabra “ilustrada” en: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 231 (al final), 236 (penúltimo párrafo) y 290 (primer párrafo).

⁸ CAMPS, Victoria. *Ética, retórica, política*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, p. 119.

dueños de sí y se perfeccionen en libertad. Por esa razón, no puede ni debe ser moralmente aséptica: Si bien no orienta los comportamientos humanos de modo inmediato, sí lo hace de manera mediata a través de la reflexión filosófica sobre lo que constituye su objeto de estudio⁹. Puede clasificarse a su vez en *Ética descriptiva* y *Ética normativa*¹⁰.

La *Ética descriptiva* agrupa a todas aquellas teorías que se ocupan esencialmente de explicar, interpretar y analizar la actividad humana como un dato empírico e histórico, con el propósito de clarificar la relevancia de lo moral a partir del contexto de la acción. Destaca dentro de ella la *Ética de los valores*, cuyo enfoque fenomenológico describe y analiza los datos de una conciencia moral para, a partir de ella, elaborar una doctrina de los valores morales, establecer su prelación y las normas que se basan en ese orden.

La *Ética normativa* agrupa a todas las teorías que se ocupan de manera principal en fundamentar los principios o normas morales, desarrollando criterios para generarlas o examinarlas, sea a través de un principio moral superior que se considere aplicable de manera incondicional, o sea a través de un bien superior cuya realización se considere vinculante para todos. Destacan en este grupo las *Éticas eudomonistas* y las *Éticas trascendentales*.

Las *Éticas eudomonistas* fijan en la felicidad a la meta última que interesa alcanzar a la acción humana. Presentan distintas variantes en función a lo que definan como felicidad y a lo que consideren que permite alcanzarla. Tiene en las *Éticas utilitaristas* a uno de sus exponentes más representativos. Según éstas, una acción será

⁹ Vid: CORTINA, Adela. *Ética mínima, Introducción a la filosofía práctica*, (1986), novena edición, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 27-32.

¹⁰ Cfr., sobre la clasificación de la *Ética*: PIEPER, Annemarie. *Ética y Moral, Una introducción a la filosofía práctica*, (1985), traducción de Gustau Muñoz, Editorial Crítica, Barcelona, 1991, pp. 189-195 y 201-217. SPAEMANN, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*, op. cit., pp. 74-83; y, NINO, Carlos S. *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

Otra clasificación es la que nos proporciona Agnes HELLER, según la cual: “La filosofía moral siempre ha abarcado tres aspectos. El primero puede denominarse *interpretativo*, el segundo *normativo* y el tercero *educativo/auto-educativo* o *terapéutico*. El aspecto interpretativo intenta responder a la pregunta acerca de qué abarca la moral, el aspecto normativo intenta responder al interrogante acerca de lo que debe hacer la gente, y el aspecto educacional o terapéutico intenta contestar, por una parte, a la pregunta acerca de cómo pueden moldearse las propensiones innatas de la gente de forma que les permitan satisfacer expectativas morales y, por otra, a la pregunta de cómo puede protegerse una forma de vida que se ajusta a los patrones de bondad frente a la amenaza de la miseria y de la infelicidad.” (*Ética general*, –Colección: “El Derecho y la justicia”–, traducción de Ángel Rivero Rodríguez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 9-10).

moralmente correcta si reporta las consecuencias más útiles para todos los afectados, esto es, si maximiza la utilidad promedio con un mínimo de daño. Son éticas consecuencialistas porque autorizan a considerar como moralmente correctas a las acciones que produzcan resultados que, en una valoración de conjunto, serían estimados como beneficiosos aunque aisladamente considerados fuesen estimados como reprochables o incorrectos (por ejemplo, una acción que traiga como consecuencia el bienestar de la mayoría a pesar de que perjudica a una minoría).

Las *Éticas trascendentales* no se preguntan por las causas empíricas de una acción, sino por los motivos que la vinculan, es decir, por la regla o procedimiento que permite juzgar la moralidad de las acciones humanas. Tiene entre sus exponentes más representativos a las *Éticas* de corte deontológico y a las de tipo constructivista.

Las *Éticas deontológicas* se sustentan en un principio básico que orienta y delimita la libertad de elección hacia la consecución de una finalidad trascendente, como la dignidad o autonomía moral, haciendo de ésta una ley de la voluntad. Suelen hacer uso de una racionalidad monológica para derivar las normas válidas moralmente (es el caso de la Filosofía Moral kantiana).

Las *Éticas constructivistas* parten de un principio moral superior con el cual instituyen un procedimiento para fundamentar, generar y examinar las normas morales, así como solucionar de manera pacífica los conflictos, a través de los medios que proporciona la racionalidad práctica y la comunicación racional (es lo que ocurre con las *Éticas* contractualistas y las *Éticas* comunicativas). Su idea central es que los juicios morales se justifican sobre la base de presupuestos procedimentales, y aún tal vez sustantivos, de la práctica social de la discusión moral en cuyo contexto se formulan.

Tanto las *Éticas* deontológicas como las constructivistas consideran que la corrección moral de una conducta depende de su adecuación con el principio básico del cual parten, y no de las consecuencias que podría generar. Esto no significa que prescindan absolutamente de evaluarlas, simplemente que no las consideran concluyentes ni definitivas para el juicio moral (verbigracia, sería inmoral una conducta que trate como simple medio a una persona, aun cuando produzca beneficio a la mayoría).

Uno de los temas más difíciles y controvertidos de abordar es la determinación de aquello que es moral o inmoral, de definir cuándo un comportamiento es moralmente bueno o malo, justo o injusto. Probablemente existan tantas posturas como filósofos o teóricos han abordado el tema, con importantes y razonables puntos de vista, que hacen sumamente difícil brindar una única respuesta correcta. Esto se debe en buena medida a que su determinación implica un juicio de valor, por tanto, se encuentra sometida a diversos factores que rodean o inciden en la persona que efectúa la valoración. También a que son innumerables los diferentes casos concretos que se pueden presentar, que brindar una única respuesta correcta es una labor hercúlea o imposible de realizar.

Son dos los problemas filosóficos fundamentales que están detrás de la pregunta sobre lo que es moralmente válido. Si queremos que la reflexión moral tenga dosis suficientes de racionalidad esos problemas deben ser razonablemente abordados. El primero consiste en verificar si existen criterios o procedimientos racionales para justificar la validez de los juicios de valor; es decir, si hay algún modo de demostrar que un juicio moral es válido de tal forma que esa demostración sea, en principio, asequible a cualquier persona normal que estuviera en las condiciones adecuadas. El segundo consiste en determinar cuáles son los valores o principios que permiten enjuiciar los comportamientos humanos desde un punto de vista moral, así como determinar sus implicaciones sobre materias específicas¹¹. PECES-BARBA acomete estos problemas efectuando una delimitación material y sendas tomas de posición para postular una moral y un marco racional dentro del cual su propuesta encuentra sentido.

Empieza delimitando su reflexión moral señalando que su modelo no pretende abordar “todos los problemas que plantea la ética, sino sólo indicar aquéllos que afectan a su relación con la política y el Derecho.”¹² Si bien aborda algunos de los problemas concretos que atañen a la vida del ser humano –como por ejemplo, los referidos a la eutanasia o la capacidad diferenciada–; su atención está centrada en los elementos estructurales básicos con los que concibe una sociedad bien ordenada. Aunque no se ocupa de resolver problemas morales particulares, casos cotidianos de justicia, sí nos brinda un paradigma procedimental con el cual solucionar esos problemas y regular, de

¹¹ En sentido similar se pronuncia Carlos Santiago NINO. Vid su *Introducción al análisis del Derecho*, (Ariel Derecho), octava edición, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 353-354.

¹² *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 59.

manera racional y pacífica, los conflictos intersubjetivos de intereses, así como las plurales propuestas de planes de vida.

Por el papel que otorga a la razón, su reflexión se aparta de aquellas corrientes que consideran que lo único que podemos hacer frente a un problema moral es examinarlo en base a nuestras intuiciones hasta encontrar la solución que nos parezca más adecuada. Si bien en la reflexión moral es imposible eliminar del todo el uso de las intuiciones, es necesario acudir a ellas lo menos posible y asumir un método objetivo – unos criterios, un procedimiento– que nos permita fundamentar nuestras valoraciones, determinar lo que es moralmente válido y dar solución a los problemas morales que se presenten. Se busca asegurar así que la reflexión no sea arbitraria, que tenga dosis suficientes de racionalidad y que pueda resultar asequible. PECES-BARBA lo comprende perfectamente.

Haciendo uso de la razón situada en la historia, e influenciado por el proyecto ilustrado y moderno, postula la *moral de la libertad*. Una moral humanista, ilustrada, cuya gestación y desarrollo, así como el conjunto de elementos que integran su contenido, pueden ser analizados desde una perspectiva diacrónica y otra sincrónica.

Desde una *perspectiva diacrónica*, la moral de la libertad aparece como una creación histórica de la razón humana, una expresión de múltiples construcciones e intereses, constituida como un depósito dinámico de la razón, a través de los aportes creativos de una pluralidad de personas (filósofos, juristas, politólogos, teólogos, literatos, científicos, etc.), desde el Tránsito a la Modernidad hasta la actualidad, encontrándose abierto hacia el futuro. Recibe toda la herencia del mundo clásico y muchas aportaciones medievales adaptadas a los nuevos tiempos. Unas y otras se comunican entre sí a través de un diálogo intersubjetivo, la mayoría de las veces a través de la escritura en que se cristalizan esas reflexiones racionales a lo largo de la historia. Se puede decir que contiene la razón histórica, dentro del gran proceso de racionalización y de humanización que caracteriza al mundo moderno y que se diversifica en varias dimensiones: liberales, democráticas, socialistas, entre otras¹³.

¹³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 87; *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 19-52; también del mismo autor: “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 323.

Desde una *perspectiva sincrónica*, la moral de la libertad aparece como la propuesta de un orden moral que se construye mediante una racionalidad práctica, a partir de los principios de autonomía y universalidad orientados por la dignidad del ser humano. Una construcción que responde a una Ética normativa de raíz kantiana cuyos criterios y procedimientos permiten determinar la validez moral de los enunciados y juicios de valor, generar y examinar normas morales válidas, así como resolver los problemas morales concretos o conflictos de acción que se puedan presentar. Una propuesta de un orden moral para la edificación de una sociedad bien ordenada, que distingue el ámbito de la felicidad (ética privada) del ámbito de la justicia (ética pública), admitiendo sus conexiones e intersecciones, pero exigiendo el respeto a sus respectivos ámbitos de influencia. Una moralidad que actúa sobre la política y el Derecho orientándolos, presionándolos y criticándolos para alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que el modelo persigue.

En este capítulo seguiremos la perspectiva sincrónica para examinar la moral de la libertad, debido a que su método permite analizar con mejor detalle los criterios y procedimientos que esta última postula para justificar la validez de los juicios de valor, generar los valores o principios que permiten determinar la corrección moral de los comportamientos humanos, así como sus implicaciones en materias específicas. Empezaremos con abordar el postulado humanista del cual parte, con examinar los principios de autonomía y universalidad que constituyen sus criterios básicos de moralidad. Seguiremos con el examen de las Éticas basadas en el consenso –contractual o comunicativo– y de raíz kantiana, que le sirven de marco intelectual, para proseguir con el análisis detallado de su distinción entre ética pública y ética privada, por ser uno de los rasgos que, luego de la dignidad del ser humano, caracteriza su propuesta de sociedad bien ordenada.

II. UNA MORAL HUMANISTA. EL EQUILIBRIO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA Y UNIVERSALIDAD

PECES-BARBA efectúa su reflexión moral partiendo de un postulado humanista antropocéntrico, que es al mismo tiempo su presupuesto epistemológico: “Sólo importa

en el ámbito de la cultura occidental y moderna en que nos situamos [nos dice], partir de un postulado humanista antropocéntrico propio de esa cultura, la dignidad del hombre”¹⁴. Con ese presupuesto, postula la *moral de la libertad*. Una moral humanista, ilustrada, que actúa sobre la política y el Derecho orientándolos, presionándolos y criticándolos, a fin de construir o fortalecer una sociedad libre, abierta, plural y democrática, donde cada ser humano pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás, su autonomía moral, el desarrollo integral de todas las dimensiones de su humanidad. Una propuesta de un orden moral que responde a una Ética normativa –cercana a las de tipo deontológico y constructivista– que, aunque cuenta con vocación de universalidad, está especialmente dirigido a las sociedades que han asumido el proyecto de la Ilustración y de la Modernidad o que pretenden hacerlo. En ella, la dignidad del ser humano aparece ubicada racionalmente como su fundamento y fin último –al igual que de la política y del Derecho–; y el dinamismo de la libertad como el *íter* de su recorrido, es decir, tiene como punto de partida a la libertad de elección y como meta a la libertad autonomía: el desarrollo integral de la persona.

“La moral del humanismo [precisa] es una moral de la libertad. Sus fundamentos serán laicos o religiosos y se situará en un dinamismo que parte de la libertad psicológica [...] y] cuya meta es la libertad autonomía, ese punto de llegada del [...] dinamismo de la libertad que conduce desde la libertad inicial hasta la libertad final, y que, en definitiva, es el recorrido de la moralidad de una biografía humana.”¹⁵

Una postura de evidente raíz kantiana, como el propio PECES-BARBA lo reconoce¹⁶. Ambas vinculan la idea de dignidad con la libertad, la autonomía y la moral. Para KANT –recordémoslo– todo ser humano es libre para autodeterminarse racionalmente en el plano moral, independientemente de las causas externas que incidan sobre él (libertad de elección)¹⁷. Esto implica que el individuo puede crear o asumir libremente, sin interferencias de ningún tipo, su propio plan de vida, sus propias normas

¹⁴ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 59.

¹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221.

¹⁶ La influencia kantiana se encuentra presente en varios ámbitos del pensamiento de PECES-BARBA. Lo está, por ejemplo, en su antropocentrismo secularizado, así como en el dinamismo de la libertad que ocupan sus reflexiones. Lo hemos visto. En cuanto a la moral se refiere, nuestro autor señala que sus planteamientos armonizan mejor con las Éticas comunicativas basadas en el consenso y de raíz kantiana, como tendremos oportunidad de revisar (Vid su trabajo: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 59-60).

¹⁷ Vid: KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 140-143.

para regir su destino y alcanzar su emancipación o desarrollo integral (autonomía moral). Al ser capaz de tal actuación, el ser humano es un ser de fines, un sujeto que no tiene precio, que “*existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad”; por esa razón, en todas sus acciones, “tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*”, nunca como simple medio, ni mucho menos como objeto (dignidad)¹⁸. Para asegurar ese propósito, las acciones o decisiones que se adopten deben considerar siempre la igual dignidad que corresponde a todos los miembros de la familia humana. No podría defenderse la dignidad de uno y negársela a los demás. Por lo tanto, para que las acciones o decisiones sean moralmente válidas –según el pensamiento kantiano– no sólo deben ser producto de la libertad de elección y del uso autónomo de la razón, sino también ser imparciales, no egoístas ni utilitaristas, sino susceptibles de ser elevadas a ley general. Son exigencias propias de los principios de autonomía y universalidad, que se derivan racionalmente de la dignidad humana y se encuentran orientados por ella. Dos principios éticos procedimentales pues, a diferencia de los materiales, no nos dicen qué es lo moralmente correcto en cada caso; tan sólo nos indican las pautas que deben seguirse para determinarlo.

Según el *principio de autonomía*, toda conducta, criterio, norma o decisión que aspire a ser considerada como moral, no debe ser impuesta. El ser humano debe tener libertad para autodeterminarse racionalmente, de lo contrario se vulneraría su eminente dignidad. Lejos de ser tratado como un fin, sería tratado como un simple objeto. Estamos ante uno de los presupuestos de la moral ya que sin libertad de elección no puede hablarse en términos éticos. Por esa razón, en cualquiera de sus clasificaciones o sentidos, la moral requiere de la libre elección de la persona. El papel que juega en ella el individuo es imprescindible, e irremplazable el lugar que ocupa su conciencia moral para elegir libremente y en forma responsable. Incluso la moral social no puede ser impuesta. A la moral social le sigue el examen, la aceptación o el rechazo individual. La moral

¹⁸ Ibid., p. 114, ambas citas. La cursiva no es mía.

debe originarse fundamentalmente en la conciencia moral del individuo o no será moral¹⁹.

El *principio de universalidad* exige que toda conducta, criterio, norma o decisión que pretenda ser considerada como moral, no sea el producto de un subjetivismo ético, de un simple capricho o arbitrariedad, sino una elección adoptada por la razón y susceptible de ser elevada a ley general; es decir, que todos puedan quererla igualmente porque satisface intereses universalizables. KANT lo expresa de esta manera: “*obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal*”; o dicho de otra forma: “*obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza.*”²⁰ Para lograr ese propósito, las normas morales deben ser determinadas con imparcialidad de modo tal que lo prescrito logre un reconocimiento universal. Como explica Ernst TUGENDHAT, la imparcialidad supone tomar una decisión “que tenga igualmente en cuenta a todos”, requiere que nos pongamos mentalmente “–de forma hipotética– en [el] lugar de todos los demás”²¹. Con tal planteamiento se excluyen las concepciones éticas egoístas y utilitaristas. No sería posible una moral calculada, sea a favor de la mayoría o del individuo que la esgrime, sino que los principios morales deben estar siempre presentes aunque no produzcan beneficios en un caso concreto. Tampoco sería moral un planteamiento dirigido a obstaculizar o impedir el desarrollo integral de la persona o que la someta a una situación de indignidad. De esta manera se pretende evitar que unos se beneficien indebidamente a costa de los demás y, en general, garantizar que las normas o elecciones sean compatibles con la igual dignidad que corresponde a todas las personas. La asunción de este principio hace que el punto de vista moral sea una operación de universalización de las máximas e intereses controvertidos en el que las partes valoran imparcialmente los intereses de todos, trascendiendo el contexto social o cultural en el que se encuentren y las circunstancias contingentes que puedan existir, a fin de adoptar

¹⁹ Como señala Eusebio FERNÁNDEZ: “La conciencia moral de cada uno obra con total libertad y autonomía, tanto si decide observar la moral vigente en su sociedad como si decide poner en cuestión o desdeñar las normas y valores morales establecidos. El que acepta, observa, pone en cuestión o rechaza determinados modelos de conducta moral es el hombre en su más estricta individualidad y, como tal, no puede transferir la responsabilidad de su opción a nadie.” (“Sobre la ética y su justificación”, op. cit., p. 102).

²⁰ *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 104, ambas citas. La cursiva no es mía.

²¹ *Problemas de ética*, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 114 y 134, respectivamente.

una decisión moralmente válida susceptible de ser aceptada por todos²². Un camino epistemológico que se aparta de los particularismos y relativismos, diferenciándose del punto de vista político y jurídico porque las normas o decisiones, para ser válidas en estos órdenes, no necesitan cumplir con las exigencias de la universalidad, sino con los criterios de conveniencia y juridicidad, respectivamente.

Resulta importante insistir en que los principios de autonomía y universalidad, tal como se encuentran definidos en el sistema moral kantiano –de cuya raíz se alimenta el modelo de PECES-BARBA– se encuentran orientados siempre por la eminente dignidad de la persona. Ésta se presenta racionalmente como su fundamento y como la meta última que persiguen, como el principal referente que delimita sus exigencias y permite establecer su significado práctico. El propio KANT lo expresa de esta manera:

“[S]i debe darse un supremo principio práctico y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, ha de ser tal porque la representación de lo que supone un fin para cualquiera por suponer un *fin en sí mismo* constituye un principio *objetivo* de la voluntad y, por lo tanto, puede servir como ley práctica universal. [...]. El imperativo práctico será por lo tanto éste: *Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio.*”²³

Para KANT, este “principio [de humanidad...] es en el fondo idéntico a éste: ‘Obra según una máxima que contenga dentro de sí a la vez su propia validez universal para todo ser racional’”²⁴. Se desprende así que la idea de dignidad humana es pieza imprescindible para la correcta comprensión del principio de universalidad, como lo es también para el principio de autonomía, por cuanto proporciona los parámetros sin los cuales no es posible establecer satisfactoriamente el significado práctico de cada uno de ellos, ni las exigencias que se desprenden de los mismos como criterios de tipo moral. No son, entonces, los principios de autonomía y universalidad los que establecen el contenido de la dignidad humana, sino es esta última la que establece el significado normativo de cada uno de ellos²⁵. Lo reitera el propio autor alemán:

²² Lo dice también Jürgen HABERMAS en: “Aclaraciones a la ética del discurso”, op. cit., pp. 132-133.

²³ *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., pp. 115-116. La cursiva no es mía.

²⁴ Ibid., p. 128.

²⁵ En similar sentido se pronuncia José Luis COLOMER, en su obra: *La Teoría de la Justicia de Immanuel Kant*, (Colección: “El Derecho y la Justicia”), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 85-86. También Karl JASPERS para quien la idea del ser humano como un fin en sí mismo es el

“Pues decir que debo restringir mi máxima en el uso de los medios hacia todo fin a la condición de su universalidad como ley para todo sujeto, equivale a decir que el sujeto de los fines, o sea, el propio ser racional, tiene que ser colocado como fundamento de todas las máximas de las acciones nunca simplemente como medio, sino como suprema condición restrictiva en el uso de todos los medios, es decir, siempre y simultáneamente como fin.”²⁶

PECES-BARBA es afín a estas ideas. Al ubicar a la dignidad de la persona como el fundamento y fin último de la moral, la constituye en el principal referente para orientar y delimitar los discursos y preceptos morales (también los políticos y jurídicos); para valorar la corrección de cualquier pretensión, postura o actuación; para sustentar una serie de exigencias en beneficio de la condición humana, como las que corresponden a los principios de autonomía y universalidad. Por esa razón, la libertad de elección a la que su modelo se refiere no es –ni puede ser– una libertad sin referente ético. Si bien ella permite a todo individuo, dotado de razón y de voluntad, autodeterminarse racionalmente para regir su propio comportamiento –más allá de los condicionamientos externos que puedan presentarse–; no es una libertad que pueda ejercitarse en contra de la dignidad de la persona. Si la libertad de elección es uno de los rasgos que caracteriza la condición humana, uno de los fundamentos de su eminente dignidad; entonces, no puede dar lugar –válidamente– a una elección contraria a esa condición, a la eminente dignidad que le corresponde. Antes bien, debe orientarse a maximizar todas sus dimensiones, a alcanzar la libertad moral, su desarrollo integral. Como consecuencia de ello, no toda elección vale, o vale lo mismo, desde esta perspectiva moral. La dignidad del ser humano y, como expresión de ella, el dinamismo de la libertad, encauza la elección para que pueda ser moralmente correcta. Nuestro autor lo entiende y lo defiende, por eso concluye: “[l]a moral es precisamente la utilización correcta de la libertad de elección”²⁷. Esta

contenido central del imperativo categórico (*The Great Philosophers. The Foundations*, traducción de Ralph Mannheim, Editado por Hannah Arendt, 1962, p. 292); y Fernando MONTERO MOLINER, quien ha sostenido que: “este formalismo de la moral kantiana responde, en definitiva, a un valor fundamental, el que tiene la misma *humanidad* como *fin en sí mismo*”; agregando que: “es en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* donde puede hallarse un testimonio más rotundo de esa fundamentación de la moralidad regida por el imperativo categórico, es decir, por la universalidad de las normas, en el valor intrínseco de la *persona*” (“Libertad y experiencia –La fundamentación de la libertad moral en la *Crítica de la razón pura*–”, en: AA.VV. *Kant después de Kant, en el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto Rodríguez Aramayo editores, Tecnos, Instituto de Filosofía del C.S.I.C., Madrid, 1989, p. 27, la cursiva no es mía).

²⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, op. cit., p. 128.

²⁷ “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., p. 221.

conclusión vale tanto para las elecciones que el ser humano adopte respecto de sí mismo, como para las que adopte en relación con los demás. Por eso sus decisiones, para ser moralmente válidas, además de no ser impuestas, deben tener una vocación de universalidad orientada por la eminente dignidad de la persona. La explicación la da el mismo autor: “Este ideal de la dignidad humana supone el mutuo reconocimiento de esa condición entre todos los hombres. No sería posible si unos reclamasen para sí esa dignidad, sin reconocérsela a los demás.”²⁸

La moral de la libertad que postula PECES-BARBA tiene como requisito el equilibrio entre el principio de autonomía y el de universalidad, orientados siempre al desarrollo integral de la persona²⁹. Dos principios éticos procedimentales que constituyen los criterios básicos de su modelo para fundamentar la validez moral de los enunciados y juicios morales, para generar normas morales válidas y evaluar las existentes, así como para resolver los problemas morales concretos o conflictos de acción que se puedan presentar. Así como la dignidad del ser humano aparece como el fundamento y fin último de su modelo teórico, bien podría decirse que los principios de autonomía y universalidad se presentan como los pilares estructurales sobre los cuales descansa su propuesta moral. Con ellos busca alcanzar el respeto, protección, garantía y promoción de todos los miembros de la familia humana.

No debe perderse de vista, sin embargo, que en el modelo en estudio la exigencia de universalidad es moderada. Vale decir, si bien exige que las prescripciones o pretensiones morales tengan vocación de ser asumidas por todos, al mismo tiempo reconoce los cambios históricos y la influencia de la cultura por lo que esas pretensiones y prescripciones tendrán un valor situado históricamente: siempre podrán ser perfeccionadas por otras mejores, en la medida que sean también universalizables y coadyuven al desarrollo integral de la persona. En *Carta manuscrita* (2006) –recuérdese– nuestro autor lo confirma: “creo en la razón, pero siempre situada en la historia; aunque su diagnóstico de un universalismo con valor en cada tiempo me parece acertado. La

²⁸ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 60.

²⁹ Ibid.

razón es histórica pero sus conclusiones en cada tiempo deben parecernos y hacernos actuar como si fueran eternas y permanentes.”³⁰

Al asumir como postura el equilibrio entre los principios de autonomía y universalidad, nuestro autor recomienda “descartar tanto las [É]ticas que se centran en el valor exclusivo del principio de universalización como aquellas que se basan exclusivamente en el principio de autonomía.”³¹

Las Éticas que prescinden del principio de autonomía son aquellas que pretenden una aceptación casi automática de sus postulados, por parte de las personas a las que se dirigen. Son Éticas autoritarias que pretenden imponer sus contenidos y que diseñan los planes de vida de las personas al margen de su voluntad. En ellas, el dinamismo de la libertad desaparece, pues el individuo ya no puede elegir: se prescinde de su libertad, de su autonomía como aceptación responsable de su moralidad. Son Éticas incompatibles con cualquier otra cosa que no consideren verdaderas, rechazan el pluralismo y son propias de sociedades cerradas. Suelen ser Éticas fundamentalistas, integristas y totalitarias.

Las Éticas que prescinden del principio de universalidad parten por considerar que es imposible que se puedan ofrecer propuestas morales a ser consideradas o aceptadas por todos. Son Éticas relativistas que se basan en la subjetividad o en los particularismos. Suelen complacerse en el aislamiento, tanto en la sociedad como en la política, favoreciendo el retiro hacia el ámbito grupal o a la privacidad sin abrirse al encuentro con los demás.

La moral que se defiende en el modelo de PECES-BARBA rechaza esos dos reduccionismos. Siendo una moral que se inserta dentro de la Modernidad, integra tanto el principio de autonomía como el de universalidad en una relación de complementariedad.

³⁰ *Carta manuscrita*, 16 de Agosto de 2006, op. cit., p. 1.

³¹ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 60.

III. UNA MORAL AFÍN A LAS ÉTICAS BASADAS EN EL CONSENSO, CONTRACTUAL O COMUNICATIVO, DE RAÍZ KANTIANA

Teniendo a los principios de autonomía y universalidad –orientados por la dignidad del ser humano– como criterios procedimentales básicos de la moral de la libertad, resulta necesario determinar la manera como deben ser utilizados. Si se les usa desde el paradigma de un pensador solitario, que reflexiona desde una conciencia encerrada en sí misma o que no necesita del consenso con los demás, se desarrollará una Ética deontológica de corte kantiano. Ésta puede mostrarse dispuesta al diálogo con los demás, pero para ella el diálogo y el consenso no son imprescindibles para la determinación de lo que es válido moralmente. Si se les usa desde el paradigma de un pensador abierto al diálogo, a través de los medios que proporciona la racionalidad práctica y la comunicación racional, donde el consenso ocupa un papel preponderante para la definición de lo moral, se desarrollará una Ética constructivista de raíz kantiana. Las diferencias son importantes para determinar el procedimiento que debe seguirse en el uso de los principios de autonomía y universalidad; por tanto, para abordar la reflexión sobre los comportamientos humanos y los problemas prácticos desde un punto de vista moral. Si se siguiera una Ética deontológica, resultaría coherente con ella el uso de una racionalidad monológica, en cuyo caso la definición de lo que es moralmente correcto dependerá de lo que un individuo, con la ayuda de la razón, pudiera descubrir. En cambio, si se siguiera una Ética constructivista, propia de una racionalidad comunicativa, tal definición requerirá de un diálogo intersubjetivo y, sobretodo, de un consenso alcanzado entre todos los potencialmente afectados o, por lo menos, entre todos los que quisieron y pudieron participar.

PECES-BARBA no elude esta problemática, aunque tampoco profundiza en ella. No elabora un procedimiento propio para su modelo, sino que se remite a los utilizados por otros autores de planteamientos afines. Una circunstancia explicable si se tiene en cuenta que no estamos propiamente ante un filósofo moral, ni ante un politólogo, sino ante un filósofo del Derecho que trasciende el ámbito de lo jurídico para ocuparse de la moral y de la política a fin de determinar sus conexiones e implicancias en la construcción de una

sociedad bien ordenada. Esa explicación no justifica, sin embargo, que no haya examinado con detalle los procedimientos en los que se apoya, a fin de señalar los ajustes necesarios que permitan mantener la coherencia con su propuesta. Su producción bibliográfica no presenta obra alguna al respecto.

Su reflexión sobre la moral de la libertad se encuentra abierta a los aportes de otras teorías éticas, en la medida que resulten compatibles con la dignidad humana, armonicen con los principios de autonomía y universalidad y contribuyan a la consecución de los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen. No obstante, se encarga de precisar, que su modelo armoniza mejor con un marco intelectual que abarque a las Éticas “basadas en el consenso, ya sea contractual, ya sea comunicativo, con una raíz Kantiana”³². Dos tipos de Ética constructivista que proporcionan sendos procedimientos para justificar la validez de los juicios de valor y generar los criterios que permiten examinar la moralidad de los comportamientos humanos, así como sus implicaciones en materias específicas. Aunque nuestro autor no se ocupe de ellas resulta importante examinarlas porque, junto con los principios de autonomía y universalidad, configuran el marco racional dentro del cual su propuesta encuentra mayor sentido.

Antes de proseguir, resulta importante formular una observación al respecto. A pesar de que nuestro autor afirma sin matiz que las Éticas basadas en el consenso, sea de tipo contractual o comunicativo, y de raíz kantiana, son el marco intelectual más acorde con su propuesta; la manera como caracteriza a la ética privada y a la ética pública – como confortantes de la moral de la libertad–, permite precisar que la ética pública requiere –en su modelo– de una racionalidad comunicativa donde la participación, el diálogo y el consenso se presentan como elementos imprescindibles para determinar lo

³² Si bien en *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo* (1995), señala que “[n]o es relevante aquí, aunque es importante, si el fundamento de la moralidad es racional, es emotivo, constructivo o deliberativo, en un diálogo hipotético o ideal (Habermas, Apel, Rawls) o en condiciones reales con un acto de fe en la razón (Lorenzen)”; seguidamente precisa que su modelo armoniza mejor con “las [É]ticas comunicativas basadas en el consenso, ya sea contractual, ya sea comunicativo, con una raíz Kantiana” (Ibid., pp. 59 y 60, respectivamente). Aunque PECES-BARBA parece considerar que las éticas contractualistas –como la de RAWLS– son un tipo de ética comunicativa (quizás porque en la “posición ideal” de la ética rawlsiana los sujetos *deliberan* para establecer los “principios de justicia”); también es verdad que en la filosofía moral se suele utilizar la expresión “Éticas comunicativas” para hacer referencia a aquellas que se construyen a través del discurso y la argumentación, en la línea de HABERMAS o APEL. Por tal motivo, preferimos considerarlas por separado para guardar armonía con ese uso epistemológico bastante consolidado.

que es moralmente válido en el ámbito que le corresponde. En cambio, a la ética privada le es suficiente una racionalidad monológica que, aunque pueda estar abierta al diálogo, no requiere del consenso con los demás para determinar lo que es moralmente válido en su ámbito. Es a la ética pública a la que le corresponde, en estricto, el procedimiento de las Éticas constructivistas basadas en el consenso y de raíz kantiana –sea de tipo contractual o comunicativo–, mientras que a la ética privada le es suficiente el procedimiento de la Ética deontológica de corte kantiano. Más adelante, cuando examinemos con detalle la distinción entre ética pública y ética privada, volveremos sobre este asunto.

Para las Éticas basadas en el consenso el discurso moral requiere de la participación de todos los potencialmente afectados (o, por lo menos, que todos ellos tengan la posibilidad de participar) a fin de alcanzar un consenso sobre lo que es moralmente válido. Cuando tienen una raíz kantiana se vinculan con la dignidad del ser humano y respetan los principios de autonomía y universalidad, oponiéndose a las éticas transpersonalistas, fundamentalistas, relativistas, utilitaristas y, en general, a las que vulneren esos principios o atenten contra la igual dignidad de las personas.

El consenso en el que se basan no equivale al uso que se hace de esa expresión en el ámbito político o jurídico, pues no es el resultado de una negociación en el que todos ceden una parte y concuerdan en otra, de modo que nadie queda plenamente satisfecho. Tampoco equivale al simple acuerdo que se adopta como grupo, sea por unanimidad o mayoría. Es un consenso que se logra mediante el consentimiento de todos y cada uno de los individuos potencialmente afectados (o por lo menos de los que hayan podido y querido participar), luego de haber quedado plenamente convencidos de que las razones que se asumen son las mejores. Un consenso que se construye necesariamente sobre la base de convicciones y que cuando cuenta con una raíz kantiana requiere que las razones que las sustentan no sean impuestas y que satisfagan intereses universalizables. Por esa razón, en este tipo de posturas el simple acuerdo fáctico no dota de validez moral a una norma, conducta o decisión, sino el asentimiento que prestan los individuos luego de quedar convencidos de que ella cuenta con una justificación moral al satisfacer los

principios de autonomía y universalidad que –en los modelos de raigambre humanista como el que se examina aquí– se orientan siempre al desarrollo integral de la persona³³.

1. El procedimiento de las Éticas contractualistas

Una de las teorías éticas basadas en el consenso es el *contractualismo*, aunque en realidad deberíamos hablar de contractualismos por las diversas variantes que presenta. En términos generales, y siguiendo a Roberto GARGARELLA, esta concepción nos ayuda a responder dos preguntas básicas de toda teoría moral: (i) ¿qué nos exige la moral?, y (ii) ¿por qué debemos obedecer ciertos preceptos? A la primera pregunta el contractualismo responde: “la moral nos exige que cumplamos aquellas obligaciones que nos hemos comprometido a cumplir”. A la segunda pregunta contesta: “la razón por la cual debemos obedecer ciertas reglas es la de que nos hemos comprometido a ello”. No es casual que esta corriente filosófica haya experimentado un significativo éxito, luego de una época en que tales preguntas eran respondidas apelando a abstracciones o entidades no humanas, como ocurría con las posturas teológicas o religiosas. La tradición filosófica y política liberal le asigna un lugar importante pues, frente a la pregunta de por qué valorar positivamente una determinada propuesta frente a la concurrencia de otras alternativas, buena parte del liberalismo reconocería como concluyente la respuesta que demuestre que esa propuesta es –o sería– aprobada por todos los sujetos potencialmente afectados por ella³⁴.

³³ Sin perjuicio de ello, cabe señalar que desde sectores cercanos a las Éticas deontológicas de raíz kantiana, se critica que el consenso sea un elemento relevante para determinar lo que es moralmente válido (o inválido). Para ellas la validez moral se determina en función de los principios de autonomía y universalidad y no del consenso fáctico que pueda alcanzarse (por más correspondencia que tenga con ambos principios). Para estos sectores, si se satisface los principios de autonomía y universalidad, la norma, conducta o decisión será moralmente válida, independientemente de que se haya alcanzado o no un acuerdo. Ernesto GARZÓN VALDÉS lo expresa así: “El consenso fáctico no es una buena pauta para juzgar la calidad moral de disposiciones normativas. Lo es, desde luego, para la estabilidad del sistema que ellas integran, pero una cosa es su estabilidad y otra su legitimidad.” (“Lo íntimo, lo privado y lo público”, en: *Claves de razón práctica*, N° 137, noviembre de 2003, p. 20). Naturalmente, las Éticas basadas en el consenso que se examinan aquí, al tener una raíz kantiana, exigen que el consenso se base en razones que satisfagan los principios de autonomía y universalidad, siempre orientados al desarrollo integral de la persona.

³⁴ *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, op. cit., p. 31.

Uno de los pensadores contractualistas más reconocidos, y de manifiesta raíz kantiana, es John RAWLS³⁵. Su Teoría de la Justicia es una de las construcciones teóricas más influyentes de la filosofía moral y política de la segunda mitad del siglo XX. PECES-BARBA ha encontrado en sus aportes, materiales adecuados para sus propias reflexiones³⁶. A semejanza de la suya, la Teoría de la Justicia de RAWLS no está orientada a resolver casos particulares, problemas cotidianos de justicia, sino más bien a reflexionar sobre los criterios que se pueden aplicar en relación con la “estructura básica de la sociedad” o, más precisamente –como él mismo lo explica–, la manera cómo las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social, entendiendo por instituciones más importantes la Constitución política del Estado y las principales disposiciones económicas y sociales³⁷.

La Teoría de la Justicia de RAWLS ha experimentado transformaciones a lo largo del tiempo. Aquí nos circunscribiremos a su postulación básica, específicamente a describir el procedimiento que utiliza para generar y justificar los “principios de justicia”, por ser uno de los marcos intelectuales posibles en los que se apoya la reflexión moral de PECES-BARBA.

Su teoría parte de una concepción que comprende a los seres humanos como personas morales racionales, libres e iguales. Al concebir al ser humano como persona moral racional, le atribuye la potestad de desarrollar un sentido efectivo de la justicia (de entender, aplicar y actuar según principios de justicia); así como la potestad de conformar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien (una idea de lo bueno, de la felicidad, la salvación, la virtud), de diseñar su propio plan de vida³⁸. Al

³⁵ La influencia kantiana en la Teoría de la Justicia de RAWLS ha sido examinada, entre otros, por: WOLF, Robert P. *Para comprender a Rawls, Una reconstrucción y una crítica de la Teoría de la Justicia*, (1977), (Sección de Obras de Filosofía), traducción de Marcial Suárez, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 95 y siguientes.

³⁶ Vid., como ejemplo, la referencia que hace de él en sus trabajos: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 59-61; y en: “Ética pública-ética privada”, op. cit., pp. 537-538.

³⁷ Vid: RAWLS, John. *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 11. También, del mismo autor: *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, capítulo 1.

³⁸ “[L]a capacidad de un sentido de la justicia es la capacidad de comprender, aplicar y ser movido normalmente por un deseo efectivo de actuar (y no meramente de acuerdo con) los principios de la justicia como términos equitativos de cooperación social. La capacidad de una concepción del bien es la capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente [...] lo que consideramos para nosotros una vida humana digna.” (RAWLS, John. *Sobre las libertades*, –Colección: Pensamiento contemporáneo–, traducción de

concebirlo como un ser libre, ve en la persona a un sujeto capaz de reconocerse a sí mismo y a los demás con la posibilidad de albergar alguna concepción del bien, como un ser independiente que incluso puede llegar a no identificarse con un sistema particular de fines; una persona con capacidad para formular pretensiones sobre el diseño de las instituciones sociales para promover sus fines particulares; así como un sujeto responsable de ellos al punto de que la legitimidad de sus pretensiones no depende de la fuerza de sus deseos, sino de su correspondencia con un esquema equitativo de cooperación social en el que todos aceptan ajustar sus fines particulares a las exigencias de ese esquema de cooperación³⁹. Finalmente, al concebir a los seres humanos como iguales, desde un punto de vista moral, les reconoce idéntico valor atribuyéndole a cada uno, en abstracto –hasta el grado mínimo requerido–, esas mismas potestades y capacidades, que les permiten ser miembros cooperativos de la sociedad. Para él, las diferencias de grado que puedan existir en las potestades y capacidades de los individuos concretos, no contradicen el supuesto de una igualdad moral básica y de un nivel suficiente entre todos los individuos para adecuar sus vidas a las exigencias de los principios de justicia. Tal postura se debe a que su estrategia metodológica no es de corte empirista, sino de tipo abstracto y teórico, por lo que no está pensando en un ser humano en sus circunstancias concretas, sino en un individuo modélico con el cual construir su Teoría de la Justicia⁴⁰.

Hace uso de una concepción que percibe a la sociedad como un mecanismo equitativo de cooperación mutua sostenida a lo largo del tiempo, donde imperan las “circunstancias de justicia”, que en su ideal modélico alcanza a ser una “sociedad bien ordenada”. La validez de su teoría podría perderse si sus planteamientos se aplicasen a una antropología y a una sociedad con circunstancias y características diferentes.

Con esa concepción de la sociedad, vislumbra las relaciones sociales con la conjunción de dos componentes a los que denomina: lo “racional” y lo “razonable”. Lo

Jorge Vigil Rubio, introducción de Victoria Camps, Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1990, p. 45).

³⁹ “[T]érminos equitativos de cooperación social son términos en los cuales estamos dispuestos a cooperar de buena fe, como personas iguales, con todos los demás miembros de la sociedad durante toda una vida. A esto podemos añadir: cooperar sobre la base del respeto mutuo.” (RAWLS, John. *Ibid.*, p. 46).

⁴⁰ Vid: RAWLS, John. “Kantian Constructivism in Moral Theory”, en: *The Journal of Philosophy*, LXXVII, N° 9, septiembre de 1980, pp. 525 y 544. También, del mismo autor: *Political Liberalism*, op. cit., pp. 34, 79-80.

“racional” se refiere al deseo de cada sujeto de promover su concepción particular del bien; lo “razonable” a términos equitativos de cooperación, es decir, a reglas y procedimientos públicamente reconocidos y aceptados como preceptos regulativos de conducta. Los considera componentes complementarios, no contradictorios, que deben trabajar conjuntamente en la especificación de los términos justos de una cooperación social. Tal objetivo se ve modulado con la idea de reciprocidad: los sujetos aceptan razonablemente los términos de cooperación, supuesto el hecho de que los demás también los aceptan. Con esos presupuestos, no encuentra problema alguno en reconocer que, incluso en un mecanismo de cooperación social, los individuos persiguen en última instancia su propio beneficio, aunque al encontrarse dentro de ese mecanismo de cooperación ajusten su comportamiento a reglas generales establecidas socialmente. Siendo esto así, la persecución del propio beneficio no resulta incompatible –en su propuesta teórica– con un conjunto de cargas y de sacrificios establecido por unas reglas respetadas por todos que, en última instancia, promueven un beneficio superior para todos los individuos⁴¹. Sin perjuicio de ello, RAWLS establece una relación de jerarquía entre ambos conceptos, donde lo razonable encuadra a lo racional y lo subordina: se establece una primacía de lo recto sobre lo bueno, de la justicia sobre la bondad, de lo razonable sobre lo racional. Una teoría según la cual ninguna concepción del bien debe anteponerse a la justicia⁴².

Para que esa cooperación social sea posible y necesaria, introduce el concepto de “circunstancias de justicia”. Éstas se refieren al medio, al entorno, al contexto físico y espacio-temporal en que los individuos van a cooperar entre sí. También a la pluralidad de concepciones del bien que existe en una sociedad, debido a los diferentes planes de vida de los individuos para alcanzar su propio desarrollo. Una sociedad presenta tal tipo de circunstancias cuando no existe ni una extrema escasez ni una abundancia de bienes; cuando las personas son en los hechos más o menos iguales entre sí, y también vulnerables frente a las agresiones de los demás; cuando existen diversas doctrinas de

⁴¹ Vid: RAWLS, John. *Political Liberalism*, op. cit., pp. 15-16, 50-52; y, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, op. cit., p. 528.

⁴² “La unidad de la razón práctica queda expresada al definir lo razonable de modo que encuadre a lo racional [...] y lo subordine absolutamente; esto es, los principios de justicia acordados son, en su aplicación en una sociedad bien ordenada, lexicográficamente previos a las pretensiones del bien” (RAWLS, John. “Kantian Constructivism in Moral Theory”, op. cit., p. 532, traducción personal).

carácter filosófico, político y religioso que impulsan distintas concepciones del bien –que incluso pueden llegar a ser antagónicas– sin que ninguna logre prevalecer frente a las demás. Una sociedad con un fuerte desequilibrio económico o social, o que presente una filosofía comprensiva que se imponga a las demás, aparecería anulando las mencionadas circunstancias de justicia⁴³.

Al existir en la sociedad diversas concepciones del bien, impulsadas por una pluralidad de doctrinas filosóficas, políticas y religiosas, se hace necesario encontrar una concepción pública de justicia que, asegurando el derecho de cada una de esas concepciones del bien a coexistir (a fin de que el individuo pueda elegir entre ellas la que considere más conveniente a su plan de vida), posibilite al mismo tiempo regular la convivencia para que ésta sea justa. Es pues menester encontrar una propuesta teórica que nos permita organizar la sociedad satisfaciendo ese requisito. Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES ha sintetizado en tres los pasos que deben darse para conseguirlo: En primer lugar, “reconocer el pluralismo de nuestra sociedad y la coexistencia en ella de ideales de realización personal diversos”. Seguidamente, “asumir como objetivo racional y razonable hacer compatible este pluralismo, en tanto en cuanto exprese la libre elección de personas autónomas, con el respeto de las exigencias fundamentales de la moral, especialmente en lo que atañe a la consideración debida a todas las personas y a sus derechos”. Finalmente, “identificar un núcleo de directrices de conducta que pueda servir a ese objetivo a través de instituciones de gobierno de la sociedad,” que cumplan con “salvaguardar las exigencias morales fundamentales sin obstaculizar, sino más bien facilitando, la diversidad de fines de personas y de grupos.”⁴⁴ El problema consiste en dar con esa concepción pública de justicia, que sea respetuosa con la moral, pero que no la imponga (en el plano de la política y del Derecho) más allá de lo necesario. Un reto difícil que ha dado lugar a diversas teorías con planteamientos disímiles.

En el caso de RAWLS, esa concepción pública de justicia está integrada por unos principios de justicia públicamente reconocidos por todos, y es afirmada –según dicho autor– a través de un *overlapping consensus* (“consenso entrecruzado” o “consenso por superposición”); esto es, por distintas visiones del mundo o doctrinas filosóficas,

⁴³ Vid: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, op. cit., p. 127 y siguientes.

⁴⁴ “Convivencia de lo privado”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 1144, todas las citas.

políticas y religiosas razonables que, además de reconocerse mutuamente el derecho a coexistir, se muestran cooperantes para contribuir en la sociedad. El consenso es “entrecruzado” porque no consiste en acordar la primacía de una doctrina en particular a partir, de la cual se fundamenten unos principios de justicia públicamente reconocidos por todos, sino por la convergencia de todos (incluyendo a las doctrinas filosóficas, políticas y religiosas rivales) en torno a unos principios morales elementales a los que consideran razonables para organizar –a partir de ellos– a la sociedad. La Teoría de la Justicia de RAWLS es un intento de justificación de esos principios y una propuesta del modo como ese consenso debe alcanzarse⁴⁵.

Con ese propósito, RAWLS considera que en ese escenario no existe un criterio independiente que nos pueda decir qué es lo justo que se debe hacer (a diferencia de otras teorías que consideran que tal criterio independiente sí existe, como ocurre con el utilitarismo que propone como criterio el tratar de maximizar la utilidad promedio). En cambio, agrega, sí existen procedimientos que nos pueden ayudar a llegar a resultados equitativos. Se trata de una situación de justicia procedimental. Ésta tiene por objetivo contribuir al fortalecimiento de una “sociedad bien ordenada”. De hecho su teoría está pensada para una sociedad de este tipo. Con algunas diferencias de matiz en el significado utilizado por PECES-BARBA, la Teoría de la Justicia rawlsiana define tal tipo de sociedad como aquella que: (i) se encuentra efectivamente organizada por una “concepción pública de la justicia”: donde todos aceptan, y saben que los demás también aceptan, los mismos “principios de justicia” (referidos a los criterios de moralidad básicos que permiten organizar la sociedad, respetando el pluralismo y asegurando una convivencia justa); (ii) donde su estructura básica –esto es, sus principales instituciones políticas y sociales, así como su encaje en un sistema de cooperación–, los satisfacen generalmente de manera públicamente reconocida; y, (iii) donde sus ciudadanos tienen, normalmente, un sentido efectivo de la justicia, por lo que generalmente cumplen las

⁴⁵ Vid: RAWLS, John. *Political Liberalism*, op. cit., especialmente p. 36 y siguientes; también, del mismo autor: “La idea de un consenso por superposición”, –1987–, en: AA.VV. *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, –Ariel Derecho–, traducción de Juan Carlos Bayón, dirección y coordinación de Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 63-85.

“La unión social no se funda ya en una concepción del bien dada por una fe religiosa o una doctrina filosófica, sino en una concepción pública compartida de la justicia apropiada a la concepción de los ciudadanos en un Estado democrático como personas libres e iguales.” (RAWLS, John. *Sobre las libertades*, op. cit., pp. 47-48).

reglas de sus instituciones básicas, a las que consideran justas. Un tipo de sociedad orientada al bienestar de sus miembros, en donde una concepción pública de justicia rige los espacios sociales, políticos y jurídicos respetando los ámbitos exclusivamente privados, así como la pluralidad de concepciones del bien humano. En tal tipo de sociedad, la concepción de justicia públicamente reconocida establece un punto de vista compartido por todos desde el cual pueden examinarse las demandas sociales y juzgarse los reclamos que los ciudadanos plantean a la sociedad⁴⁶.

Para tal efecto, propone un sistema de “justicia como equidad”, integrada por principios de justicia elegidos en condiciones procedimentales imparciales. Principios que deben cumplir con las características de generalidad, universalidad, publicidad, ordenación y definitividad⁴⁷. El enfoque que utiliza para determinarlos corresponde a las Éticas constructivistas, pues no parte de un orden moral previo, sino que, a partir de ciertas concepciones teóricas, diseña un procedimiento de construcción en virtud del cual los agentes seleccionarán los principios de justicia que han de regular la estructura básica de la sociedad. Dicho procedimiento se basa en la razón práctica, no en la teórica, es decir, “en una razón determinada a la ‘producción’ de objetos de acuerdo con una concepción de los mismos, y no en una razón satisfecha con el mero conocimiento de éstos.”⁴⁸ Por eso su enfoque no se basa en una “verdad” moral, ni entenderá como “verdad” moral el resultado de sus reflexiones. Simplemente se basará en una idea de lo “razonable” que aplicará a diversos planteamientos, principios, juicios, fundamentos, instituciones, etc.⁴⁹.

⁴⁶ Vid: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, op. cit., capítulo 1. También, del mismo autor: *Political Liberalism*, op. cit., p. 35.

⁴⁷ La *generalidad* apunta a que los principios no incluyan nombres propios ni descripciones precisas referidas a personas o grupos. La *universalidad*, a que los principios rijan para todos, debido a su igual condición de personas morales, libres e iguales; va unida a la exigencia de incondicionalidad o independencia respecto a las circunstancias contingentes en que van a realizar su aplicación. La *publicidad* hace referencia a que los sujetos deben ser conscientes de que van a elegir unos principios que van a conformar una concepción pública de justicia. La *ordenación*, a que estos principios deben ser susceptibles de mediar entre diversas demandas en conflicto, es decir, de jerarquizarlas y subordinarlas. La *definitividad* indica que los principios son los últimos criterios de apelación del razonamiento práctico, superiores en jerarquía a las leyes, reglas sociales y a consideraciones de autointerés (Vid: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, op. cit., pp. 131-135).

⁴⁸ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Contrato social y obediencia al Derecho en el pensamiento de John Rawls*, Comares, Granada, 1997, p. 98.

⁴⁹ En ese mismo sentido se pronuncia Juan Manuel PÉREZ BERMEJO: “Siendo una concepción política con unos propósitos limitados, la teoría de RAWLS confiesa así rehuir la disputa acerca del fundamento de la verdad: RAWLS no se adhiere así a ideas procedimentales de verdad, ni profesa ideas

Para establecer los principios de justicia y sustentar la obligación moral de obedecerlos, RAWLS acude a un “contrato hipotético”, a un acuerdo que firmaríamos bajo ciertas condiciones ideales, en el que se respeta nuestra condición de personas morales racionales, libres e iguales. No es un hecho histórico, ni un acuerdo real de voluntades que haya acontecido o tenga que acontecer en un tiempo y lugar específicos. Se trata de una ficción o recurso teórico que utiliza para modelar la idea de que ninguna persona se encuentra inherentemente subordinada frente a las demás; para defender la idea de que todos deben tener la misma posibilidad de participar, de que todos valemos por igual, de que somos individuos responsables con capacidad para generar normas morales, así como una preocupación por considerar imparcialmente las pretensiones e intereses de cada uno.

Para modelar estas condiciones ideales, acude a la idea de “posición original” desde la que se van a definir los principios de justicia, y cuyos resultados se asumirán como correctos por haberse seguido una serie de reglas formales o de pautas procesales. En ella se encuentran sujetos ideales, hipotéticos, que además de ser racionales y autointeresados se proponen deliberar y elegir por consenso, mediante la argumentación racional, los principios de justicia que habrán de organizar la estructura básica de la sociedad⁵⁰. Estos sujetos se encuentran detrás de un “velo de ignorancia” que les impide conocer toda aquella información que les pueda llevar a orientar la elección en su propio favor. Les impide conocer, por ejemplo, su nivel social, su fortuna o desgracia, el tipo de capacidades naturales que les ha tocado tener, sus concepciones del bien, sus propensiones psicológicas, etc. Y, en general, el puesto que tienen o que les tocaría tener en la sociedad. También les impide conocer las situaciones particulares de su propia sociedad (como su realidad política o económica y el nivel de educación o cultura que han alcanzado), con excepción de las “circunstancias de justicia”. No les impide conocer, en cambio, la información general que atañe a la humanidad; por el contrario, presupone que cuentan con ella (como la referida a la teoría política y económica, a las bases de la organización social y los descubrimientos de la ciencia, la técnica, etc.), con el propósito

pragmatistas según las cuales podemos tener por verdadera la solución que resuelva el problema planteado” (Ibid.).

⁵⁰ RAWLS señala que ese procedimiento incorpora las exigencias relevantes de la razón práctica, y muestra cómo los principios de justicia son el resultado de aplicar la razón práctica junto con una determinada concepción sobre la sociedad y la persona (Vid su obra: *Political Liberalism*, op. cit., p. 80).

de que cuenten con la máxima competencia argumentativa posible y el máximo entendimiento de los problemas de justicia, a efectos de adoptar la elección moral más racional. De esta manera se busca que los sujetos puedan alcanzar un acuerdo capaz de considerar imparcialmente los puntos de vista de todos los participantes, y que los principios de justicia elegidos respondan a un adecuado sistema de cooperación social. Si no lo hicieran así se generarían situaciones desventajosas, exponiéndose a que, una vez implementado el acuerdo, en la sociedad así organizada, les tocara ocupar las posiciones menos favorables (por ejemplo, sufrir una enfermedad crónica y no contar con una sanidad pública adecuada). El “velo de la ignorancia” aparece así como un mecanismo de evidente raíz kantiana para conseguir que los principios de justicia sean universalizables y no estén sujetos a la influencia de lo que es simplemente contingente⁵¹.

⁵¹ Vid: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, op. cit., especialmente pp. 17-21, 120, 137 y siguientes. También su libro: *Political Liberalism*, especialmente, op. cit., pp. 22-28, 80 y 276-279.

Llegados a este punto cabe advertir cómo el contractualismo rawlsiano se diferencia de otros modelos contractualistas que intentan responder también al problema de la justificación de los principios de justicia. Se diferencia así de aquel contractualismo que parte del reconocimiento de principios morales sustantivos que preexisten, limitan e influyen en el contenido del contrato, como ocurre como el modelo de John LOCKE. Para este último autor, existe una ley natural y unos derechos naturales (a la vida, la libertad, la integridad y las posesiones) que legitiman, limitan y orientan el contrato que da origen a la sociedad civil, por lo que tanto éste como el gobierno que por él se constituye deben respetarlos a riesgo de perder la legitimidad que los justifica (vid su: *Segundo tratado sobre el gobierno: un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, -1690-, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, estudio preliminar de Peter Laslett, Tecnos, Madrid, 2006). En cambio, en el contractualismo rawlsiano no se contemplan principios morales sustantivos que preexistan al contrato; éstos son creados a través de un procedimiento que permite generar primero unos principios de justicia básicos, y luego, a partir de éstos, generar principios morales sustantivos y derivar sus implicancias específicas.

Se diferencia también de aquellos modelos contractualistas que conciben al contrato como un mero equilibrio aritmético de intereses individuales y que consideran como normas o autoridades “racionales” a aquellas que –tras un análisis coste-beneficio– reportan más beneficios que cargas maximizando los intereses individuales de los sujetos. Es un ejemplo de ello el contractualismo de Thomas HOBBS. Su propuesta no parte de ninguna premisa de tipo moral –aunque tampoco de signo político o jurídico–, sino de un “estado de naturaleza” donde reina la completa anarquía, que le permite aplicar una metodología empirista para juzgar las acciones y situaciones en función del beneficio real que puedan producir y la maximización de los intereses individuales (aunque para ello haga uso de un contrato hipotético, a modo de expediente científico o artificio teórico). Tal concepción se circunscribe al examen de los hechos y se abandona a la fuerza inexorable del poder (vid su obra: *Leviatán*, op. cit.). En cambio, el contractualismo rawlsiano parte de unas concepciones sobre la sociedad y la persona que hacen que la “posición original” no tenga relación con un estado de individuos asocial y anárquico, sino con un cuadro de reglas formales que permiten elegir los principios de justicia para estructurar una sociedad bien ordenada. En esta última teoría, la moralidad de una acción o situación con relevancia social no se juzgará en base a una reflexión de tipo coste-beneficio que maximice los intereses individuales; sino en base a una racionalidad práctica que haga efectiva un sistema de cooperación social y busque satisfacer intereses universalizables: Una concepción que reconoce la fuerza del poder, pero que lo concibe delimitado por unos principios de justicia que construye, que presionan sobre él y lo legitiman.

Para asegurar que los individuos tengan motivos para participar en la elección de los principios de justicia, RAWLS presupone que ellos se encuentran motivados por obtener cierto tipo de bienes a los que denomina “bienes primarios”. Éstos son aquellos bienes básicos indispensables para satisfacer cualquier plan de vida. Los agrupa en dos tipos: (i) los de tipo social, que son distribuidos directamente por las instituciones sociales (las oportunidades, la riqueza, los derechos, etc.); y, (ii) los de tipo natural, que no son directamente distribuidos por las instituciones sociales (la salud, los talentos, la inteligencia, etc.). La idea aquí es que los sujetos estén motivados a construir una sociedad en la que todas las personas puedan acceder a los bienes necesarios para construir su propio proyecto de vida⁵².

En cuanto a la manera de razonar de estos sujetos, el citado autor hace referencia a una estrategia de “equilibrio reflexivo”, al que considera como el modo más adecuado de reflexionar en materia de filosofía moral. Implica un proceso de ajuste y conciliación entre juicios particulares y principios generales, bajo la influencia de una concepción sobre la persona y la sociedad, de tal manera que unos consigan explicarse y fundamentarse, de modo coherente, en función de su correspondencia con los otros. Se empieza aislando los juicios morales sobre los cuales se tenga más confianza (los “juicios morales considerados” conforme a “jueces morales competentes”); luego se prosigue buscando principios generales que puedan explicar tales juicios; para, seguidamente (según se haya podido “encajar” tales juicios en esos principios generales) revisar los juicios iniciales; y así sucesivamente hasta alcanzar un equilibrio coherente. Éste se presenta como el término final de un proceso de ajuste en el que todos los elementos involucrados interactúan entre sí y son sometidos a una ponderación. Un resultado que siempre será perfectible y estará abierto a una nueva revisión⁵³. Lo explica Miguel Ángel RODILLA:

“‘Coherencia en equilibrio reflexivo’ designa una situación a la que se llega al final de un proceso dinámico de mutua corrección, ajuste y apoyo entre principios y juicios morales. En el curso del proceso ninguno de los elementos se toma como dato incorregible. Sin duda tiene sentido arrancar de algunos juicios que de momento tomamos como ‘puntos fijos’ (*fixed points*) –v. gr. que la esclavitud y las distinciones sociales basadas en el color de la piel son injustas, que las dotes naturales son inmerecidas y por tanto no pueden por sí solas justificar diferencias sociales, que la persecución de las personas por sus

⁵² Cfr.: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, op. cit., pp. 92-93.

⁵³ Vid: RAWLS, John. *Ibid.*, p. 20.

convicciones religiosas es injusta, por mencionar algunos de los puntos fijos que el mismo Rawls pone en juego en la discusión de sus principios. Pero ni siquiera esos puntos fijos están sustraídos por principio a la revisión; y no hay por qué excluir que podamos dar con principios que nos persuadan de que debemos abandonarlos o alterarlos tras la debida reflexión. Sólo al final del proceso unos y otros, nuestros principios y nuestros juicios, debidamente corregidos e interpretados, resultan ser coherentes en equilibrio reflexivo [...]. Todo está en orden *—de momento*. Porque como el mismo Rawls se cuida de señalar, el equilibrio no es indefinidamente estable: se encuentra permanentemente sujeto a que se presenten datos nuevos, se susciten nuevos principios o se articulen nuevos argumentos que nos induzcan a reabrir el proceso.”⁵⁴

En caso de dudas respecto a la elección que se debe tomar en la “posición original”, RAWLS piensa en la “regla maximin”. La considera como la más apropiada para resolver situaciones donde se debe escoger sólo una entre distintas alternativas inicialmente atractivas. Según esta regla, en una distribución cualquiera, debe considerarse en primer lugar la situación más desfavorecida (la del individuo que se beneficia menos de la distribución), para preferir aquella distribución que consiga hacer dicha situación lo mejor posible (es decir, que dé un máximo a quien se halla en una situación de mínimo). Con esto quiere evitar que la elección de lugar a que algunos terminen en situaciones gravosas inaceptables (por ejemplo, la indigencia o esclavitud), por más que pueda otorgar grandes beneficios a la mayoría restante⁵⁵.

Con todo esto, dice RAWLS, bajo estas peculiares circunstancias y como resultado de sus deliberaciones, los sujetos en la “posición original” terminarían comprometiéndose con dos principios de justicia básicos. La presentación que hace de los mismos ha ido variando parcialmente a lo largo de sus obras, pero básicamente consisten en lo siguiente: (i) El “principio de libertades”, según el cual, toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente suficiente de iguales libertades básicas, que sea compatible con un esquema similar de libertades para los demás (por su carácter liberal, no se refiere a cualquier tipo de derechos o libertades, sino a los civiles y políticos⁵⁶); y, (ii) El “principio de diferencias”, conforme al cual las desigualdades

⁵⁴ “Coherencia, contrato, consenso: La estructura argumental de la Teoría de la Justicia de J. Rawls”, en: AA.VV. *John Rawls, Estudios en su memoria*, Revista de Ciencias Sociales, N° 47, primer y segundo semestre de 2002, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, pp. 447-448.

⁵⁵ Vid: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, op. cit., pp. 62 y 303.

⁵⁶ “[L]as libertades básicas iguales del primer principio de justicia se especifican mediante una lista como la siguiente: libertad de pensamiento y libertad de conciencia; las libertades políticas de libertad de asociación, así como las libertades (*freedoms*) especificadas en la libertad (física) (*liberty*) y la integridad

sociales y económicas han de estar estructuradas de tal manera que aseguren: (a) que cargos y posiciones estén abiertos a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades, y (b) mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad (son expresión de su componente igualitario). Estos principios se encuentran en un orden de “prioridad lexicográfica”, según el cual, en una sociedad bien ordenada la libertad no puede ser limitada a favor de la obtención de mayores ventajas sociales y económicas, sino sólo en el caso de que entre en conflicto con otras libertades. En ese sentido, establece que el “principio de libertades” prima sobre el “principio de diferencias”; y, dentro de este último, que la exigencia de igualdad de oportunidades posee una jerarquía superior frente a la exigencia de mayor beneficio para los menos aventajados⁵⁷.

Es a partir de estos principios de justicia que, según el autor, podrán estructurarse adecuadamente las instituciones sociales, para ser conformes con los valores de libertad e igualdad con los que caracteriza a las sociedades liberales modernas que se encuentran bien ordenadas. Un tipo de organización que, según el propio RAWLS, debe brindar salidas o tratamientos razonables al conflicto que se presenta cuando el ciudadano considera que una ley, a pesar de haber sido adoptada en el seno de una sociedad bien ordenada, presenta una injusticia que supera los límites de lo racionalmente tolerable. Se trata, según su terminología, de las respuestas a la desobediencia civil y la objeción de conciencia⁵⁸.

de la persona; y, por último, los derechos y libertades que incluye el principio de legalidad (*rule of law*).” (RAWLS, John. *Sobre las libertades*, op. cit., pp. 33-34).

⁵⁷ Vid: RAWLS, John. *Political Liberalism*, op. cit., pp. 291, 310 y siguientes. También su obra: *Sobre las libertades*, op. cit., pp. 33 y siguientes.

⁵⁸ Según RAWLS, el tratamiento de la desobediencia civil surge sólo en el marco de un Estado democrático regido por los “principios de justicia”; no se aplica a otros tipos de Estado y se anuda restrictivamente a su concepción de sociedad bien ordenada (Vid. su *A Theory of Justice*, op. cit., p. 363). Se ha esforzado en distinguirla de la objeción de conciencia, aunque refiriéndose especialmente, en el caso de esta última, a la objeción en caso de guerra (Vid: *Ibid.*, acápite 58).

La *desobediencia civil* es una forma de protestar contra una normatividad que se considera injusta, no obediéndola deliberadamente, denunciándola públicamente, con la finalidad de generar un debate que permita la remoción de esa injusticia mediante la modificación del ordenamiento. Sus rasgos distintivos son: (i) su carácter abierto y tendencia propagandística; (ii) su intencionalidad política, con tendencia a sustentarse en justificaciones político-morales o jurídico-constitucionales, que apela al sentido de justicia de la comunidad; (iii) el previo agotamiento de todos los recursos jurídicos; (iv) la no violencia; y, (v) la aceptación voluntaria del castigo, pues el ordenamiento puede reaccionar sancionando la desobediencia, a pesar de lo cual el desobediente está dispuesto a padecerla.

Se diferencia de la *resistencia* en que esta última rechaza la totalidad de las formas jurídicas vigentes, muchas veces mediante el uso de la violencia, no aceptando el castigo y con un interés para

En definitiva, la Teoría de la Justicia de RAWLS ha constituido un aporte teórico importante para la filosofía moral y política contemporánea. Su esfuerzo por acudir a un método objetivo que ponga a prueba la corrección moral de algunas intuiciones o decisiones, ha contribuido a que la moral no sea un simple producto de la creación humana, sino que sus principios deriven de cierto proceso de razonamiento que, en su caso, hace uso de la idea de contrato. Como consecuencia de ello, la fuerza moral del acuerdo no depende –en estricto– del consentimiento real de cada uno, sino de un tipo especial de procedimiento.

Si se pretendiese utilizar el procedimiento del contractualismo rawlsiano, para servirse de él en la construcción del orden moral que propone PECES-BARBA, habría que adaptar ese procedimiento a las características que su modelo presenta. Con carácter principal debería considerarse lo siguiente:

1º. A diferencia de la propuesta rawlsiana, el modelo de nuestro autor no se limita a una sociedad donde no exista ni extrema escasez ni abundancia de bienes, donde las personas sean en los hechos más o menos iguales entre sí y también vulnerables frente a las agresiones externas. Se dirige a todas las sociedades que persigan fines similares a los suyos, sin restricción alguna, entre ellas a las sociedades con fuerte desequilibrio económico o social, constituyéndose en cualquiera de los casos en una idea regulativa, en un proyecto prescriptivo que muestra el camino que se debe seguir para alcanzar objetivos comunes.

2º. En comparación con el planteamiento rawlsiano, la construcción teórica de PECES-BARBA pone mayor acento en la razón situada en la historia. Esto le permite

derrocar el poder que se considera ilegítimo o invalidar el orden vigente; suele presentarse en sociedades que padecen de una experiencia revolucionaria o de un golpe de estado. Por sus características, la resistencia, no podría ser admitida contra un Estado de Derecho ni contra el ordenamiento de una sociedad bien ordenada.

La *objeción de conciencia* es una negativa a obedecer alguna norma que se considera injusta, sin tener por finalidad generar un debate público para modificar el ordenamiento, sino simplemente propiciar la coherencia moral del objetor de conciencia. Su característica distintivas son: (i) ser una negativa estrictamente individual, sin afán de publicidad; (ii) carecer de intencionalidad política, pues no busca obligar a la mayoría a que reconsidere su decisión, sino simplemente que el objetor se desarrolle hacia su progreso moral; (iii) al no buscar la reforma del ordenamiento, suele relevársele de la necesidad de agotar los recursos jurídicos para hacer uso de ella; (iv) debe ser ejercitada sin violencia; y, (v) el objetor debe estar dispuesto a aceptar alguna prestación sustitutoria como deber alternativo a aquel del que se pretende eximir (Vid: PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Contrato social y obediencia al Derecho en el pensamiento de John Rawls*, op. cit., pp. 289-317).

incorporar a su análisis las enseñanzas de la historia, las dimensiones culturales que tienen racionalidad, así como las circunstancias que condicionan el desarrollo de las personas e inciden en la vida social.

3°. Haciendo uso de dicha herramienta metodológica, el modelo de nuestro autor se sitúa en el ámbito de la cultura occidental y moderna donde la idea de dignidad humana no sólo reprueba las situaciones de indignidad contra las personas, sino que reclama también la generación de condiciones que contribuyan a su desarrollo integral. Siendo ése su presupuesto epistemológico, y al estar situados en ese contexto cultural, los sujetos de la “posición original” tendrían la propensión de elegir como principios de justicia todos los valores que, de manera suficiente, permitiesen ordenar la sociedad para realizar la dignidad humana en toda su virtualidad. Esos valores serían los que se han gestado históricamente en la cultura occidental y moderna, y que se les identifica como: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Valores a partir de los cuales se derivan racionalmente unos principios y unos derechos orientados a racionalizar la vida social y contribuir al desarrollo integral de la persona. Precisamente esos son los valores que defiende el modelo de PECES-BARBA, y por el incremento del contenido de justicia que representan, hacen que éste se presente como un proyecto más exigente que la propuesta rawlsiana.

Al incluir la idea de dignidad humana como el principal referente que encauza la construcción moral, el modelo de nuestro autor es una propuesta teórica que limita y se enfrenta a otras. En él no toda oferta que se dice moral vale o tiene el mismo valor que las demás. Al tener como fundamento a la dignidad del ser humano y al principio de universalidad como criterio de validez moral, defiende la idea de que todo ser humano debe ser tratado como fin y no como simple medio. Esto significa que los sujetos de la posición original deben cuidar, en su modelo, de no vulnerar la inviolabilidad de las personas, ni desconocer ninguna de las dimensiones que integran su humanidad (su biología, psicología, autonomía, racionalidad, espiritualidad, etc.). En cambio, deben reconocerles su condición de titulares de una serie de derechos que deben ser igualmente respetados, protegidos, garantizados y promovidos, porque ésa es la única manera de no tratarlos como objetos ni como simples medios. Deben estructurar la sociedad de tal manera que el individuo pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás,

su desarrollo integral. Esto implica establecer unas instituciones y obligaciones que aseguren la defensa de la persona frente a un trato indigno; pero también que aseguren su promoción mediante la satisfacción de sus necesidades básicas que coadyuven a su pleno desarrollo. Unas consecuencias que pueden resultar compatibles con el procedimiento del contractualismo rawlsiano, pero que en el modelo en estudio se encuentran enfatizadas.

4°. El modelo de PECES-BARBA se distingue también de la Teoría de la Justicia de RAWLS en el acento que pone en la realidad social: en las fuerzas y factores sociales de diverso tipo, así como en los condicionamientos y circunstancias que inciden en las personas y en la vida social. Es otra consecuencia de la razón situada en la historia que suele utilizar. Esta perspectiva le lleva a considerar, dentro del contenido de los valores o principios de justicia con los cuales construye su propuesta moral, aquellas exigencias que permiten eliminar los obstáculos en la ordenación justa de las relaciones humanas, brindar respuestas diferenciadas a las distintas necesidades o situaciones que se puedan presentar, así como promover el desarrollo integral de todas y cada una de las personas con el apoyo de los demás, entre otras exigencias orientadas al respeto, protección, garantía y promoción de la eminente dignidad de su condición.

5°. Tal diferencia de perspectivas incide en la concepción que cada uno de los autores maneja sobre la libertad. Así, mientras RAWLS considera que la libertad en una sociedad bien ordenada sólo puede ser restringida por la libertad misma (es decir, los derechos de libertad sólo pueden ser limitados por otros derechos del mismo signo) y nunca para favorecer la obtención de mayores ventajas sociales y económicas, aún cuando con ello se busque alcanzar la igualdad; PECES-BARBA considera que no hay verdadera libertad sin igualdad, ni igualdad que no esté orientada hacia la libertad, por ello acepta que las exigencias de la igualdad contribuyan a delimitar la libertad a fin de equilibrar las desigualdades, procurar obtener una libertad real, y promover el desarrollo integral de cada persona (visión que se traduce en la importancia asignada a los derechos económicos, sociales y culturales).

Con todo, la Teoría de la Justicia de RAWLS ha sido objeto de severas críticas desde las más variadas concepciones filosóficas. Algunas le acusan de ser insuficientemente liberal (por ejemplo, por no restringir las intervenciones del poder político a las estrictas exigencias de la libertad negativa), otras de ser insuficientemente

igualitaria (verbigracia, por intentar igualar a los individuos en sus circunstancias fácticas dotándoles de los mismos “bienes primarios”, a pesar de requerir de medidas diferenciadas por sus diferentes características y situaciones concretas). Se le ha acusado también de no dar espacio a la historia (al no dar cuenta, por ejemplo, de las situaciones de dominio estructural que padecen las mujeres); y hasta de ser demasiado abstracta y teórica (por encontrarse alejada de las preocupaciones cotidianas de los individuos concretos)⁵⁹. Incluso puede decirse que, a pesar de sus esfuerzos, la propuesta de RAWLS no logra conseguir que el individuo en la “posición original”, o en su proceso de autorreflexión sobre lo que es justo o moralmente correcto, logre representarse adecuadamente los puntos de vista de los demás, dificultándose así una auténtica acción comunicativa que logre considerar de manera adecuada los intereses y los puntos de vista de todos. Si bien en la “posición original” el individuo ubicado tras el “velo de la ignorancia” debe tener una fuerte empatía hacia los demás y una disposición a escuchar sus diferentes puntos de vista (entre otras razones porque puede ocurrir que luego le toque ocupar el lugar de ellos en la sociedad); eso no asegura que logre conocerlos a cabalidad, en especial con relación a los problemas particulares que se puedan presentar, ni que pueda apreciar la importancia que los demás le asignan dentro de sus propias concepciones sobre la justicia o la incidencia en sus planes de vida. Para subsanar este inconveniente, las Éticas comunicativas se presentan como una alternativa⁶⁰.

⁵⁹ Vid: NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974; SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*, Clarendon Press, Oxford, 1992; MACKINNON, Catharine. *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1987. También: KUKATHAS, Chandran, y PETTIT, Philip. *La Teoría de la Justicia de John Rawls y sus críticos*, (1990), traducción y epílogo de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 2004; y BARRY, Brian. *La Teoría Liberal de la Justicia, examen crítico de las principales doctrinas de “Teoría de la Justicia” de John Rawls*, (1973), (Sección de Obras de Política y Derecho), traducción de Heriberto Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

⁶⁰ Cabe indicar que Jhon RAWLS no acepta la crítica habermasiana que califica a su Teoría de la Justicia, concretamente a su “posición original”, como una concepción propia de una racionalidad monológica y no dialógica. Responde a esa crítica sosteniendo que, “[a]l igual que en la situación discursiva ideal de Habermas, hay un diálogo, de hecho, un omnílogo”, entendiéndolo por éste a un diálogo que no sólo comprende a los expertos, a los filósofos –como equivocadamente podría pensarse–, sino a “todos los ciudadanos en el tiempo, uno por uno y en asociaciones aquí y allí”, los cuales juzgan “los méritos de la posición original como un mecanismo de representación y los principios que le subyacen”. Por esa razón, concluye RAWLS: “Niego que la posición original sea monológica en el sentido que ponga en duda su solvencia como mecanismo de representación.” (“Réplica a Habermas”, en: HABERMAS, Jürgen; y RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*, –Pensamiento Contemporáneo–, traducción de Gerard Vilar Roca, introducción de Fernando Vallespín, Paidós, I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1998, p. 87, todas las citas, las tres últimas corresponden a su Nota a pie de página N° 15).

2. El procedimiento de las Éticas comunicativas

Las Éticas comunicativas, llamadas también “dialógicas” o “discursivas”, son otro tipo de Filosofía Moral basada en el consenso. Si bien presentan variedades, todas ellas se contraponen al paradigma del pensador solitario que accede a la verdad a través de criterios de claridad y distinción manifestados en una conciencia encerrada en sí misma, es decir, que no se encuentra abierta al diálogo con los demás. Parten de afirmar el carácter dialógico de la razón humana, sustentada en el hecho de que los seres humanos realizamos acciones comunicativas, de que los seres humanos argumentamos. Por esa razón, para ellas el discurso moral no puede ser monológico; por el contrario, es necesariamente intersubjetivo y cooperativo: requiere de la participación de todos los potencialmente afectados o, por lo menos, que todos los que quieran participar tengan la posibilidad de hacerlo. Sólo la participación puede evitar una interpretación equivocada de las posturas de cada quien por parte de los demás. Como consecuencia de ello, este tipo de Ética considera necesario incrementar la participación de los individuos en la construcción de la moralidad, de todos los potencialmente afectados, a fin de que la imparcialidad o universalidad moral no se construya desde una reflexión individual, sino desde una reflexión colectiva y cooperativa⁶¹.

Dos de los autores más representativos de la teoría Ética comunicativa, que presentan además una evidente raíz kantiana, son Karl-Otto APEL y Jürgen HABERMAS. Sus aportes han contribuido de manera significativa a la filosofía moral y política de

⁶¹ En los años setenta del siglo XX, nace en Frankfurt, de la mano de Karl Otto Apel y Jürgen Habermas, una Filosofía Moral que “*se da a sí misma el nombre de ‘ética comunicativa’ o ‘ética discursiva’, porque reconstruye el imperativo kantiano con medios de la teoría de la comunicación.*” Si en la época griega y la medieval, la filosofía hace del *ser* su centro de atención, y en la Modernidad éste es desplazado por la *conciencia* como principal objeto de reflexión; en la actualidad la Filosofía Moral centra su interés en el *lenguaje*, contemplado tanto en su dimensión sintáctica y semántica como en su dimensión pragmática, atendiendo a los sujetos que hacen uso de él. “*El punto de partida de la reflexión filosófica será ahora la acción comunicativa, que hace posible la producción y reproducción del mundo de la vida, y a través de ella llegamos a descubrir el carácter dialógico de la razón humana, de esa razón que es en diálogo, no en monólogo.*” Es por ello que “[*l*]a búsqueda de la verdad teórica y de la corrección de las normas prácticas, meta de los saberes teórico y práctico, es ahora una tarea dialógica y, por tanto, comunitaria; una tarea que, para llevarse a cabo, precisa contar en el terreno de la ética, en el ámbito preocupado por la corrección de las normas prácticas, con la aceptación de todos los afectados por ellas, tras un diálogo celebrado en condiciones de simetría.” (APEL, Karl-Otto, CORTINA, Adela; y otros. “Prólogo”, en: AA.VV. *Ética comunicativa y democracia*, K.-O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Micheli editores, Crítica, Barcelona, 1991, p. 7, la cursiva no es mía).

nuestro tiempo. PECES-BARBA ha reconocido en ellos, sobre todo en HABERMAS, a los principales artífices del segundo marco intelectual que resulta más afín a su reflexión moral⁶². Si bien existen disensiones en sus planteamientos, en lo que se expresa aquí se muestran básicamente de acuerdo. Sus planteamientos han experimentado evoluciones a lo largo del tiempo. Aquí describiremos su postulación básica, específicamente el procedimiento que utilizan para fundamentar y generar enunciados y juicios morales, por ser el otro marco intelectual en el que se puede apoyar la propuesta moral de nuestro autor.

Las Éticas comunicativas que formulan no se ocupan de la totalidad de las cuestiones prácticas, sino de las que resultan accesibles a una discusión racional y a una posterior fundamentación. Nos brindan un procedimiento que, a semejanza de la Teoría de la Justicia de John RAWLS, sirve para reflexionar y discutir, desde el punto de vista moral, sobre la justicia de las relaciones humanas, sobre la manera de edificar la estructura básica de la sociedad⁶³.

Para realizar esa labor –al igual que RAWLS– tienen en cuenta una constatación: Las sociedades con cierto grado de complejidad –como ocurre con las sociedades modernas– carecen de una unidad axiológicamente homogénea. Son sociedades plurales en las que concurren diferentes concepciones del bien (de la felicidad, la vida buena o virtuosa, de la salvación). Por eso la posibilidad de encontrar principios absolutos e incontrovertibles resulta difícil, sino imposible. Eso no quita la necesidad de encontrar unas normas, susceptibles de ser aceptadas por todos, que regulen la manera como debe instituirse y mantenerse un orden justo de convivencia (una concepción de justicia). Ante este panorama –al igual que el contractualismo rawlsiano–, la Ética discursiva se muestra recelosa de encontrar una concepción del bien que pueda ser compartida por todos. Para ella ésta es una cuestión privada que corresponde a cada persona determinar, por lo que no debe formar parte de una reflexión moral que tenga por objeto establecer las normas morales, de alcance intersubjetivo, que contribuyan a organizar la sociedad. Su

⁶² Vid., como ejemplo, la referencia que hace de ellos, sobre todo de Jürgen HABERMAS, en sus trabajos: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 59-60; y, *La España civil*, op. cit., pp. 42 y 254.

⁶³ Cfr.: HABERMAS, Jürgen. “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, en su: *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducción de Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 1985, p. 129; y, del mismo autor: *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 13-14.

elaboración teórica y su desarrollo práctico dejan de lado las cuestiones evaluativas referentes a las concepciones del bien (por considerar que corresponde a lo más íntimo de la personalidad de cada individuo), para centrar su interés a las cuestiones normativas referentes a la justicia del orden social (a la estructura básica de la sociedad)⁶⁴. Una distinción que, en palabras de uno de sus exponentes, intenta “defender la primacía de lo justo entendido deontológicamente sobre lo bueno”⁶⁵, por lo menos “en el sentido de que ‘lo justo’ limita qué preceptos pueden considerarse pertenecientes a un comportamiento virtuoso”, al punto de que “las concepciones de ‘lo bueno’ queden constreñidas por las nociones de ‘lo justo’”⁶⁶.

Ese mismo panorama hace que esta concepción rechace la previa existencia de principios éticos sustantivos que permitan determinar, de manera absoluta y definitiva, lo que es o no es moralmente correcto en cada caso. Su enfoque corresponde a las Éticas constructivistas, pues en el punto de partida de su reflexión moral sólo existen principios éticos procedimentales que nos indican las pautas que deben seguirse para fundamentar los enunciados y juicios morales. Sólo a través de estas pautas los sujetos podrán establecer los principios éticos de contenido sustantivo que acompañarán, necesariamente, a los principios éticos procedimentales (por ejemplo, los valores de libertad, igualdad y solidaridad)⁶⁷. La ausencia de esos principios sustantivos intensifica

⁶⁴ Vid: HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana*, op. cit., 11-28. También del mismo autor: *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 291-292; y, “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, op. cit., pp. 129 y 134.

La distinción entre las *cuestiones evaluativas* referentes a la *vida buena* y las *cuestiones normativas* referidas a la *justicia*, ha servido a Jürgen HABERMAS para diferenciar entre *ética* y *moral*. Según su teoría: la ética se ocupa de las cuestiones relativas a la vida buena, y la moral a las cuestiones relativas a la justicia; mientras la ética responde al punto de vista de lo que es bueno en “interés de uno” (sea que este “uno” se refiera a una persona o a un grupo de personas), la moral responde al punto de vista de lo que es bueno “para todos” (universalidad); finalmente, mientras la fuerza prescriptiva de la ética depende del contexto social, la moral aspira al reconocimiento universal (Cfr. su obra: *El futuro de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 13-14; y, también su trabajo: “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”, -1991-, en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, -Colección: Estructuras y Procesos-, traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 109-126).

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. “Prólogo”, en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, (Colección: Estructuras y Procesos), Trotta, Madrid, 2000, p. 9.

⁶⁶ VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 62, las dos últimas citas.

⁶⁷ “[Y]a no podemos fundamentar (y, por tanto, prescribir) a priori [es decir, de manera previa a la experiencia de comunicación] determinadas normas institucionales de la eticidad sustancial en el sentido hegeliano, ni determinadas definiciones de la vida perfecta, ni tampoco de la mayor felicidad posible de todos los individuos, sino solamente de una *forma procedimental de deliberación y decisión* sobre tales cuestiones sustanciales” (APEL, Karl-Otto. “¿Límites de la ética discursiva?”, Epílogo, en: CORTINA, Adela. *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Sígueme, Salamanca, 1985, p. 249).

la exigencia de la participación responsable de las personas, pues de ellas depende la decisión que se adopte sobre la corrección moral de las normas, así como la garantía de que éstas sean respetuosas de todos y cada uno de los seres humanos.

Tras esa constatación y toma de posición, la Ética discursiva se orienta a brindarnos un procedimiento intersubjetivo que, de manera principal, permita fundamentar la validez de nuestros enunciados y juicios morales (moralidad referida a las cuestiones de justicia, no a las cuestiones del bien como la vida buena o felicidad). Sólo de manera derivada sirve también para la resolución de conflictos de acción a través de medios comunicativos orientados a alcanzar el consenso. Esta extensión argumentativa de la acción comunicativa permite aplicar este procedimiento a la generación de normas morales válidas y a la evaluación de las existentes. Para tal efecto, se concibe la tarea de fundamentación moral como algo cercano a los discursos reales entre seres humanos, por lo que se postula que la validez de una norma moral debe ser comprobada en las argumentaciones e interpretaciones fácticas⁶⁸.

En efecto, para la Ética discursiva, ningún sujeto moral puede decidir, con independencia del resto, qué norma es moralmente correcta cuando se trata de la justicia de las relaciones humanas (no cuando se trata de cuestiones referentes a las concepciones del bien, pues su validez moral dependerá exclusivamente de la conciencia individual de las personas, aunque se encuentre influenciada por el contexto social). Tal decisión se tiene que adoptar por consenso mediante un diálogo entre todos los sujetos que resulten potencialmente afectados y que se caracteriza por satisfacer –por lo menos de modo aproximado– las condiciones de racionalidad propias de una “situación ideal de habla”

“El proceso de ilustración ha contribuido a liberar al pensamiento humano de un buen número de [...] supersticiones, prejuicios y errores con que la tradición lo atenazaba. En ese proceso también se han esfumado las verdades superiores que servían de fundamento a las normas prácticas de acción. Esa situación deficitaria de justificación, esa pérdida de referentes absolutos, es lo que impele a buscar nuevas fundamentaciones, no metafísicas, para las propuestas normativas. Los mencionados condicionamientos epocales imposibilitan una remisión a una verdad superior o última, que han perdido irremediablemente su credibilidad. Tampoco es posible, pues, una fundamentación sustantiva ni absoluta. La alternativa, por más que pese, es una fundamentación de índole procedimental o la renuncia cabal a normas socialmente válidas. Porque el mundo se disgrega, la filosofía práctica no tiene más remedio que ser procedimental o desaparecer.” (VELASCO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: Sistema jurídico y democracia en Habermas*. –Colección: El Derecho y la Justicia–, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000, p. 63).

⁶⁸ Vid.: HABERMAS, Jürgen. “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, op. cit., pp. 77 y 88-97.

(llamada también “situación ideal de diálogo” o “comunidad ideal de comunicación”)⁶⁹. Ésta es una situación hipotética, ideal, donde los participantes se orientan hacia el reconocimiento intersubjetivo, buscando un consenso que se logra de forma intersubjetiva, formulando cada quien pretensiones de validez moral con disposición a problematizarlas y a problematizar las pretensiones de los otros sujetos, sobre una base dialógica; y donde la deliberación ha de cumplir con aproximación suficiente las siguientes condiciones:

“a) [Que] se escuchen todas las voces relevantes; b) [que] puedan hacerse valer los mejores de todos los argumentos disponibles habida cuenta del estado presente de nuestro saber, y c) [que] sólo la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos determine las posturas de afirmación o negación de los participantes”⁷⁰.

En ese escenario ideal, los sujetos tienen libertad, tanto para formular pretensiones de racionalidad con cada acción comunicativa como para rechazar las pretensiones elevadas por otros interlocutores. Una vez más el fundamento puede encontrarse en el igual valor moral que les corresponde por su condición de personas. Cada sujeto potencialmente afectado es un interlocutor válido que debe ser tenido en cuenta a la hora de decidir qué normas le afectan. Si se tomara una decisión sin tener en cuenta a todos los potencialmente afectados, tal decisión sería inmoral. Los potencialmente afectados no son sólo aquellos que pueden participar en los diálogos, sino todos aquellos a quienes la decisión les puede repercutir: los pobres, los inmigrantes, los que presentan capacidades diferenciadas, entre otros. Debe considerarse los intereses de todos, incluso de quienes por cualquier razón no pueden participar (por ejemplo, las generaciones futuras); y, sobre todo, posibilitar que los potencialmente afectados los expongan y defiendan personalmente, que participen en la toma de decisiones, en la medida que eso sea posible.

Esta situación ideal de diálogo se ve presidida por un principio ético procedimental: el principio de universalidad. En este tipo de Éticas es conocido como el

⁶⁹ “Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no sólo no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. La situación ideal de habla excluye las distorsiones sistemáticas de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todo participante en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1989, p. 153).

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 189.

“principio discursivo” o el “principio discursivo de universalización”, siendo reformulado así: “*Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales*”⁷¹. Según este principio, un enunciado normativo (por ejemplo, un precepto, un derecho o una propuesta de acción) será moralmente correcto si todos los potencialmente afectados por él están dispuestos a brindarle su consentimiento –y en efecto lo hacen– tras un diálogo, celebrado en “condiciones de racionalidad” –en especial, de simetría y de ausencia de mecanismos de coacción–, porque les convencen las razones que se aportan en el seno mismo del diálogo, razones que siempre deben satisfacer intereses universalizables. Esto implica que el enunciado normativo no sólo sea comprensible para todos los sujetos concernidos, sino también que resulte aceptable para todo aquel que resulte potencialmente afectado por sus consecuencias. Implica también que, para que una norma sea moralmente correcta –o esté moralmente justificada– en una situación ideal de diálogo, no basta con que sea universalizable, es necesario que cuente con la aprobación efectiva de todos los potencialmente afectados, en tanto participantes del diálogo, e incluso que sea susceptible de ser aprobada por quienes, por alguna razón, no pudieron participar. Como lo afirma Jürgen HABERMAS:

“De conformidad con la [É]tica discursiva, una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto *participantes de un discurso práctico* (o pueden ponerse de acuerdo) en que dicha norma es válida”⁷².

A pesar de sus semejanzas con la formulación kantiana, resulta evidente que el énfasis se desplaza aquí “desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a lo que todos de común acuerdo quieren reconocer como norma universal”⁷³. En palabras de Karl-Otto APEL, la respuesta a la pregunta kantiana por las condiciones trascendentales de posibilidad y validez de la experiencia, hoy en día ya “no nos remite a la filosofía kantiana de una ‘conciencia en general’ trascendental”;

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez, sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 172, la cursiva es mía. Vid también, del mismo autor: “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, op. cit., p. 86.

⁷² HABERMAS, Jürgen. “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, op. cit., p. 86.

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Ibid.*, p. 88.

sino que “debe estar mediada por la auténtica adquisición de la filosofía en este siglo; por el reconocimiento del valor trascendental del lenguaje y, por tanto, de la comunidad lingüística”⁷⁴. Se reinterpreta así el principio de universalidad kantiano, que servía como criterio para probar la corrección moral de las normas de acción, a un procedimiento en virtud del cual las discusiones práctico-morales entre los sujetos pueden encontrar un fundamento racional a través de la racionalidad comunicativa. Por lo tanto, como sostiene Axel HONNETH, en lugar de utilizar el principio de universalidad –como lo entendía el pensamiento kantiano– como un *test* de validez moral que un sujeto solitario efectúa consigo mismo, las Éticas comunicativas trasladan ese examen a un acto comunicativo, “que no finge representar simplemente un contrato único, en el sentido de las teorías contractuales, sino que es exigido como una discusión que ha de efectuarse realmente.” De acuerdo con esto, sólo el diálogo efectuado en condiciones de racionalidad, entre todos los potencialmente afectados, puede determinar si una norma de acción es moralmente correcta; y, al revés: “una norma de acción tiene validez en última instancia sólo cuando todos los afectados por ella, en tanto participantes de un diálogo fáctico, alcanzan un consenso sobre si la norma debe entrar en vigencia o permanecer vigente.”⁷⁵ Se considera, en ese sentido, que la Ética discursiva ha emprendido “una supuesta ‘superación’ del universalismo *monológico*-formal de Kant en un universalismo *dialógico*-formal”; es decir, ha transitado desde el “yo” de la visión kantiana hacia el “nosotros” de una comunidad de diálogo⁷⁶.

Este principio discursivo de universalización hace igualmente imprescindibles la participación, la deliberación y el consenso, pues si bien el consenso es el objetivo, la participación y la discusión son el camino que necesariamente hay que seguir para alcanzarlo. Dicho en otras palabras, no hay enunciado normativo válido si no es por la vía de la participación, la deliberación y el consenso. Esto se debe a que el simple

⁷⁴ *La transformación de la filosofía*, volumen II, Taurus, Madrid, 1985, p. 209.

⁷⁵ HONNETH, Axel. “La ética discursiva y su concepto implícito de justicia. Una observación para la discusión”, en: *Ética comunicativa y democracia*, traducción de Dorando Michelini, K.-O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Michelini editores, Crítica, Barcelona, 1991 pp. 165 y 166, respectivamente.

⁷⁶ WELLMER, Albrecht. *Ética y diálogo*, Anthropos, Barcelona, 1994, p. 38.

Javier MUGUERZA defiende una opinión similar: “[que] el sujeto de la acción moral, al igual que el sujeto del conocimiento científico, no es nunca *uno* –como lo era el sujeto hipotético kantiano– sino *muchos*, a saber, una comunidad (e incluso múltiples comunidades) de sujetos reales. Por eso es por lo que se tiende hoy a decir que el ejercicio de la racionalidad no puede consistir en un monólogo, sino que precisa de un diálogo entre tales sujetos reales” (*Desde la perplejidad –Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo–*, op. cit., p. 161).

acuerdo no asegura que la decisión sea racional, ni que su justificación moral sea correcta. Para conseguirlos se tiene que transitar por un procedimiento racional, en el que la participación y la deliberación ocupan un lugar destacado: Sólo a través de ellas podrán examinarse adecuadamente los intereses comunes y las distintas posiciones en pugna –disminuyendo la posibilidad de una interpretación equivocada–, a fin de adoptar una decisión consensuada que, al cumplir con el principio discursivo de universalización, merezca la aquiescencia universal. Se rechaza así la posibilidad de consentimientos previos o implícitos por considerárseles expresiones de una mentalidad monológica⁷⁷.

Resulta importante insistir en que la participación y la deliberación deben realizarse en un escenario de diálogo donde rijan las “condiciones de racionalidad”, a fin de que todos los potencialmente afectados puedan participar en condiciones de simetría y donde finalmente triunfe la fuerza del mejor argumento y no alguna circunstancia interna o externa al diálogo que afecte la libertad de elección de las personas. Esto último significa que una norma sólo obliga moralmente si el sujeto tiene conciencia de que la considera moralmente correcta, es decir, de que no ha sido impuesta. Las “condiciones de racionalidad” del discurso se han agrupado en tres grupos: (i) las referidas a la *esfera lógica de los argumentos* (que buscan que los argumentos sean atinados y convincentes, desde el punto de vista de sus propiedades intrínsecas, para verificar o rechazar las aspiraciones de validez)⁷⁸; (ii) la relacionada con la *esfera dialéctica de los procedimientos* (que agrupa a los presupuestos pragmáticos para la búsqueda cooperativa de la verdad o corrección, como las referidas a la responsabilidad y honestidad de los participantes, así como a las cargas de la argumentación)⁷⁹; y, (iii) las que conciernen a *la*

⁷⁷ Cfr.: HABERMAS, Jürgen. “Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?”, (1986), en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, (Colección: Estructuras y Procesos), traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 22-23.

⁷⁸ Se han mencionado como ejemplos las siguientes reglas: (i) Ningún hablante debe contradecirse; (ii) Todo hablante que aplique el predicado F a un objeto A, debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a A en todos los aspectos importantes; y (iii) Diversos hablantes no pueden usar la misma expresión con significados diferentes (Vid: HABERMAS, Jürgen. “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, op. cit., p. 110; y, ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 185).

⁷⁹ Se han indicado como ejemplos las siguientes reglas: (i) Todo hablante sólo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree; (ii) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a menos que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación; y, (iii) Todo hablante que introduzca un enunciado o norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón que lo justifique (Cfr.: HABERMAS, Jürgen. “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, op. cit., p.

esfera retórica de los procesos (que buscan que el discurso argumentativo sea un proceso de comunicación suficientemente próximo a las condiciones ideales de simetría y ausencia de coacción)⁸⁰.

La deliberación implica el intercambio de opiniones con el objetivo de convencer a los demás, a través de argumentos sobre lo verdadero o correcto de una posición, así como dejarse convencer sobre ellos cuando se oponen argumentos mejores. A través de este proceso comunicativo abierto, los participantes realizan una reflexión trascendental para analizar las diversas posiciones que hayan sido presentadas, examinando una y otra vez los diversos argumentos que en tal escenario se formulen, ajustando sucesivamente sus posiciones discrepantes, e incluso contrapuestas, con el objetivo común de encontrar la satisfacción de necesidades compartidas (incluso de quienes no participan o no pueden participar en el diálogo).

La determinación de los principios y normas morales requerirá de la capacidad de suscitar consenso mediante argumentos entre personas racionales. Al encontrarse referidos a cuestiones prácticas de la vida, dichos argumentos no consistirán tan sólo en una cadena deductiva de enunciados con consistencia lógica. Tampoco en una demostración razonable sobre las consecuencias que se pueden derivar de determinadas premisas. Consistirán principalmente en “buenas razones” susceptibles de provocar el asentimiento de todos los posibles afectados⁸¹.

El consenso se alcanza aquí cuando todos los potencialmente afectados, o por lo menos todos los que hayan querido y podido participar, prestan su asentimiento a alguna posición, luego de haber quedado plenamente convencidos de que ésta se encuentra

111; y, ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, op. cit., pp. 185 y 188).

⁸⁰ Se han señalado como ejemplos de esta esfera las siguientes reglas: (i) Todo sujeto capaz de hablar o de actuar puede tomar parte en el discurso; (ii) Todos deben tener libertad de discusión, esto es: (a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación, (b) Todos pueden introducir cualquier afirmación al discurso; (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; y (iii) A ningún hablante puede impedírsele el uso de los derechos precedentemente mencionados, mediante coacción externa o interna al discurso (Cfr.: HABERMAS, Jürgen. “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, op. cit., pp. 112-113; y, ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, op. cit., p. 189).

⁸¹ Esto se debe, a que “[l]a validez de una norma consiste en su potencialidad para ser reconocida, lo cual tiene que demostrarse discursivamente; una norma válida merece reconocimiento porque, y en la medida en que, sea aceptada —es decir, reconocida como válida— también bajo condiciones de justificación (aproximativamente) ideales” (HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*, op. cit., p. 53).

completamente justificada, por estar sustentada en las mejores razones expuestas que cumplen con satisfacer intereses universalizables. Se aparta así de la negociación, pues esta última no tiene como objetivo encontrar racionalmente lo verdadero o lo correcto, sino la posibilidad de obtener un provecho haciendo valer los propios intereses, las propuestas ventajosas, la amenaza de perjuicios, aún cuando eso suponga la desatención de los intereses de otros posibles afectados⁸².

Esta idea del consenso no sólo supone la posibilidad de que las personas puedan brindar su consentimiento, sino también la de negarla cuando no han sido convencidas. Esto se debe a que “[d]el ejercicio de la racionalidad no se sigue lógicamente el consenso: cabe tanto la convergencia como la divergencia, la coincidencia entre los participantes como el enfrentamiento de sus opiniones”⁸³. Dos consecuencias se desprenden al respecto. En primer lugar, la imposibilidad lógica, para una racionalidad intersubjetiva, de hablar de una única respuesta correcta para una cuestión práctica, como lo hacía Ronald DWORKIN⁸⁴. “La suposición de la existencia, independientemente del procedimiento, de una única respuesta correcta para cada cuestión práctica es una tesis ontológica que tiene poco a su favor y contra la que se puede aducir mucho”⁸⁵. Otra cosa

⁸² “Si como afirma Habermas, el discurso práctico consiste en un ‘aclararse sobre un interés común’ [...], esta actividad nunca tendrá más sentido ni podrá recabar más urgencia que cuando se presentan intereses divergentes y aún contradictorios. El interés común estriba, entonces, en un arreglo ‘justo’ o ‘equitativo’ de un conflicto de intereses; este arreglo no puede hallarse en una simple transacción, trueque o negociación de intereses contrapuestos, sino en la formación de un juicio común sobre la índole de tales intereses contrapuestos, un ajuste de los intereses que ha de pasar necesariamente por la ponderación de los diferentes intereses particulares.” (VELASCO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 57).

La distinción entre *consenso* y *negociación* es similar a la que establece Carl SCHMITT entre *discusión* y *negociación*. La *discusión*, afirma este autor, “significa un intercambio de opiniones; está determinada por el objetivo de convencer al adversario, con argumentos racionales, de lo verdadero y lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto.” Se le opone conceptualmente la negociación, “cuyo objetivo no es encontrar lo racionalmente verdadero, sino el cálculo de intereses y las oportunidades de obtener una ganancia haciendo valer los propios intereses según las posibilidades” (*Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 8).

⁸³ VELASCO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: Sistema jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 73.

⁸⁴ *Los derechos en serio*, op. cit.

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*–, op. cit., p. 302.

Que exista una conexión entre una determinada filosofía moral y política con la concepción que se tenga sobre el Derecho, y la manera de trabajar con lo jurídico, es una afirmación que hoy en día puede ser aceptada. Precisamente el modelo de relación entre la moral, el poder y el Derecho que se examina en este trabajo es una muestra de ello. Sin embargo, de allí a afirmar que existe una única respuesta correcta – desde un punto de vista moral, político y jurídico– a la que se puede llegar de manera objetiva, es una tesis imposible de demostrar porque habría que ponerse en todas las situaciones posibles para la problemática

es que el participante defienda su postura como si se tratara de la única respuesta correcta –es decir, haciendo de dicha tesis una idea regulativa–; aunque esté dispuesto a aceptar otras respuestas posibles, siempre que se le demuestre su existencia con otras razones mejores. En segundo lugar, se abren las puertas a la alternativa del disenso: Para las Éticas comunicativas éste no constituye un elemento perturbador; por el contrario, se presenta como un elemento fecundo y renovador para perfeccionar el orden moral vigente, alcanzar nuevos consensos y garantizar la convivencia pacífica. Lo dice el propio HABERMAS: “cuanto más abstracto el acuerdo, tanto más plurales los disensos con que podemos vivir sin violencia”⁸⁶.

En cualquiera de los casos, las decisiones o acuerdos que se adopten son siempre revisables y susceptibles de ser sustituidos. No sólo porque no se descarta el error o la posibilidad de que alguno de los participantes actúe indebidamente motivado por intereses egoístas, sino también porque es posible que aparezcan nuevas y mejores razones que justifiquen el cambio de decisión (verbigracia, porque los adelantos científicos y tecnológicos aportan nuevas luces sobre el problema que fue objeto de solución). De esta manera, las normas morales no son consideradas definitivas o absolutas, sino que se abren a la posibilidad de ser sustituidas por otras mejores.

Como consecuencia de revisiones ulteriores, la Ética discursiva ha desarrollado matices y precisiones. Por lo menos la teoría ética habermasiana ha advertido la distinta problemática que representa el “discurso de fundamentación” del “discurso de aplicación”. El “discurso de fundamentación” se refiere a la validez abstracta de los enunciados o juicios de valor, sin ninguna referencia a una situación concreta. Lo relevante para este primer tipo de discurso es la validez de la norma misma, con

que se pretende solucionar; incluso en aquellas que no se pudieron prever al momento de fundamentar la respuesta. Se necesitaría de un “juez hércules”, como el propio Ronald DWORKIN lo reconoce. Por otro lado, una tesis semejante podría llevar a un objetivismo moral que –sin ser negativo en sí mismo– podría dar lugar a ciertas patologías en perjuicio de la libertad del individuo, como por ejemplo, imponer una moral personal como criterio de justicia para regular las relaciones sociales o imponer una moral pública para regular la vida privada de las personas (con consecuencias diversas, en función a la perspectiva moral, política o jurídica que se adopte). Se podría argüir que estas patologías salen del marco teórico de la propuesta de la única respuesta correcta y que en una sociedad democrática –por definición– tales patologías no son posibles. Sin embargo, la historia nos enseña que la realidad es diferente, que en el funcionamiento del poder se producen desviaciones que se convierten en auténticas patologías que dañan la libertad del ser humano, por lo que el riesgo que se acusa no debe ser dejado de lado.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *El pensamiento postmetafísico*, (Humanidades-Filosofía), versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1990, p. 181.

independencia de su aplicación a una situación particular. El “discurso de aplicación”, en cambio, se refiere a los enunciados o juicios de valor que deben aplicarse a una situación concreta. Lo relevante para este segundo tipo de discurso no es la validez de la norma, sino su adecuación ante unas circunstancias determinadas a fin de decidir su aplicación. “La [É]tica del discurso [dice HABERMAS] ha aprendido la lección, y distingue entre la validez –o la justicia– de las normas y la corrección de los juicios singulares que con base a una norma válida distinguen una determinada acción como mandada”. Agrega además que para determinar “[c]ómo actuar correctamente en las circunstancias dadas” no se puede decidir, considerando las cosas analíticamente, con un *único* acto de fundamentación –o dentro de los límites de un único tipo de argumentación– sino que exige la secuencia de dos pasos argumentativos, a saber, la fundamentación y la aplicación de las normas.”⁸⁷ En el primer paso, se busca determinar, en abstracto, las normas válidas que resultan pertinentes para regular paradigmáticamente una materia necesitada de regulación. Al ser una reflexión abstracta, no se puede exigir a los participantes la carga de considerar situaciones futuras que en ese momento no resulten previsibles. Éstos sólo tienen la carga de fundamentar y de decidir teniendo en consideración las situaciones típicas que puedan preverse en ese momento. Estamos aquí en el ámbito del “discurso de fundamentación” y el principal criterio que lo rige es el “principio discursivo de universalización”. En el segundo paso se pretende determinar, entre todas las normas que han sido fijadas como válidas, la que resulte más adecuada para solucionar el caso concreto a decidir, es decir, para determinar la acción que se debe seguir ante unas circunstancias dadas. Esto se debe a que, en el momento de examinar un caso particular, es posible que se presenten circunstancias o consecuencias que no fueron previstas al momento de la fundamentación, constelaciones particulares de situaciones no previsibles que hacen necesario acudir a un criterio complementario. Estamos esta vez ante el “discurso de aplicación” y el criterio que lo orienta es el “principio de adecuación”. Éste equivale a un juicio de ponderación que se realiza sobre normas válidas *prima facie*, que de manera pertinente y relevante concurren a la solución de un caso concreto, para determinar entre ellas la que resulte más apropiada para solucionar la problemática planteada. Con esto, “[e]l papel que desempeña el principio de

⁸⁷ “Aclaraciones a la ética del discurso”, op. cit., pp. 145 y 145-146, respectivamente.

universalización en los discursos de fundamentación es asumido en los discursos de aplicación por el principio de adecuación. Únicamente los dos principios juntos agotan la idea de imparcialidad”⁸⁸. Se intenta transitar así de la teoría a la acción y proporcionar una respuesta racional, integral y operativa al tratamiento de las cuestiones prácticas.

En definitiva, las Éticas comunicativas nos ofrecen otro método objetivo para determinar la validez moral de nuestros enunciados y juicios de valor, para generar y examinar normas morales válidas, así como para resolver los problemas morales concretos o conflictos de acción que se puedan presentar. Si bien dicho método es diseñado mediante condiciones ideales, que en conjunto configuran una situación de diálogo igualmente ideal, no cabe duda de que “*tal idealidad sirve para orientar nuestros diálogos cotidianos sobre la validez de normas, para medir la insuficiencia de los mismos y para dar sentido al hecho cotidiano de entrar en un diálogo.*”⁸⁹ Es decir, sirve como una idea regulativa que nos proporciona, además, una dirección para la acción y un criterio para la crítica de nuestras acciones concretas; un canon para la práctica y una medida para examinar las desviaciones que se puedan producir respecto al modelo comunicativo propuesto, así como para determinar la calidad del consenso realmente alcanzado⁹⁰.

Si se pretendiese utilizar el procedimiento de las Éticas comunicativas, para servirse de él en la construcción de la moral que propone PECES-BARBA, habría que tener en cuenta las características que su modelo presenta, a fin de que el uso de dicho procedimiento resulte coherente con el modelo. Con carácter principal debería considerarse lo siguiente:

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Ibid.*, p. 147.

“El problema [...] comparece con claridad en el caso de las colisiones de normas. En efecto, en esos casos hay que examinar cuál de las normas válidas *prima facie* que presentan su *candidatura* a la aplicación se revela como la adecuada a una situación descrita con la mayor exhaustividad posible en todas sus características relevantes. Las normas que ceden la primacía a la aplicada en cada caso no pierden por ello su validez, sino que forman junto con todas las demás reglas válidas un orden *coherente*.” (HABERMAS, Jürgen. *Ibid.*, p. 148).

⁸⁹ APEL, Karl-Otto, CORTINA, Adela; y otros. “Prólogo”, en: AA.VV. *Ética comunicativa y democracia*, op. cit., p. 7.

⁹⁰ “La anticipación de una situación ideal de habla es lo que garantiza que podamos asociar a un consenso alcanzado fácticamente la pretensión de ser un consenso racional. Al propio tiempo, esa anticipación es una instancia crítica que nos permite poner en cuestión todo consenso fácticamente alcanzado y proceder a comprobar si puede considerarse indicador suficiente de un entendimiento real” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, op. cit., p. 105).

1°. PECES-BARBA califica a la dignidad del ser humano como el principal “referente del pensamiento moral” –también del político y del jurídico–, como el “fundamento de la ética pública de la modernidad”, el “criterio fundante de los valores, los principios y los derechos”, sobre los cuales construye su propuesta de edificación de una sociedad bien ordenada⁹¹. Esto implica que el principio discursivo de universalización tiene que tener en su modelo una marcada orientación hacia la dignidad humana: No podría tener validez moral una norma que vulnerase su primacía o que atentase contra alguna de las dimensiones de la condición humana, por más acuerdo fáctico que exista entre los participantes del discurso; por el contrario, el discurso debería encaminarse a aprobar todas las normas de acción conducentes a apoyar el desarrollo integral de la persona⁹². Una conclusión que no es incompatible con las Éticas comunicativas (por la exigencia que éstas presentan de que el consenso se sustente en las mejores razones y responda a intereses universalizables); pero que es enfatizada en el modelo en estudio al defender la idea de que la dignidad del ser humano encauza la corrección moral de todo discurso. Se pretende evitar así cualquier resquicio para una conclusión distinta.

2°. El problema se presenta a la hora de determinar cuál es el contenido de la dignidad humana, qué exigencias se derivan racionalmente de ella. Como se recordará, PECES-BARBA considera a la dignidad como un punto de partida y un punto de llegada: el valor intrínseco de la persona que acota las normas de acción para contribuir a la realización de todas las dimensiones de su humanidad, y el horizonte utópico que día a día debe conquistarse⁹³. La determinación concreta de las exigencias que se derivan de esa dignidad se encuentra expresada, según él, en una ética pública (integrada por valores, principios y derechos) que será “la que delibere y resuelva sobre los caminos que el hombre debe recorrer para desarrollar esas condiciones que tenemos en proyecto, y

⁹¹ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 66, 12 y 66, respectivamente.

⁹² Así, por ejemplo, el modelo constructivista de nuestro autor no reconocería validez moral a una postura transpersonalista que ubique a la persona como el simple integrante de una masa, de un todo, susceptible de ser instrumentalizado al servicio de una entidad superior –como el Estado, la comunidad, la ciencia, etc.– Tampoco estaría dispuesto a otorgar dicho reconocimiento a una pretensión que reduzca al ser humano a alguna de sus dimensiones olvidándose de otras que también constituyen su humanidad (verbigracia, su biología, psicología o espiritualidad), ni que niegue la igual dignidad de aquellos individuos humanos que todavía no tienen, no han desarrollado o han perdido alguno de los rasgos que suelen caracterizar a la condición humana.

⁹³ Vid: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 50, 67 y 68.

que suman las dimensiones de la dignidad”⁹⁴. Siendo coherentes con el marco intelectual que se examina aquí y que el modelo acoge como una de sus posibilidades teóricas, la ética pública tendría que construirse a través de un diálogo intersubjetivo regido por el principio discursivo de universalización. De ambos extremos se sigue: por un lado, que la dignidad orienta el principio discursivo de universalización para determinar la validez moral de las normas que integran la ética pública; por otro, que la ética pública, a través de sus normas creadas mediante el procedimiento discursivo, perfila el contenido de la dignidad humana. Una paradoja, propia de una reflexión circular, que se intenta resolver a través de la razón situada en la historia.

En efecto, al partir como presupuesto epistemológico de la idea de dignidad del ser humano que corresponde a la cultura occidental y moderna, el modelo en estudio se abre al bagaje humanista antropocéntrico propio de esta cultura –aunque sin reducirse a ella–⁹⁵. Para este bagaje cultural, la dignidad del ser humano presenta unas exigencias básicas, imprescindibles, universales o universalizables, que conforman su contenido. Ellas se refieren tanto a la defensa de la persona como a su promoción, a fin de satisfacer necesidades básicas y coadyuvar a su pleno desarrollo. PECES-BARBA menciona entre ellas a las que permiten que la persona: “pueda decidir libremente, pueda pensar y expresarse libremente, pueda crear y desarrollar su imaginación libremente, pueda comunicarse y dialogar libremente, y pueda vivir en sociedad libremente”⁹⁶. El uso de la razón histórica, aplicado al ámbito del discurso, permitiría utilizar las dimensiones culturales sobre la dignidad humana que se han consolidado en este contexto cultural, para acotar con ellas el uso de la razón en el procedimiento discursivo; al mismo tiempo, permitiría utilizar las dimensiones racionales para corregir o modificar, a través del procedimiento discursivo, las realidades culturales vinculadas con la dignidad del ser humano que tienen una historia. Este uso de la razón histórica permite abrir las puertas a la influencia de la cultura, para que la idea de dignidad humana, que es expresión de ella, delimite las posibilidades de la razón en la construcción discursiva de la ética pública; al mismo tiempo, mantiene el papel de la razón para construir la ética pública mediante un

⁹⁴ Ibid., p. 50

⁹⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 59.

⁹⁶ *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 72-73.

diálogo intersubjetivo que busque el consenso, sea para desarrollar la idea de dignidad humana conforme al horizonte cultural al cual pertenece o sea para perfeccionarla cuando se vislumbre un horizonte de justicia mayor, cumpliendo siempre con las exigencias del principio discursivo de universalización. Como se puede apreciar, aunque no se elimina del todo la circularidad de la paradoja, se establecen algunos parámetros para acotarla.

3°. Al hacer uso de la razón situada en la historia, el modelo en estudio abre la reflexión al ámbito de la cultura, la realidad, las diferencias, a las fuerzas y factores de todo tipo que inciden en la vida social y en los comportamientos humanos. Una apertura que si bien resulta coherente con el procedimiento de las Éticas comunicativas, se encuentra marcadamente presente en el modelo que aquí se examina.

4°. El uso del procedimiento discursivo en el modelo de PECES-BARBA no puede perder de vista el dinamismo de la libertad, al que el modelo considera expresión de la dignidad humana: Si bien todo individuo dotado de razón y de voluntad tiene –más allá de los condicionamientos externos– libertad para construir su moralidad, para elegir y realizar su plan de vida, no es una libertad sin referente ético; debe orientarse siempre hacia la libertad moral, hacia el desarrollo de todas las dimensiones que configuran su humanidad⁹⁷. Una afirmación que vale para las decisiones que el ser humano adopte respecto de sí mismo, como para las que adopte respecto a los demás, debido a la igual dignidad que corresponde a todos los miembros de la familia humana. Conforme a este dinamismo, el ser humano –incluso como participante del discurso– debe esforzarse –a pesar de sus errores y tropiezos– en alcanzar la plenitud de su humanidad eligiendo correctamente y venciendo los obstáculos y condicionamientos que impiden o dificultan su autenticidad y el desarrollo de todas las dimensiones de su ser; debe cooperar con el bienestar de los demás, en una mutua responsabilidad y solidaridad, ya que el desarrollo integral no es posible construirlo en solitario. Debe además proteger el resto de la naturaleza pues no se puede alcanzar un desarrollo humano, que sea real y vivificador, prescindiendo de ella.

5°. Como quiera que el modelo en estudio tiene como objetivo último la humanización de todos los seres humanos, y como objetivo medial la racionalización de las diversas esferas de la vida social; el uso del procedimiento discursivo supondría en

⁹⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 69.

este modelo una fecunda relación entre el individuo y la sociedad, entre la moralidad y la vida social, a fin de hacer posible ambos objetivos. Buscaría establecer las estructuras e instrumentos mediales adecuados para racionalizar la organización social, en especial los ámbitos de la política y el Derecho, a través de una ética pública orientada hacia la humanización del ser humano y de la sociedad en su conjunto.

Si se tiene en cuenta la influencia republicana que caracteriza el pensamiento de nuestro autor, que lo llevan a exaltar el diálogo y la participación como expresiones de una acción comunicativa de debate, de reflexión en común, de propuesta y de acuerdos, conducentes a la ordenación justa de la sociedad, así como a la solución de los conflictos de intereses que se pueden presentar; resulta patente que las Éticas comunicativas son un marco intelectual mucho más apropiado para su modelo que lo que las Éticas contractualistas pudieran significar.

En cualquiera de los casos, el intento de conciliar el modelo de PECES-BARBA con alguna de esas propuestas Éticas nos lleva inevitablemente a la paradoja antes denunciada: Por un lado se reconocería que la dignidad del ser humano es un parámetro que delimita toda reflexión o discurso, como el referido a la ética pública; y, por otro, se utilizaría el procedimiento contractual o comunicativo para construir una ética pública que expresara, a su vez, las exigencias concretas de esa dignidad. Si bien el uso de estos procedimientos resulta idóneo con el modelo que aquí se examina (por posibilitar la construcción racional de la ética pública a través de un mecanismo contractual o comunicativo, de raíz kantiana), se advierte el inconveniente de una reflexión circular que podría ocasionar problemas lógicos y prácticos que tendrían que ser resueltos. La razón situada en la historia, que abre sus puertas a la cultura, a la realidad, se presenta como un elemento corrector mas no como una solución definitiva.

Las Éticas comunicativas tampoco han estado exentas de críticas. Se les acusa de una elevada dosis de formalismo, de caer en un universalismo abstracto que olvida la raigambre comunitaria, de separar de manera artificiosa lo bueno (la felicidad, la vida buena, etc.) de lo justo (las concepciones de justicia), entre otras críticas. Sin embargo, hay que reconocer que al buscar el entendimiento intersubjetivo y el consenso racional a través del mejor argumento (que siempre debe satisfacer intereses universalizables), es axiológicamente superior a la acción estratégica (caracterizada por no buscar el acuerdo

que satisfaga intereses comunes, sino el beneficio individual), que sólo busca el éxito a través del argumento más persuasivo (aún cuando pueda omitir los intereses de alguno de los potencialmente afectados). Tampoco hay que olvidar que el reconocimiento intersubjetivo que propugna la convierte en una teoría ética que permite superar los individualismos, que estimula a las personas a salir al encuentro de los demás para lograr un diálogo que atienda a sus similitudes y diferencias. Una Ética que aspira a construir un mundo mejor sobre la base de la persona sí, pero sobre la base de una persona que no se encuentra aislada, sino que es miembro de la comunidad humana.

Tal tipo de Ética acentúa la responsabilidad de las personas en la construcción de un orden moral que permita una convivencia civilizada, justa y pacífica. Como quiera que han de pronunciarse sobre lo que es moralmente correcto, las personas tienen que tener conocimiento suficiente sobre las necesidades, intereses y argumentos de los demás. Deben recabar la máxima información posible a través del diálogo, del estudio y la investigación. Tienen que estar dispuestas a informar sobre sus necesidades e intereses a los demás y a respaldar sus pretensiones con argumentos. No deben caer en afanes egoístas, ni utilitaristas, sino defender la satisfacción de intereses universalizables, cediendo tan sólo ante la fuerza de mejores argumentos. Personas que estén prestas a tomar una decisión responsable, pues en sus manos está la determinación de lo que es, o no es, moralmente correcto.

En ese escenario, la educación en todos sus niveles, incluyendo el de la familia, muestra una vez más su importancia para ayudar a que los hombres y mujeres se desarrollen como personas responsables, con una capacidad crítica adecuada para contribuir, a través del diálogo con los demás, a construir o perfeccionar el orden moral vigente.

IV. UNA MORAL QUE DISTINGUE ENTRE ÉTICA PÚBLICA Y ÉTICA PRIVADA

Tras examinar los criterios y procedimientos en los que se apoya PECES-BARBA para fundamentar y desarrollar la moral de la libertad, corresponde analizar su contenido.

Éste nos permite enjuiciar los comportamientos humanos desde un punto de vista moral y avanzar hacia la consecución de los objetivos de racionalización y humanización que el modelo persigue.

Al igual como ocurre con el contractualismo rawlsiano y las teorías éticas comunicativas, el análisis de la realidad que efectúa nuestro autor le permite verificar que las sociedades con cierto grado de complejidad presentan una pluralidad axiológica manifestada en el hecho de que las personas profesan distintas concepciones del bien, de la felicidad, la salvación y la virtud; a pesar de lo cual es necesario encontrar una concepción de justicia, susceptible de ser aceptada por todos, que nos permita establecer y mantener un orden justo de convivencia. En palabras de Adela CORTINA, se trata de encontrar unos “mínimos morales” para la vida social, unas ideas morales aceptables y aceptadas por todos, que nos permitan estructurar adecuadamente la sociedad, sin que eso signifique hacerlo “bajo mínimos” que nos alejen de un horizonte exigente de moralidad. Se requiere “compartir unos mínimos morales de justicia, aunque discrepemos en los máximos de felicidad”⁹⁸. PECES-BARBA contribuye a este propósito, a la par que otras teorías éticas contemporáneas, distinguiendo también las cuestiones referidas al bien, la felicidad, la virtud, la salvación y, en general, al proyecto de vida de las personas, a las que denomina *ética privada*; de las cuestiones referidas a la justicia de las relaciones humanas, a la manera como debe organizarse la sociedad para que sus estructuras e instituciones –en especial, la política y el Derecho– sean justas, denominándolas: *ética pública*. No se trata, en este modelo, de dos moralidades diferentes; sino, en estricto, de dos ámbitos de una misma moral: la moral de la libertad⁹⁹. Dos ámbitos de moralidad que, en el marco de una concepción humanista como la que se examina aquí, tienen como objetivo último el desarrollo integral de la persona, de todos los miembros de la familia humana. Una meta que atañe a todas las personas, durante toda la vida, y que

⁹⁸ CORTINA, Adela. *La Ética de la sociedad civil*, op. cit., p. 52.

En las sociedades democráticas como la nuestra se han aceptado ya determinados valores, derechos y actitudes, que llevan a esta autora a afirmar que: “[t]ales mínimos podrían concretarse, por el momento, en el respeto a los derechos humanos de la primera, segunda y tercera generación, en los valores de libertad, igualdad y solidaridad”, así como “en una actitud dialógica, posible por la tolerancia activa, no sólo pasiva, del que quiere llegar a entenderse con otro, porque le interesa ese entendimiento con él.” (Ibid., p. 104, ambas citas).

⁹⁹ Un planteamiento similar al de Ernesto GARZÓN VALDÉS cuando dice: “La moral privada no es una moral diferente de la pública sino que ambas son manifestaciones de una única moral.” (“Lo íntimo, lo privado y lo público”, op. cit., p. 18).

tiene una importancia mayúscula para su adecuado desenvolvimiento, pues “ser moral o comportarse moralmente ayuda a conseguir la felicidad personal y la de nuestros semejantes, a la vez que posibilita el establecimiento de unas estructuras, instituciones y normas sociales, políticas, económicas y jurídicas a la altura de la exigencia de la dignidad humana, es decir, justas.”¹⁰⁰

Esta distinción muestra especial consideración por el hecho de que, a menudo, las personas guían su comportamiento según una ética privada que les aporta normas concretas de conducta, particular o social, para alcanzar sus fines. El Estado y el Derecho que quieran ser coherentes con el dinamismo de la libertad, no pueden imponerlas legítimamente: no pueden hacer valer una determinada ética privada por más aceptación social con la que cuente, ni por más beneplácito que su intervención produzca. Tampoco pueden extender legítimamente su actuación dentro de los confines exclusivos de la ética privada. Deben asumir y aplicar una ética pública que haga posible la convivencia de distintas éticas privadas. Para ello la ética pública no debe definir un modo de vida particular; debe mostrarse compatible con los diferentes modos de vida que reconozcan el derecho de los demás a coexistir de manera civilizada, justa y pacífica.

PECES-BARBA hizo su primera aproximación a la temática de la ética privada y de la ética pública en 1993, en su discurso de ingreso a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas que tituló “Ética, Política y Derecho: El paradigma de la modernidad”, luego la amplió en su libro: *Ética Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo* (1995), continuando su reflexión en conferencias y publicaciones posteriores¹⁰¹. Dicha reflexión se inserta en el ámbito de la Teoría de la Justicia y presupone que no es posible seguir manteniendo una definición del poder político y de lo jurídico sin ninguna conexión con la moral, sino que es necesario vincularlos con dimensiones de moralidad, que el autor denomina ética pública para diferenciarla de las que corresponden a la ética privada. Esta diferenciación es consecuencia del movimiento de tolerancia y de libertad de conciencia que se instaló con la Modernidad, siendo considerada como uno de los rasgos más estables del mundo moderno que identifica un Estado de Derecho y hace

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ, Eusebio. “Sobre la ética y su justificación”, op. cit., p. 104.

¹⁰¹ Op. cit. El dato sobre la fecha en que PECES-BARBA se aproximó por primera vez a estos temas fue proporcionado por el propio autor en su trabajo: “Ética pública-ética privada”, op. cit., p. 533. El discurso de ingreso de PECES-BARBA a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas se produjo en la sesión de 19 de abril de 1993.

posible una convivencia democrática. A través de ella se pretende esclarecer qué contenidos de la moral deben ser asumidos por el poder político e incorporados al Derecho, para que el primero sea legítimo y el segundo sea justo, y cuando uno u otro pueden incidir en la vida privada de las personas¹⁰². Se busca asegurar que cada ser humano esté en condiciones de elegir, diseñar y realizar su ética privada, su propio plan de vida, sin interferencias ni presiones de ningún tipo, con el apoyo de una ética pública que exija a la política y al Derecho los cauces y medios necesarios para que cada persona esté en condiciones de elegir y realizar su propia ética privada. Una distinción que sin duda alguna posee una marcada influencia liberal, aunque en el modelo en estudio se encuentra matizada por la tradición republicana.

En efecto, el liberalismo aparece normalmente caracterizado por “la pretensión de distinguir, del modo más firme y tajante posible, las esferas de lo público y lo privado; lo político y lo personal”¹⁰³. El Estado que se erige con esta égida, dice Ronald DWORKIN: “debe ser, tanto como sea posible, independiente respecto de cualquier concepción del bien particular o respecto de lo que dote de valor a la vida”¹⁰⁴. Debe ser un Estado neutral que evite interferir en la ética privada de los individuos reclamando, por ejemplo, ciudadanos activos, virtuosos, exponentes de una determinada moralidad. Un tipo de organización política donde las esferas de lo público y lo privado se encuentren separadas.

Tal postura ha sido criticada desde posiciones republicanas –entre otras– por considerarla muy radical y artificiosa. Dado su interés por contar con una ciudadanía activa, comprometida con la vida política de la sociedad, el republicanismo considera justificables los intentos de promover, aún desde el Estado, ciertas virtudes o cualidades de carácter entre los individuos con el propósito de alcanzar el ideal de comunidad política que anhelan. En términos de la distinción entre ética pública y ética privada, el republicanismo se pregunta si es posible que los criterios de una ética pública puedan cristalizar en una sociedad, sin que los individuos incorporen en su ética privada unos

¹⁰² Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, op. cit., pp. 533-534; y, *La España civil*, op. cit., p. 40.

¹⁰³ GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, op. cit., p. 174.

¹⁰⁴ “Liberalism”, en: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 191, traducción personal.

contenidos o una virtudes que la hagan posible. Su respuesta es negativa: Sin la aceptación y desarrollo de determinadas virtudes (para el republicanismo: patriotismo, integridad, sobriedad, abnegación, amor a la justicia, etc.) no sería posible conseguir el afianzamiento de una ética pública y mucho menos la construcción de la comunidad que se anhela (en parámetros republicanos: una sociedad regida por el autogobierno, con una participación más activa, compartida, colectiva y deliberativa del individuo). Como quiera que su concepción sobre la libertad acepta la intervención del Estado en la medida que no sea arbitraria (por ejemplo, que esté orientada a realizar un bien común atendiendo a los intereses y opiniones de los potencialmente afectados), dicha tradición política considera legítimo que el Estado pueda intervenir promoviendo que los individuos adopten, como ética privada, determinadas virtudes o cualidades de carácter que considera propicias para realizar la ética pública en la sociedad a la que pertenecen. Por eso el republicanismo se opone a cualquier distinción drástica entre la ética pública y la ética privada. Al disolver cualquier separación drástica entre el interés del individuo y el interés común, acepta la intervención del Estado para potenciar entre sus ciudadanos una serie de virtudes que considera necesarias para contar con una ciudadanía activa, comprometida con la salud política del Estado. Sería, a su entender, una intervención no arbitraria en la libertad de los individuos¹⁰⁵.

Frente a esta crítica republicana es necesario precisar que el liberalismo, por lo menos en su versión igualitaria, no niega que la cristalización de una ética pública en una sociedad requiera de ciertos compromisos y motivaciones privadas de los individuos para aproximarse a los ideales que toda ética pública incorpora. John RAWLS, por ejemplo, reconoce como una condición necesaria para construir una sociedad justa (ética pública), el hecho de que las personas posean un sentido efectivo sobre lo que consideran justo y, sobre todo, un deseo prioritario de ceñirse al cumplimiento de los principios de justicia (ética privada)¹⁰⁶. Además, la idea de neutralidad estatal defendida por el liberalismo no rechaza la posibilidad de que se puedan tomar medidas conducentes a promover el

¹⁰⁵ Cfr.: BACCELLI, Luca. *Crítica del republicanismo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 3 y siguientes; PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, op. cit., p. 56 y siguientes.

¹⁰⁶ Vid: RAWLS, John. "Justicia como equidad", (1958), en: *Justicia como equidad, Materiales para una teoría de la justicia*, (Filosofía y Ensayo), segunda edición, selección, traducción y presentación a cargo de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999, p. 90 y siguientes.

fortalecimiento de la ética pública (por ejemplo, favorecer la tolerancia o el diálogo entre culturas); lo que rechaza es que la justificación de una decisión política se sustente en el valor que se le asigne a una particular concepción del bien¹⁰⁷.

Sea como fuere, la influencia republicana se encuentra presente en el modelo de PECES-BARBA. Si bien distingue entre ética pública y ética privada, considera que hay ámbitos en los que éstas se encuentran conectadas, sin que ello signifique que una deba invadir los espacios de la otra a fin de evitar patologías¹⁰⁸. Por ejemplo, una cosa será promover desde el Estado una educación en valores; y otra muy distinta inducir a abrazar una particular concepción del bien o de la virtud, al adoptar una filosofía comprensiva desde la cual ofrecer esa educación en valores. Por esa razón, a pesar de que ve en la educación –especialmente en la enseñanza pública– un instrumento para promover en cada persona las condiciones que favorecen las virtudes sociales que son imprescindibles para que una sociedad esté bien ordenada, así como para desaconsejar y desactivar los vicios y defectos con trascendencia social que la impiden, es especialmente cuidadoso en advertir que la incidencia educativa sobre la personalidad de las personas debe tener una exigencia de respeto y de matices para evitar el paternalismo y el abuso de intentar imponer dimensiones de ética pública a la ética privada de cada individuo: “[L]a intervención educativa para promover las virtudes sociales o para descartar los vicios sociales [nos dice] no puede interferir, sino al contrario, fortalecer la dignidad de cada uno y sus posibilidades de autodeterminación.” Y continúa: “[e]stamos ante un ámbito muy delicado, donde la acción del Derecho y de la educación deben producirse desde una comprensión profunda de su papel en una sociedad democrática para reforzarla y profundizarla, y en ningún caso para debilitar la autonomía ni para desvirtuar el papel del ciudadano.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Roberto GARGARELLA es del mismo parecer. Vid su trabajo: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, *Un breve manual de filosofía política*, op. cit., p. 182.

¹⁰⁸ Vid: “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 84.

¹⁰⁹ *La España civil*, op. cit., p. 176, ambas citas. Vid, además: CAMPOY, Ignacio. “Ética pública y ética privada: La formación del ciudadano y de la propia personalidad a través de la educación”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen III: Teoría de la justicia y derechos fundamentales, pp. 265-296.

Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES ofrece una línea de argumentación para tratar de conciliar una educación laica –propia de una ética pública como la que se expone aquí–, en la que el adoctrinamiento religioso, filosófico o político no tiene cabida, con una educación integral que se ocupe académicamente de tales fenómenos. Su línea argumentativa incluye el derecho de los padres o tutores a que sus hijos, o menores bajo su tutela, reciban una formación en esos temas: “la escuela [dice el autor] (a) debe enseñar la

La distinción entre lo público y lo privado ha sido también criticada desde posiciones feministas. Aunque presentan diversas formulaciones y matizaciones (según el tipo de feminismo del que provengan, la perspectiva empleada, así como el sentido otorgado a los términos público y privado, etc.), lo cierto es que todas esas críticas defienden que “lo personal es político”. Con ello pretenden resaltar, como señala Elena BELTRÁN, que las circunstancias personales de la vida contemporánea de las mujeres se encuentran condicionadas por factores públicos, y que ciertos problemas personales sólo se pueden resolver a través de medios políticos y de la acción política¹¹⁰. “Las críticas feministas a esta dicotomía, en su mayoría, no implican que no tenga que existir una distinción entre lo *público* y lo *privado*, sino que se resalta la vinculación de las dos esferas de la vida social.” Lo que buscan es el desarrollo de una teoría de la práctica social que incluya a hombres y mujeres (por tanto, que tenga en cuenta sus semejanzas y diferencias, así como los condicionamientos que los rodean), que esté basada en la interrelación entre lo público y lo privado (lo personal y lo político), entre la colectividad y el individuo, en lugar de su separación y oposición¹¹¹.

La distinción entre ética pública y ética privada que postula PECES-BARBA no es opuesta a tales planteamientos. Aunque se le puede reprochar, con razón, que omita una mayor reflexión sobre las situaciones de dominio estructural que afecta a las mujeres –y que merece un análisis apropiado que visibilice adecuadamente esas situaciones–, su modelo no niega la interrelación entre lo público y lo privado. No deja de considerar que muchos aspectos de la vida privada de las personas (sus creencias, ideales, formas de

verdad hasta donde el conocimiento científico aceptado la respalde y, en su caso, advertir sobre las dudas en el seno de la propia ciencia; (b) debe distinguir la ciencia y la verdad aceptada de la pseudo-ciencia, las opiniones y las doctrinas filosóficas, religiosas o políticas; (c) puede informar sobre estas opiniones y doctrinas por su significación histórica y social; (d) puede, de acuerdo con los padres o tutores, pero no contra su consentimiento, acoger la formación en doctrinas que no están avaladas por la ciencia aceptada pero tampoco la contradicen; y (e) no debe permitir el proselitismo en la escuela pública de las doctrinas contrarias a la verdad aceptada por la ciencia, pero sí en una escuela privada que advierte de ello y respeta los principios previos expuestos (a-d), pues el concepto de ‘ciencia aceptada’ es cambiante, y lo que hoy es una doctrina extravagante puede llegar a ser un lugar común.” (“Convivencia de lo privado”, op. cit., pp. 1161-1162).

¹¹⁰ “Público y privado –Sobre feminismos y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo *político*”, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, traducción de Manuel Atienza, N° 15-16, 1994, pp. 393.

¹¹¹ BELTRÁN, Elena. Ibid. Vid sobre estos temas: MILLET, Kate. *Política sexual*, (1969), (Feminismos clásicos), traducción de Ana María Bravo García y revisada por Carmen Martínez Gimeno, Cátedra, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995, vid especialmente la segunda parte. También: AA.VV. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, edición a cargo de Celia Amorós y Ana Miguel, Minerva, Madrid, 2005, 3 volúmenes, vid especialmente el 2°.

vivir, etc.) están condicionados por factores públicos (sociales, políticos, culturales, etc.); y mucho menos que algunos problemas personales sólo pueden solucionarse a través de los medios políticos y de la acción política (por ejemplo, la violencia doméstica contra las mujeres). Su adscripción a un personalismo comunitario y la influencia que ejerce en él la tradición republicana lo confirman: ni el individuo debe prescindir de la comunidad, ni la diferencia entre lo público y lo privado puede suponer separación o ignorancia mutua. Lo que pretende es diferenciar entre ambos ámbitos de moralidad para significar que las diversas estructuras sociales deben organizarse a partir de una concepción de la justicia (ética pública) que permita la coexistencia de diversos proyectos vitales (ética privada). También para subrayar que la ética pública debe estar al servicio de la ética privada; es decir, para que los diversos ámbitos de la vida social (en especial de la política y del Derecho) se organicen según una ética pública que permita a cada persona formular y realizar su propia ética privada; para que cada persona pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con la ayuda de todos, el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su dignidad. Sin perjuicio de ello, resulta patente que su modelo debe ser complementado con otras perspectivas teóricas que pongan el acento en las situaciones estructurales que afectan a ciertos grupos humanos, como es el caso de las mujeres.

1. La ética privada como camino hacia la autonomía moral

La ética privada es definida por PECES-BARBA como una “ética personal, el camino que el individuo puede escoger para alcanzar la autonomía o independencia moral, la felicidad, el bien o la virtud.”¹¹² El ámbito de la moral de la libertad que se presenta como una “ética de contenidos y de conductas que [...] orienta nuestros planes de vida”, señalando los criterios que debemos seguir para alcanzar el desarrollo integral¹¹³. Un cauce directo para la humanización, el camino de realización de la condición humana. Sus titulares o destinatarios son las personas, individualmente consideradas, que buscan alcanzar ese fin último, su destino personal de realización integral. Requiere que el individuo determine su plan de vida, su idea de salvación, de

¹¹² *La España civil*, op. cit., p. 40.

¹¹³ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 15.

virtud, del bien, de la felicidad, para poder perfeccionarse como persona en todas las esferas de su vida, para poder alcanzar la humanización, profundizando en todas las dimensiones de su condición¹¹⁴.

Si bien es una moralidad individual, porque corresponde a cada persona y está referida a su vida personal, presenta también una dimensión social porque la persona no está aislada, vive en comunidad con otras que tienen igual dignidad y son titulares de su propia ética privada. Tiene así dos dimensiones: la individual y la social. La primera tiende directamente al objetivo de regular las conductas de las personas hacia la autonomía moral (por ejemplo, el precepto de esforzarse al máximo de sus capacidades y posibilidades para alcanzar la felicidad, para realizarse plenamente como personas), mientras que la segunda lo hace a través de las relaciones sociales que mantiene con los demás (por ejemplo, el principio de que hay que tratar a los seres humanos como fines y no como medios, o de que hay que cumplir con las promesas)¹¹⁵.

En la práctica es difícil que cada ser humano construya en la totalidad de sus dimensiones su ética privada. Lo común es que acepte o asuma –en alguna medida– una doctrina moral propuesta por una iglesia, una confesión religiosa, una escuela filosófica, etc. Por esa razón, en función a su origen, puede ser clasificada como *ética privada religiosa* y *ética privada laica*. La primera tiene una dimensión vinculada a la fe y sus seguidores son creyentes, mientras que la segunda se alimenta principalmente de criterios racionales y sus seguidores se adhieren a ellos, aunque también pueden encontrarse dimensiones emotivas o afectivas en éticas laicas, y ámbitos racionales en la primera¹¹⁶.

Sea cual fuere el origen de la ética privada, en el modelo de PECES-BARBA se requerirá en todos los casos la aceptación de la persona y que aquélla sea universalizable: “la autonomía es un rasgo necesario de la ética privada en tanto en cuanto exige o la creación o la aceptación personal de esos criterios de comportamiento. Además, tiene que ser susceptible de ser ofrecida a los demás como una ley general”¹¹⁷. Son las exigencias propias de los principios de autonomía y universalidad, cuyo equilibrio caracteriza este

¹¹⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*; “Ética pública-ética privada”, op. cit., p. 538; y “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 83.

¹¹⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 15-16.

¹¹⁶ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 83.

¹¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 16.

modelo y que, en una visión humanista como la que se examina aquí, se encuentran siempre orientados hacia el desarrollo integral de la persona. La ética privada no es la excepción: “Sin los requisitos de universalidad y de autonomía no hay moralidad privada”, sentencia nuestro autor; y agrega: “[c]uando una moralidad privada coincide siempre con los intereses de su titular, hay grandes motivos para sospechar que esa persona carece de moralidad.”¹¹⁸ Al considerar ambos principios como los criterios procedimentales para determinar cuándo una oferta, norma o pretensión puede ser considerada válidamente como ética privada; y al definir a esta última como una ética personal que corresponde a cada individuo elegir para alcanzar su autonomía o desarrollo integral; el modelo en estudio termina asociando implícitamente la ética privada con el método de las Éticas deontológicas de influencia kantiana. Esto significa que puede ser asumida o construida racionalmente por cada individuo sin necesidad de alcanzar un consenso con otros interesados para justificar su validez moral. Sólo debe cumplir con las exigencias propias de los principios de autonomía y universalidad para ser moralmente válida en su ámbito. Esto no quiere decir que el diálogo deba encontrarse ausente; por el contrario, el modelo lo alienta pues –aunque no sea un requisito de validez moral en este ámbito– permite perfeccionar el código moral que se ha asumido como ética privada y verificar que las ofertas, normas o pretensiones que la integran sean efectivamente universalizables: “No debemos olvidar tampoco [dice PECES-BARBA] que los objetivos o fines morales de los individuos deben ser generalizables, es decir, con posibilidad de ser presentados como razonables y deseables para todos”, por eso se “exige un diálogo que permita escuchar los argumentos del otro, y las ofertas y soluciones que proponga respecto a esos objetivos y fines, así como presentar las propias.”¹¹⁹

Esta toma de posición diferencia la teoría de PECES-BARBA de la de Jürgen HABERMAS, en lo que a la ética privada respecta. Para HABERMAS, la ética privada (utilizando la terminología de nuestro autor), al estar referida a las cuestiones de la vida buena o feliz y responder al punto de vista de lo que es bueno en interés de uno, es siempre una ética relativa que depende de la concepción que cada uno tenga sobre lo que

¹¹⁸ “Ética, Política y Derecho: El paradigma de la modernidad”, op. cit., p. 31, ambas citas; también en: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 77-78 y 78, respectivamente.

¹¹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría general*, op. cit., pp. 215, la primera cita; y 215-216, la segunda.

es bueno y produce felicidad, así como de las influencias del contexto social. Por eso considera que las ofertas, normas o pretensiones que la integran (a diferencia de las que conforman la ética pública, que se refieren a la justicia de las relaciones humanas) no requieren cumplir con la exigencia del principio de universalidad para ser moralmente válidas en su ámbito; es decir, no requieren aspirar a un reconocimiento universal para ser consideradas como ética privada (a diferencia de las prescripciones de la ética pública, que sí deben de cumplir con dicho principio, por tener que ser justas para todos)¹²⁰. PECES-BARBA disiente de esta posición porque considera que incluso la ética privada no puede carecer de referente ético: debe estar orientada hacia la autonomía moral, el desarrollo integral de la persona. Por eso estima que no toda decisión, aunque se refiera al ámbito estrictamente privado o individual, es moralmente válida. Para serlo debe cumplir con los principios de universalidad y de autonomía, orientados siempre por la eminente dignidad de la persona. De dichos principios extrae una serie de exigencias específicas que deben cumplir toda oferta, norma o pretensión sobre la salvación, la virtud, el bien, la felicidad o, en general, sobre el plan de vida de una persona, para ser considerada válidamente como ética privada¹²¹:

1º. No debe ser una oferta en solitario, que excluya la posibilidad de otras. Debe producirse en un contexto pluralista, en concurrencia con otras ofertas y que acepte el juego limpio, la lealtad al sistema que supone este planteamiento.

2º. Tiene que ser un cauce creado o aceptado por el individuo con autonomía, en ejercicio de su libertad de elección. No se puede imponer. Nuestro autor es contundente al respecto: “ninguna ética privada puede imponerse por la fuerza y como cometido del Derecho de un Estado moderno.”¹²² Naturalmente esa aceptación puede no ser expresa. Basta con que el individuo manifieste los signos que indiquen una aceptación libre de una determinada oferta entre las distintas posibilidades.

¹²⁰ Cfr.: HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana*, op. cit., pp. 13-14; también su obra: “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”, op. cit., pp. 109-126. Asimismo: VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*, op. cit., pp. 52-53.

¹²¹ Sigo aquí las ideas expuestas por PECES-BARBA en: “Ética, Política y Derecho: El paradigma de la modernidad”, op. cit., pp. 30-31; *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 77; y, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría general*, op. cit., pp. 215-216.

¹²² “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 86.

3°. Debe ser un proyecto moral universalizable, que pueda ofrecerse a todos con carácter general y que todos puedan quererlo igualmente. No debe ser irrazonable, marginal, mezquino, egoísta o imposible de ser generalizado. Debe ser un proyecto que sirva como opción para los demás, para que ellos también puedan perfeccionarse o realizarse como personas en todas las esferas de su vida. La pluralidad de ofertas morales, la tolerancia y la discusión racional coadyuvan a ese objetivo.

4°. Debe ser posible que el individuo pueda construirse un plan de vida distinto, siempre que cumpla con los requisitos anteriores. Es consecuencia de la pluralidad y de la libertad de elección del individuo, que hace que pueda modificar su proyecto personal a lo largo de su vida.

Si bien PECES-BARBA nos brinda criterios formales para determinar cuándo estamos ante una auténtica ética privada, no nos ofrece –salvo alguna excepción– criterios materiales que puedan servirnos de referente para integrar su contenido. La excepción se refiere básicamente –lo hemos visto– a las virtudes que el individuo debería asumir para construir una sociedad bien ordenada: el respeto, la tolerancia, la moderación, la concordia o amistad cívica, etc. Tal situación, lejos de ser una omisión involuntaria en su planteamiento, es una decisión premeditada que resulta coherente con el programa de la Ilustración que le inspira: “¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento!”, ése es el lema de la Ilustración¹²³. Con este lema se exhortaba a las personas a servirse de su propio intelecto –sin la guía de otro– para determinar su comportamiento. Una decisión que se explica, además, en su determinación de no ocuparse de los contenidos de una ética privada modélica por considerar que esa labor excede el trabajo que corresponde a un filósofo del Derecho:

“[E]s cierto que no ofrezco criterios de contenido con alguna excepción [afirma] y solo [sic] señalo los objetivos de la ética privada: alcanzar el desarrollo integral de cada persona, que para unos consiste en la salvación, en el bien, en la virtud o en la felicidad. Solo [sic] señalo que el punto de partida radical y común a la ética privada y a la pública es la defensa y la promoción de la dignidad humana. No creo que un filósofo del Derecho, deba construir los contenidos de un modelo de ética privada mas [sic] allá del establecimiento de la distinción. [...] Cualquier propuesta que respete y parta de la dignidad humana y conduzca a la convicción del interesado de que favorece su desarrollo integral sería adecuada, con respeto al pluralismo y siempre que la propuesta no sea extravagante y pueda tener un contenido igualitario que todos puedan asumir.”¹²⁴

¹²³ KANT, Immanuel. “Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?”, op. cit., p. 17.

¹²⁴ *Carta manuscrita*, 16 de Agosto de 2006, op. cit., pp. 3-4.

Esta postura se corresponde con los planteamientos de un importante sector del liberalismo que: “presta demasiada atención a lo *correcto* (es decir, a los principios de la justicia), y demasiado poca al *bien* (es decir, a la calidad y al valor de las vidas que la gente puede vivir)”; llegando a poner inclusive lo correcto delante de lo bueno, “con lo cual quieren decir que el liberalismo mismo no adopta posición alguna respecto de lo que haya que entender por buena vida”, limitándose simplemente a “estipular los principios de una sociedad justa y dejando para otras teorías o disciplinas la tarea de imaginar en qué consistiría vivir bien en una sociedad de este tipo.”¹²⁵ “Así, pues, a los filósofos liberales les parece tan natural como útil insistir en que el liberalismo no establece lo que es una buena vida, sino que se limita a describir estructuras políticas y económicas equitativas dentro de las cuales los ciudadanos individuales tomarán sus propias decisiones acerca de qué tipo de vida es bueno para ellos.”¹²⁶

A pesar de la coherencia de esta postura con los elementos ideológicos y metodológicos que caracterizan el pensamiento de nuestro autor, no deja de extrañarse en su modelo una reflexión sobre los criterios materiales que deberían considerarse en la elaboración de una ética privada para que el individuo esté encaminado a alcanzar su autonomía moral. Tal reflexión no tendría por qué caer en el determinismo o perfeccionismo moral, ni ser considerada como un programa que induzca a las personas a lo que deben hacer para alcanzar su desarrollo (pues cada una es responsable de construir, o asumir, su propio destino)¹²⁷. Simplemente, sería una propuesta, un referente, que contribuiría a completar el planteamiento moral de nuestro autor, así como su concepción sobre el ser humano. Si no todo precepto que se dice moral vale, o tiene el mismo valor que los demás (máxima que suscribe), si no es posible ser neutral en materia

¹²⁵ DWORIN, Ronald. *Ética privada e igualitarismo político*, (1990), (Pensamiento contemporáneo), traducción de Antoni Doménech, Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, p. 40, todas esas citas.

¹²⁶ DWORIN, Ronald. *Ibid.*, p. 41.

¹²⁷ El perfeccionismo considera que el Estado debe formular juicios sobre la corrección o valor moral de las concepciones del bien y las formas de vida personal de sus ciudadanos. Postula además que el Estado use su poder para hacer que sus ciudadanos adopten esas formas de vida o persigan esas concepciones del bien. No se trata de un programa o una pauta moral que se ofrezca a los individuos para que éstos puedan escogerla o rechazarla libremente, sino de la imposición de ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido (Vid al respecto: NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, op. cit., p. 413 y siguientes; y COLOMER, José Luis. “Autonomía y gobierno: sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 24, 2001, pp. 251-296).

moral (postura a la que se adscribe), y si su construcción teórica tiene por fin último contribuir a que el ser humano alcance su autonomía moral; sería muy provechoso saber de su parte cuáles son aquellos contenidos materiales que una ética privada debe considerar, para que el ser humano esté realmente orientado a alcanzar su desarrollo integral; y, en contraposición, cuáles son aquéllos contenidos cuyo rechazo debería considerar porque le restan humanidad o le impiden desarrollarse plenamente como persona. Es también la crítica que hace Ronald DWORKIN a esta postura del liberalismo al señalar que: “los liberales deberían rechazar este punto de vista restringido sobre su propia teoría”; deberían dotarse “de una concepción definida acerca de la naturaleza y el carácter de la buena vida, de modo que la moralidad política liberal parezca continua más que discontinua, con concepciones filosóficas atractivas acerca de la buena vida.”¹²⁸

Tal reflexión sólo podría ser considerada como una propuesta porque, cuando se trata de la ética privada, sólo puede aspirarse –en estricto– a brindar consejos o *recomendaciones* a los demás y –de ser el caso– manifestar nuestra discrepancia desde una crítica moral, para que cada quien defina y realice su propio proyecto vital. No ocurre lo mismo cuando se trata de la ética pública, es decir, de la justicia de las relaciones humanas –en especial de la política y del Derecho–, pues lo que corresponde en ella es *exigir* a las personas que adecuen sus comportamientos a los preceptos que han sido establecidos racionalmente como parte de su contenido. Lo explica Adela CORTINA:

“En el terreno de la felicidad tiene sentido dar consejos, asesorar, sugerir a otra persona cómo podría alcanzarla, bien desde la propia experiencia, bien desde la confianza que otros nos merecen y que indican que ese es un buen camino. [...]. Aquí no tiene sentido exigir lo que se debe hacer: aquí no tiene sentido culpar a alguien de que no experimente la felicidad como yo la experimento.

En el terreno de la justicia, en cambio, es en el que tiene pleno sentido exigir a alguien que se atenga a los mínimos que ella pide, y considerarle inmoral si no los alcanza. Por eso éste no es el ámbito de los consejos [se refiere a la justicia], sino de las normas; no es el campo de la prudencia, sino de una razón práctica que exige intersubjetivamente atenerse a esas normas.”¹²⁹

En cualquier caso, queda claro que en el modelo en estudio no toda elección del individuo –aún cuando sea hecha de manera libre– conduce a la autonomía o libertad moral. Por eso no todo proyecto o pretensión que se diga moral puede integrar lo que

¹²⁸ *Ética privada e igualitarismo político*, op. cit., p. 43, ambas citas.

¹²⁹ *La ética de la sociedad civil*, op. cit., p. 57.

aquí se entiende por ética privada. Por ejemplo, la libertad de elección sin horizonte moral, sin objetivos éticos por realizar, conduce al nihilismo o al subjetivismo moral radical. No estamos allí ante una auténtica ética privada porque se prescinde de alcanzar la libertad moral o de cualquier comunicación con los demás para construir un proyecto de vida colectivo. La libertad de elección debe estar siempre dirigida hacia la libertad moral, de la misma manera que la autonomía moral debe respetar la libertad de elección para no caer en el dogmatismo, totalitarismo o perfeccionismo moral¹³⁰. Dicho de otra manera: la ética privada debe expresar el dinamismo de la libertad que parte de la libertad de elección y se dirige hacia la libertad moral, para lo cual debe cumplir con los principios de autonomía y universalidad, orientados por la dignidad de la persona, a fin de constituirse en una auténtica moralidad.

2. La ética pública como justicia del orden social

La ética pública es definida por PECES-BARBA como “sinónimo de la idea de justicia”, el ámbito de la moral de la libertad que “conforma el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social”, el “contenido de moralidad que una sociedad democrática debe realizar”¹³¹. Tal como es caracterizada por nuestro autor, la ética pública no prescribe –a diferencia de la ética privada– criterios o conductas para alcanzar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad, ni fija cual debe ser el plan de vida de las personas. Tan sólo establece normas, criterios y orientaciones para organizar de manera justa la vida en sociedad, para que todos los seres humanos, en la más amplia medida posible, estén en condiciones de desarrollarse a plenitud, y muy especialmente de escoger libremente su ética privada. No define un modo de vida particular, sino que se muestra compatible con los diferentes modos de vida que reconozcan el derecho de los demás a coexistir de manera civilizada, justa y pacífica. Exige no sucumbir ante el irracionalismo y potenciar esfuerzos para construir o fortalecer una organización social, política y jurídica que realice al máximo la condición humana, en cada momento histórico. Su

¹³⁰ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 240-242.

¹³¹ *España civil*, op. cit., p. 40, todas las citas.

vocación es ser asumida por el poder político e incorporarse al Derecho, para orientar sus fines y contenidos, a fin de que el primero sea legítimo y el segundo sea justo. Sus titulares o destinatarios, a la vez que impulsores de su evolución, son los poderes políticos, las autoridades, los operadores jurídicos –legisladores, jueces, funcionarios, etc.–, así como cada persona en general¹³².

Este planteamiento recibe cierta influencia del pensamiento de John RAWLS. En “Ética pública–ética privada” (1997) el propio PECES-BARBA lo reconoce¹³³. Allí afirma que su idea de 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 satisfagan esos principios sustantivos”¹³⁴. La diferencia está en que por lo menos en PECES-BARBA queda claro que es difícil separar la dimensión estática –los principios de justicia– y la dimensión dinámica –los criterios de razón pública que aplican e interpretan esos principios de justicia. Además, su reflexión parte de un análisis racional en el marco de la evolución histórica, y no es –como en RAWLS– un análisis abstracto. Una reflexión que tiene en cuenta la relación entre la moral, el poder y el Derecho, pues si bien los distingue los relaciona en la realidad a efectos de la creación e interpretación de las normas jurídicas¹³⁵: “Separar los valores de la justicia política y los valores de la razón pública es posible a efectos doctrinales”, sostiene PECES-BARBA, “pero sabiendo que en la realidad, creación e interpretación, legislador, constituyente y ordinario, y juez, compositor e intérprete, son difícilmente distinguibles.”¹³⁶ En todo caso, nuestro autor coincide con RAWLS en que “ninguna concepción del bien puede ser el núcleo de la justicia básica ni de la razón pública”; por eso afirma con él que no se puede apelar a

¹³² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 14-15 y 81; “Ética pública y ética privada”, op. cit., pp. 83-84; y “Ética pública–ética privada”, op. cit., p. 537-538.

¹³³ PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública–ética privada”, op. cit., p. 537.

¹³⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*, op. cit., p. 259, traducción personal.

¹³⁵ El propio PECES-BARBA explicita estas diferencias en su trabajo: “Ética pública–ética privada”, op. cit., p. 537.

¹³⁶ Ibid., las dos últimas citas.

RAWLS parece aceptarlo 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” (*Political Liberalism*, op. cit., p. 260, traducción personal).

doctrinas religiosas y filosóficas comprensivas, a lo que como individuos o integrantes de colectivos creemos que es la verdad global¹³⁷.

La moral en estudio defiende “un modelo de ética pública, la de la modernidad”¹³⁸. Un paradigma teórico que, según nuestro autor, expresa mejor la proyección futura de las sociedades libres y bien cohesionadas, concretándose a nivel político y jurídico en el “Estado social y democrático de Derecho”¹³⁹. Un paradigma que se deriva racionalmente “de la idea de dignidad humana, del humanismo, de la Ilustración y del constitucionalismo social”¹⁴⁰.

En coherencia con ello, la ética pública que integra la moral de la libertad tiene como fundamento la dignidad del ser humano y como objetivo último la humanización de todas las personas, es decir, su autonomía moral, el desarrollo integral de todas las dimensiones que constituyen su humanidad. Por eso es calificada como “un medio para un fin, que es el desarrollo integral de cada persona.”¹⁴¹ Para alcanzar ese objetivo la ética pública realiza un esfuerzo de racionalización de la vida en sociedad configurando un orden que coadyuve a que el ser humano pueda transitar por el dinamismo de la libertad; para que la libertad de elección tenga una organización social, política y jurídica inspirada y fundada en la dignidad del ser humano, así como en los valores que se derivan racionalmente de ella¹⁴². Al ser el modelo de ética pública del proyecto moderno, estos valores no son otros que los que conforman el núcleo de moralidad de la Modernidad: “la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica.”¹⁴³ A partir de ellos se establecen los criterios de organización y limitación del poder, las condiciones para que su origen y ejercicio sean legítimos, así como los contenidos y fines que el Derecho debe incorporar y perseguir para que sea justo. Se señala “qué deben hacer los poderes, las autoridades y los funcionarios, quiénes pueden y son competentes para hacerlo y con qué procedimientos,

¹³⁷ PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, op. cit., p. 537. La referencia a John RAWLS corresponde a su *Political Liberalism*, op. cit., p. 260.

¹³⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 12.

¹³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 17.

¹⁴⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., p. 268.

¹⁴¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 15.

¹⁴² Vid.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

¹⁴³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 64.

precisamente para que los ciudadanos sean libres en la orientación de su moralidad privada.”¹⁴⁴ Todo ello con la finalidad de construir o afianzar una sociedad libre, abierta, plural y democrática donde la persona pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con la ayuda de todos, su autonomía moral, es decir, el desarrollo pleno de su dignidad.

En el modelo de PECES-BARBA la ética pública es un proceso dinámico, en constante renovación, donde no existe una única respuesta correcta. Presenta dos niveles. Un nivel unitario en el que todos o la gran mayoría coinciden y aceptan para la convivencia. Es el más estable y consolidado de los dos, donde se integran las reglas de juego generalmente aceptadas (por ejemplo la Constitución y el bloque de constitucionalidad)¹⁴⁵. Equivale a los principios de justicia de RAWLS para la construcción o fortalecimiento de una sociedad bien ordenada. Todas las opciones políticas deben aceptar los valores de este primer nivel, ser tolerantes y compatibles entre sí, sin rechazar a ninguna, entre todas las que a su vez las acepten. No hacerlo, significaría quebrar uno de los presupuestos imprescindibles para que el modelo funcione: el mantenimiento de las reglas del juego limpio y la lealtad al sistema. Sin ese presupuesto no sería posible una sociedad verdaderamente democrática. PECES-BARBA lo expresa así:

“La voluntad que está en el origen del pluralismo de posiciones, acepta la racionalidad de las reglas de juego, que la limitan, y que también en su origen es producto de una concurrencia de voluntades. Este sistema supone una compleja institucionalización de los límites del poder. Las dimensiones de la ética pública del primer nivel, las reglas del juego, integran y comunican al poder y al Derecho, y de esa manera limitan al primero. En ambos casos la integración y la comunicación se hacen desde criterios de ética pública previos a los mismos, aunque asumidos en ambos de acuerdo con las reglas de cada ámbito”¹⁴⁶.

El segundo nivel es más dinámico, más plural o diversificado, donde se sitúan las distintas posiciones que caben dentro de las reglas de juego; representa las diversas posiciones ideológicas y éticas frente a los problemas, las distintas concepciones que suponen un punto de vista sobre el interés general y el bien común (verbigracia, las posiciones liberales, socialistas o republicanas)¹⁴⁷. Este segundo nivel permite distinguir a diversas posiciones políticas y a sus programas, desde los valores de libertad, igualdad,

¹⁴⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 76-77.

¹⁴⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, *op. cit.*, p. 542.

¹⁴⁶ “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁴⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, *op. cit.*, p. 542.

seguridad y solidaridad, para que los ciudadanos puedan elegir periódicamente entre ellas, a través del sufragio. Es posible que algunas de ellas pretendan que alguno de sus postulados se incorpore al primer nivel, a las reglas de juego del sistema (por ejemplo: Constitución y bloque de constitucionalidad). En tal caso, nuestro autor considera que lo razonable, y que debería formar parte de las reglas de juego, es que una pretensión de ampliación o modificación de éstas cuente con un consenso o aceptación generalizada, o por lo menos con una mayoría muy cualificada. De esa manera las reglas del primer nivel “estarían preservadas de los cambios coyunturales de mayorías”¹⁴⁸.

PECES-BARBA desarrolla con detalle el contenido de la ética pública del primer nivel, por considerarlo esencial para una sociedad bien ordenada; mas no se ocupa con igual profusión del segundo nivel porque su determinación dependerá –por definición– de las particulares posiciones ideológicas que se desarrollen en el seno de cada sociedad. Como quiera que su propuesta responde a un modelo que relaciona la moral, la política y el Derecho, el contenido de la ética pública puede ser apreciado también en función a su incidencia sobre el poder político y su Derecho, en una clara muestra de esa relación.

En cuanto al *poder político* se refiere, ese contenido comprende cuatro dimensiones, a saber: (i) La dimensión de limitación del poder, que incluye el sometimiento del poder al Derecho, en su expresión de Estado de Derecho y derechos fundamentales; (ii) La dimensión de organización del poder, con separación funcional y territorial del mismo, recepción del sistema parlamentario representativo, independencia del Poder Judicial, así como neutralidad de la Administración y garantía de la Constitución a través de un órgano jurisdiccional; (iii) La dimensión de promoción a través del poder, especialmente a través de los derechos económicos, sociales y culturales, con satisfacción de las necesidades básicas (entre ellas: educación, seguridad social, protección de la salud, etc.); y, (iv) La dimensión de funcionamiento del poder, mediante los principios de las mayorías y de la negociación que actúan en todos los ámbitos de la acción política y jurídica, aunque con mayor relevancia en la práctica parlamentaria¹⁴⁹.

¹⁴⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

¹⁴⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 542-543.

En lo que al *ordenamiento jurídico* respecta, el contenido de la ética pública se organiza “por medio de valores, principios y derechos fundamentales”, estableciendo criterios para la acción de los operadores jurídicos y sirviendo de guía para la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, al establecer los fines y objetivos principales del Derecho. Otorga a éste una alta dosis de moralidad, al estar integrado por los cuatro valores de la Modernidad, así como por los derechos fundamentales y los principios de organización y otros principios que se derivan de aquéllos. Por su importancia para concretar la libertad igualitaria, con solidaridad y en un contexto de seguridad jurídica, destacan los derechos económicos, sociales y culturales. Éstos generalmente se sitúan en los niveles superiores de la jerarquía normativa, constituyéndose en tal caso en normas materiales de validez jurídica¹⁵⁰.

Este modelo de ética pública es calificado por el autor como una “ética procedimental”, con el propósito de significar que no invade los ámbitos de la ética privada, sino que se encuentra encauzada a facilitar su libre elección y realización; es decir, a resaltar su carácter de marco normativo de la justicia del orden social, compatible con contenidos éticos personales diversos¹⁵¹. Un calificativo inapropiado porque puede inducir al error de considerar que carece de contenido material¹⁵². El término “instrumental” expresa mejor lo que se ha querido significar. El propio autor se anticipa al equívoco: “Hablar de ética procedimental, no quiere decir que no existan unos valores materiales, y unos fundamentos, con contenido y orientaciones. Ética procedimental no es sinónimo de una cáscara vacía.”¹⁵³ Y explica: “Lo que queremos decir es que esos contenidos no marcan conductas y comportamientos orientados o dirigidos desde ellos, respecto a la elección de planes de vida de los ciudadanos”, aunque sin duda pueden establecer obligaciones generales para edificar un orden justo de convivencia¹⁵⁴. “La idea de dignidad humana, y los cuatro valores, especialmente el central de la libertad matizada y potenciada por la seguridad, la igualdad y la solidaridad”, supone un contenido

¹⁵⁰ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 544.

¹⁵¹ Vid su obra: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 15.

¹⁵² Posibilidad de error que se incrementa cuando el autor afirma que: “[I]o que diferencia a la ética pública, que es la que aquí nos interesa, de la ética privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 75).

¹⁵³ *Ibid.*, p. 76.

¹⁵⁴ *Ibid.*

material, “un modelo que limita y excluye a otros.”¹⁵⁵ A partir de esos valores pueden derivarse racionalmente unos principios y unos derechos “que permiten el desarrollo de los contenidos de la dignidad humana como ética material”, que junto con los valores de los cuales parten, integran el contenido material de la ética pública que se postula¹⁵⁶.

Esto no significa que otros modelos de ética pública no sean posibles. La Teoría de la Justicia de John RAWLS es un ejemplo de ello. Nuestro autor también lo advierte: “Existen otras éticas públicas, pero la señalada es la propia del entorno cultural en que vivimos y tiene como finalidad principal organizar la sociedad para que cada ciudadano pueda desarrollar su dignidad y, en concreto, su ética privada.”¹⁵⁷ El examen de la realidad confirma que cada sociedad, cada poder político, asume o construye su propia ética pública, incorporándola en diferentes dosis a su Derecho. Incluso es perfectamente posible que esa moralidad sea diametralmente opuesta al modelo de ética pública que se examina aquí (por ejemplo, que no busque facilitar el desarrollo integral de la persona, o que invada los ámbitos de la ética privada). En este último caso no sólo estaremos ante una moralidad diferente a la ética pública de la Modernidad, sino probablemente también ante graves patologías que hacen imposible una sociedad bien ordenada. En su *España civil* (2005), nuestro autor lo advierte expresamente¹⁵⁸.

Si aplicáramos el modelo prescriptivo de PECES-BARBA para evaluar el nivel de legitimidad del poder y de justicia del Derecho de una sociedad, en función del tipo de moralidad que expresan, caben dos posibilidades: (i) que el poder político incorpore a su Derecho la ética pública que nuestro autor califica como paradigma de la Modernidad; en cuyo caso –según sus parámetros–, ese poder será un poder legítimo que, dependiendo de los valores de la ética pública de la Modernidad que incorpore, será uno u otro tipo de Estado de Derecho y su ordenamiento jurídico tendrá un mayor o menor contenido de justicia; y (ii) que el poder político incorpore a su Derecho una ética con contenidos y fines diferentes a lo que el autor denomina ética pública; en cuyo caso, dependiendo de los alcances y contenidos de esa moralidad, el poder político podría resultar ilegítimo y su Derecho injusto. Si un poder político incorporase una moralidad incompatible con el

¹⁵⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, las dos últimas citas.

¹⁵⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., p. 268. Vid también: *Ibid.*, p. 40.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 268.

¹⁵⁸ Vid: *Ibid.*, pp. 267-268, y 41-43.

contenido de la ética pública que propone, su modelo teórico servirá para valorar y criticar a ese poder y a ese Derecho, pudiendo ser usado como referente racional para la construcción del sistema jurídico-político que postula. Lo dice en “Ética, Política y Derecho, El paradigma de la modernidad” (1993)¹⁵⁹.

Esta ética pública se construye a partir de los principios de autonomía y universalidad, orientados por la dignidad del ser humano¹⁶⁰. Al ser una ética de la Modernidad –más precisamente un ámbito de la moral de la libertad–, sus normas, para ser moralmente válidas, deben respetar el equilibrio entre ambos principios que caracteriza a la moral de la libertad. PECES-BARBA lo reitera: “las éticas de la modernidad [...] integran los dos polos de la universalización y de la autonomía [...] en una dialéctica que comprende a ambas”¹⁶¹. Sin perjuicio de ello, al precisar que su modelo armoniza mejor con las éticas basadas en el consenso, sea de tipo contractual o comunicativo, de raíz kantiana; el uso de ambos principios debe efectuarse conforme al procedimiento de cualquiera de estos dos tipos de Éticas constructivistas¹⁶². Esto significa que la construcción de su modelo de ética pública, o la determinación de lo que es moralmente correcto en su ámbito, debe ser realizada desde el paradigma de un pensador abierto al diálogo, a través de los medios que proporciona la racionalidad práctica y la comunicación racional, a fin de alcanzar un consenso al respecto (sea contractual o comunicativo). No obstante, como quiera que su pensamiento presenta una marcada influencia republicana, que lo llevan a exaltar el diálogo y la participación como expresiones de una acción comunicativa de debate, de reflexión en común, de propuesta y de acuerdos, conducentes a la ordenación justa de la sociedad, así como a la solución de los conflictos de intereses que se pueden presentar; el procedimiento de las Éticas comunicativas de raíz kantiana se presenta como el marco intelectual más acorde con su modelo de ética pública para desarrollar con él toda su virtualidad.

En cualquier caso, siendo el consenso un elemento determinante e imprescindible para la construcción de la ética pública que se propone; este modelo no puede conducirnos a un objetivismo moral. Su contenido requiere ser construido por consenso,

¹⁵⁹ Op. cit., p. 15.

¹⁶⁰ Vid.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 59-63 y 75-79.

¹⁶¹ Ibid., pp. 62-63.

¹⁶² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 60.

jamás de manera aislada o prescindiendo de los demás. Un contenido que si bien responde a un escenario situado histórica y racionalmente, debe ser determinado y realizado en un espacio público que garantice el diálogo, el respeto por las reglas de juego, el disenso justificado y, en general, una participación del individuo más activa, colectiva y deliberativa en su determinación y realización. Un ambiente que facilite la existencia de diversas ofertas, donde todos puedan, sin excepción alguna y en igualdad de condiciones, intervenir en los debates y deliberaciones que se producen o se puedan producir.

Por aplicación del principio de autonomía, la ética pública no puede ser compatible con una oferta moral autoritaria, excluyente, que pretenda el monopolio de la verdad. No puede ser impuesta, desde el punto de vista moral¹⁶³. Cuando es asumida por el poder político e incorporada al Derecho, la obligatoriedad de sus preceptos se revestirá con la fuerza jurídica, por lo que desde allí contará con la coacción del poder político que la sostiene: no por ser una dimensión moral, sino por ser una dimensión moral que ha sido positivizada, es decir, que ha adquirido juridicidad.

En virtud del principio de universalidad, la ética pública no es compatible con propuestas que no puedan ser consideradas por todos o que no pretendan esa posibilidad¹⁶⁴. “[L]a universalidad de la ética pública, [s]upone desde el punto de vista racional y lógico, el carácter general y abstracto de los valores, que desarrollan la idea de dignidad humana”; y, “[d]esde el punto de vista temporal, su validez para todos los tiempos y desde el espacial su extensión a todos los Estados que forman la Comunidad internacional.”¹⁶⁵ PECES-BARBA matiza esta postura universalista cuando de los derechos fundamentales se trata, a pesar de considerarlos parte integrante de la ética pública por derivarse racionalmente de los valores que la configuran: “Es preferible [nos dice] hablar de universalidad de la moralidad básica, que son los valores que fundamentan los derechos, que de universalidad de éstos, aunque es una terminología y un planteamiento, éste último muy arraigado en la cultura jurídica actual.”¹⁶⁶ En su opinión, esto se debe a la historicidad que acompaña al concepto de derechos fundamentales, a que no pueden

¹⁶³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 60-62 y 75.

¹⁶⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 60-62 y 75.

¹⁶⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 78.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 78-79.

considerarse como tales si es que no están previamente positivizados y a que su implantación está condicionada por una serie de factores sociales, culturales y económicos (como la pobreza y la escasez)¹⁶⁷. Según él, “[l]a universalidad de los derechos, sólo lo sería con estas correcciones, mientras que se puede hablar de la universalidad, de la idea de dignidad humana, y de la moralidad básica de la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad.”¹⁶⁸ Se trata de un matiz equivocado porque confunde el ámbito de la dimensión moral con el de la dimensión fáctica. En la dimensión moral, universalidad significa que una norma (en este caso un derecho) aspira a tener un reconocimiento universal porque responde a intereses que todos queremos igualmente. En la dimensión fáctica, la universalidad exige que una norma se aplique para todos los seres humanos o en cualquier ámbito espacial o temporal. Sin embargo, como resulta más o menos evidente, bien puede ocurrir que una norma sea universal desde un punto de vista moral (porque existen razones morales fuertes que así lo justifican) y que no lo sea desde el punto de vista fáctico (porque los condicionamientos sociales, políticos, económicos, etc. impiden su total extensión en la realidad)¹⁶⁹. Aplicando esta distinción a los derechos fundamentales y teniendo en cuenta la propia concepción de ética pública que el autor preconiza, resultaría que los derechos o pretensiones morales que busquen integrar la ética pública deben tener necesariamente una justificación moral; y, para tener una justificación moral los derechos deben cumplir, entre otros requisitos, con el principio de universalidad. Si no tuvieran ese carácter no

¹⁶⁷ “[L]a universalidad de los derechos no sólo ha sido impugnada desde el exterior, en el mundo moderno, por los relativismos, historicismos, antihumanismos o nacionalismos, sino que ha sufrido, desde el punto de vista interno, es decir desde los que aceptan los postulados democráticos, una triple corrección positivista, histórica y realista. Por la primera se sostiene, creo que con razón, que los derechos no lo son plenamente si no están incorporados al Derecho positivo; por la corrección histórica se pone de relieve que los derechos fundamentales son un concepto histórico propio del mundo moderno y por la realista que su implantación está condicionada por factores sociales culturales y económicos como el analfabetismo, la escasez, etc.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 79).

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Es también la postura de Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI cuando aborda el tema de la universalidad de los derechos humanos. Para este autor: “el contexto en el que [...] se plantea la pregunta por la universalidad de los derechos humanos [...] es un contexto pre-jurídico”, por lo que no se mueve en el campo del poder ni del Derecho, “sino en el terreno de la filosofía moral.” (*Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, op. cit., p. 237, ambas citas). Por eso precisa: “Estamos hablando de los derechos humanos como teoría de la justicia, como propuesta ideal de organización social y política. [...] En consecuencia, preguntarse por la universalidad de los derechos humanos es plantearse en primer lugar, la posibilidad de elaborar un paradigma moral universal, en segundo lugar, si ese paradigma puede descansar en la noción de derechos humanos y por último, si es deseable elaborar un paradigma moral universal.” (*Ibid.*, pp. 237-238).

serían normas válidas moralmente y, por ende, no podrían ser auténticos derechos desde un punto de vista moral. Cosa distinta es que en la dimensión fáctica los diversos condicionamientos impidan que puedan ser igualmente disfrutados por todos, o que rijan en cualquier ámbito espacial o temporal. En tal caso podrían plantearse dos alternativas: que los condicionamientos que impiden su extensión no sean más que circunstancias artificiales generadas por contextos sociales injustos, en cuyo caso no sólo se mantiene inalterable la universalidad moral de los derechos, sino que se hace necesario la intervención del poder y de su Derecho para remover los obstáculos y promover la extensión real de los mismos; ó, que sean circunstancias naturales que ameritan ser consideradas en la reflexión moral al momento de verificar la universalidad de los derechos y determinar su virtualidad. De verificarse que son universalizables moralmente, los derechos, en tanto integrantes de la ética pública, presionarán sobre el poder y el Derecho para que esa universalidad tenga una expresión fáctica en la realidad. Una afirmación compatible con la postura asumida por PECES-BARBA cuando dice: “Esa base firme normativa llevaría a defender la tendencia de los derechos, como concreción y desarrollo de la moralidad básica de la ética pública de la modernidad, a la universalidad.”¹⁷⁰

Que la ética pública deba cumplir con el principio de universalidad no significa denostar las diferencias culturales ni el pluralismo moral. Tampoco propiciar una visión monolítica del mundo que rechace los particularismos o las diferencias. El carácter instrumental de la ética pública, que la muestra como una moralidad al servicio de la ética privada para que cada persona pueda definir y realizar su propio plan de vida, lo descarta. Sin embargo, una cosa es respetar esa pluralidad cultural y axiológica, “y otra distinta es tomar como dogma ético que la diversidad de costumbres y el pluralismo moral son más valiosos que la búsqueda de unos valores universales o que la defensa de una visión del mundo que satisface las concepciones personales de muchos y proporciona cohesión social.”¹⁷¹ Si bien la ética pública que este modelo defiende no define un modo de vida particular, sino que se muestra compatible con varios modos de vivir, también es verdad que no resulta compatible con todos. No lo es, en general, con aquellas propuestas que no son universalizables, sea porque no pueden ser consideradas por todos o porque

¹⁷⁰ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 78-79.

¹⁷¹ RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín. “Convivencia de lo privado”, op. cit., p. 1163.

no pretendan esa posibilidad. Por eso confronta y rechaza aquellos modos de vida o realidades históricas que impliquen opresión, guerras, indigencia, racismo, xenofobia y otras formas de violación de los derechos básicos de las personas. Como anota Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES: si bien “la ética pública está formada por un mínimo común susceptible de encuentro y consenso entre doctrinas rivales”, al mismo tiempo “no puede quedar ‘bajo mínimos’ hasta el punto de ser irrelevante.” El esfuerzo “de hacer posible la convivencia de concepciones privadas opuestas no puede significar la igualación relativista e indiferente de todas ellas.”¹⁷²

Sobre la base de los principios e ideas antes expuestas, la ética pública del modelo de PECES-BARBA debe cumplir con unos requisitos o condiciones específicas para ser considerada una auténtica moralidad. Ellas son las siguientes¹⁷³:

1º. Siendo una ética pública de la Modernidad, propia de las sociedades libres, abiertas, plurales y democráticas, no puede ser una ética autoritaria, ni producto del poder; mucho menos una moral excluyente¹⁷⁴. Tampoco puede pretender el monopolio de la verdad, ni aportar dimensiones de exactitud como única respuesta correcta. Es una ética pública que facilita el pluralismo y que admite la coexistencia de diversas visiones del mundo o doctrinas filosóficas, políticas y religiosas razonables que, además de reconocerse mutuamente el derecho a coexistir, se muestran cooperantes para contribuir en la sociedad. Sostiene así nuestro autor:

“El pluralismo es el único escenario posible de este modelo, lo que no significa que estas sociedades no incluyan concepciones filosóficas contrapuestas. Sólo es exigible que esas filosofías contrapuestas sean superponibles y no incompatibles. Deben ser, como dice Rawls ‘filosofías comprensivas razonables’, es decir, que expresan una concepción del mundo que se distingue de otras por los valores que prima, que suponen una cierta estabilidad, que no desean usar el poder político para impedir la expresión del resto de las

¹⁷² Ibid., p. 1162.

¹⁷³ Sigo aquí las ideas que expone PECES-BARBA en: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 60-63 y 75-78; “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 323; y “Ética pública y ética privada”, op. cit., pp. 84-85.

¹⁷⁴ Lo mismo sostiene Ángel LLAMAS al referirse a la ética pública que el modelo de PECES-BARBA propugna: “La ética pública sería así en la modernidad, no sólo el poso que le permite instrumentarse desde una ética procedimental compatible con el ejercicio de éticas privadas, sino un baluarte desde el que se impiden éticas excluyentes como seña de identidad en la moralidad legalizada.” (“Algunas consideraciones en torno a los derechos fundamentales, el poder y la ética pública en el pensamiento de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 713-714).

doctrinas, y finalmente, que aunque crean en su verdad, no desean imponerla, ni piensan que supone además la única moralidad política.”¹⁷⁵

2º. Tal ética pública es incompatible con una oferta moral que niegue los derechos fundamentales.

3º. Requiere de un espacio público que facilite la existencia de diversas ofertas, y que las personas puedan aceptarlas libremente o crear con libertad su ética privada, su propio plan de vida. Un espacio público donde todos puedan, sin excepción alguna y en igualdad de condiciones, intervenir en los debates y deliberaciones que se producen, o se puedan producir, en relación con la creación, modificación o extinción de los contenidos de la ética pública. Sin un espacio público con esas características no puede haber auténtica ética pública.

Que se defienda la distinción entre la ética privada y la ética pública no puede significar que los proyectos o programas propios de una ética privada deban quedarse encerrados en su propio mundo, sin salir al espacio público para plantear sus puntos de vista o intentar lograr la aceptación de los demás. La ética privada puede legítimamente defenderse en un espacio público, incluso tener una pretensión de verdad en lo que respecta al ámbito social, siempre que su pretensión de verdad no se torne en una imposición. Corresponde a los individuos decidir si aceptan o no esa ética privada; y a la ética pública garantizar esa libertad de elección, así como la libertad de proclamar que una ética privada no sólo se aplica a sus adeptos sino a todas las personas que la deseen abrazar, más aún si en el modelo en estudio la ética privada debe cumplir con el principio de universalidad. Por eso resulta exagerado, una vez más, el reproche que hace PECES-BARBA a los grupos religiosos que buscan “extender sus preceptos al conjunto de los ciudadanos que no son todos creyentes de esa ética privada”, o cuando afirma que “[l]a sociedad tiene que mantener la religión en el ámbito de lo privado”¹⁷⁶. Como ya se dijo anteriormente, para que tales afirmaciones resulten armoniosas con el modelo que el autor propugna, sólo pueden entenderse referidas a aquellas manifestaciones religiosas que no respetan la libertad de elección y/o la autonomía moral de las personas. Así parece entenderlo también nuestro autor cuando dice: “una de las dimensiones de la ética

¹⁷⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre la democracia en la sociedad”, op. cit., p. 46.

¹⁷⁶ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 16, la primera cita; y, *La España civil*, op. cit., p. 41, la segunda cita.

pública será el derecho de las iglesias a predicar libremente sus propios mensajes sin ningún tipo de interferencias y también el reconocimiento del valor que tiene la religión para la vida de las personas, pero en ningún caso la sustitución de la ética pública por una privada.”¹⁷⁷

4º. Por otro lado, la ética pública en estudio exige mantener, utilizando la terminología de John RAWLS, la noción de juego limpio, la lealtad al sistema; es decir, la obligación de seguir las normas que uno ha aceptado y de actuar de acuerdo con ellas cuando llega la hora de hacerlo, a menos que surjan nuevas consideraciones que justifiquen razonablemente el no hacerlo¹⁷⁸. Según RAWLS, “si los que participan en una práctica aceptan sus reglas como equitativas, y en consecuencia no tienen queja alguna que presentar contra ella, surge un deber *prima facie* (y un correspondiente derecho *prima facie*) de las partes unas con otras, de actuar de acuerdo con la práctica cuando les toca el turno de cumplir con ella.” Si cuando un número de personas se embarca en una práctica o en una empresa conjunta, conforme a unas reglas que la rigen, y ocurre que algunos participantes se han sometido a éstas cuando se les ha exigido; entonces, dichos participantes tienen derecho a una conformidad similar de parte de aquellos otros que se han beneficiado de su sumisión. Tal condición se dará si con razón se reconoce que una práctica es equitativa, pues en ese caso todos los participantes se beneficiarán de ella. Los derechos y deberes que así surgen responden a las acciones previas emprendidas voluntariamente por los participantes; concretamente, a su decisión de embarcarse en una práctica común y a sabiendas aceptar sus beneficios. “No es, sin embargo, una obligación que presuponga un acto realizativo deliberado en el sentido de una promesa, o un contrato, o algo por el estilo. [...]. Basta que haya uno participado conscientemente en una práctica y aceptado que sus beneficios son equitativos.” “A este deber lo he denominado deber de juego limpio”, dice RAWLS. Sin perjuicio de ello, “[e]sta obligación *prima facie* puede, por supuesto, ser relegada” ante circunstancias justificadas: “puede ocurrir que, cuando a uno le llega el turno de seguir una regla, otras consideraciones justifiquen no hacerlo”; sin embargo, “no puede uno, en general,

¹⁷⁷ “Los valores de Europa”, en: *Anuario. Residencia de Estudiantes “Fernando de los Ríos”*, Año 1995-1996, Madrid, p. 184.

¹⁷⁸ Este uso de la noción de juego limpio de RAWLS es aceptado expresamente por PECES-BARBA en: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 60.

liberarse de esta obligación negando la justicia de la práctica sólo cuando le toca obedecer.” Por lo tanto, “[s]i una persona rechaza una práctica, debería, en la medida de lo posible, declarar su intención de antemano y evitar participar en ella o disfrutar de sus beneficios.”¹⁷⁹

No se trata de una lealtad ciega, pusilánime, tampoco de una lealtad a autoridades o proyectos ilegítimos. Se trata de una lealtad crítica, deliberativa y defensora de los valores y postulados que hacen posible una sociedad bien ordenada, una lealtad que no abandone las reglas de juego ante las dificultades, sino que luche por su mejora, virtualidad y realización. Lo expresa adecuadamente Albert CALSAMIGLIA:

“La lealtad no sólo es un elemento necesario para la existencia de sociedades, grupos y tribus sino que adquiere el carácter de *valor público* cuando genera una obligación *prima facie*, que no se abandona a la primera de cambio y que no supone el abandono, sino la adopción de una posición de lucha interna y de crítica interna. La lealtad como valor político no tiene nada que ver con la ceguera sino con una actitud de no abandonar, luchar y criticar, incluso cuando la causa se aleja de lo que uno piensa que debe ser su objetivo. Establecer los límites de la lealtad siempre es difícil y siempre puede ser malentendida, pero cualquier organización social necesita defensores y es bueno que tenga defensores siempre que no traspasen determinados límites.”¹⁸⁰

5°. Esta concepción no excluye la ética del disenso que implica, por definición, no aceptar la ética de la mayoría, aunque siempre dentro de un marco de respeto, de tolerancia y del reconocimiento recíproco de la dignidad del otro. El disenso muchas veces puede generar nuevos consensos y descubrir nuevas dimensiones de moralidad. PECES-BARBA contempla esta alternativa como un elemento que garantiza que las personas no actúen en contra de su ética privada y que contribuye a perfeccionar el orden moral vigente:

“[E]n este ámbito [afirma] se pueden situar las éticas del disenso, mucho más respetables por su carácter crítico con la ética pública mayoritaria y que pueden generar a veces nuevos consensos modificadores del statu quo y descubrir nuevas dimensiones de los

¹⁷⁹ RAWLS, John. “Justicia como equidad”, op. cit., pp. 90, la primera cita, y 91 las demás citas.

Cabe recordar que en términos generales: “Una persona S tiene una obligación *prima facie* de hacer un acto X, si y sólo si, hay una razón moral para S de hacer X tal que, salvo que tenga una razón moral para no hacer X al menos tan fuerte como su razón para hacer X, el fallo de S en hacer X es incorrecto.” (SMITH, M.B.E. “¿Hay una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho?”, –1973–, en: AA.VV. *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, –Ariel Derecho–, traducción de Francisco Laporta, Ariel, Barcelona, 1990, p. 183).

¹⁸⁰ *Cuestiones de lealtad, Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, (Paidós, Estado y Sociedad), Paidós, Barcelona, 2000, p. 72.

valores, de los principios de organización de los poderes y de los derechos fundamentales.”¹⁸¹

Un problema moral y jurídico con contenidos fronterizos e interrelaciones múltiples. “Es un problema moral porque la conciencia sería el máximo referente ético, y es jurídico porque se pretende que esa decisión de conciencia tenga consecuencias en el Derecho”¹⁸². En las sociedades democráticas, cuya legitimación reposa en el consenso y en el acuerdo, esta preocupación y comunicación entre moral y Derecho, entre ley y conciencia, está muy presente en el ámbito de la ética pública “porque su objetivo es hacer posible la libre elección de la moralidad personal para alcanzar la autonomía o la independencia, para escoger las estrategias de la felicidad o los planes de vida de cada uno.”¹⁸³

Esta apertura al disenso cobra mayor importancia cuando la ética pública es asumida por el poder político e incorporada a su Derecho. En tal caso, “el reconocimiento y respeto de la conciencia por parte del sistema político se constituye en uno de los puntos esenciales que permiten caracterizarlo como legítimo”. Algo similar puede decirse en relación al Derecho, que “contará con más razones para ser obedecido si en él se articulan mecanismos de protección de la conciencia de los individuos, si bien, en este plano no puede pasarse por alto que sólo el reconocimiento positivo de esos mecanismos es lo que permite hablar, en sentido jurídico, del respeto a la conciencia.”¹⁸⁴

PECES-BARBA precisa que no se puede afirmar la posibilidad de un disenso generalizado, en la forma de un derecho general a la objeción de conciencia, a la desobediencia civil o a la resistencia, porque en ese caso la raíz del disenso sería destruir el fundamento del propio consenso, lo cual sería un contrasentido con las reglas del juego democrático¹⁸⁵. De admitirse tal posibilidad, nos saldríamos del modelo propuesto,

¹⁸¹ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 78.

¹⁸² PECES-BARBA, Gregorio. “Introducción”, en: AA.VV. *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 11.

¹⁸³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 12.

¹⁸⁴ DE ASÍS, Rafael. “Las tres conciencias”, en: *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pp. 20 y 21, respectivamente.

¹⁸⁵ Vid su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría general*, op. cit., p. 349.

PECES-BARBA se ha ocupado de la desobediencia civil y la objeción de conciencia en su trabajo: “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5, 1988-89,

estaríamos ante otra concepción y probablemente sin posibilidad de disenso¹⁸⁶. La ética del disenso de la que aquí se habla se refiere a la objeción de conciencia sobre ámbitos concretos de la moralidad de la mayoría o, en todo caso, a un disenso que no suponga el rechazo generalizado a las reglas del juego, ni la desobediencia generalizada a sus normas jurídicas porque, en ese caso, se desvirtuaría la esencia misma de una sociedad bien ordenada, imposibilitándose la construcción de un auténtico Estado de Derecho. Una objeción de conciencia que, para tener virtualidad en este modelo, requiere que el poder identifique en su Derecho los ámbitos concretos en los que puede actuar. De esta manera la relación moral y Derecho, que se encuentra presente en el binomio ley y conciencia, se completa con la acción del poder político quien, a través de sus normas jurídicas, será el que finalmente determine los ámbitos concretos en que el disenso puede operar, además de establecer los mecanismos adecuados para la protección de la conciencia.

“En este supuesto, la conciencia es la base, pero lo que autoriza la desobediencia [la objeción de conciencia] es una norma [que, a su vez, ha sido creada por el poder político], con lo cual se ha juridificado no la moral objetiva, sino algunas dimensiones de la conciencia personal. Este no es ya un problema exclusivamente moral, sino jurídico [además de político], porque todo el proceso se ha producido desde la aceptación del sistema, y por medio de los mecanismos jurídicos de producción normativa, aunque naturalmente teniendo en cuenta las presiones sociales, y las concepciones morales más arraigadas, una de las cuales es el valor eminente de la conciencia. En todo caso ese proceso no se ha dado contra el Derecho, sino desde el Derecho.”¹⁸⁷

Cuando el disenso se expresa al margen del Derecho, es posible que nos encontremos ante un desobediente civil, y no ya ante un objetor de conciencia que, por definición, actúa amparado por alguna norma jurídica que reconoce la posibilidad del disenso sobre un ámbito concreto del ordenamiento para no obedecerlo. El desobediente civil, en cambio, actúa sin esa protección al no estar prevista su desobediencia en alguno

Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 159-176. Posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 371-392.

¹⁸⁶ En tal caso la posibilidad del disenso podría ser destruida “porque una insistencia patológica en mi libertad puede llegar a destruir la libertad de los demás si desarmamos al Derecho como instrumento coordinador y organizador.” Por eso la posibilidad del disenso sobre ámbitos concretos de la legalidad, previamente determinados por el Derecho, intenta asegurar el “equilibrio que hace viable la existencia de una sociedad democrática y cooperativa, basada en unas reglas de juego que suponen un trato igual para todos.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Introducción”, en: AA.VV. *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, op. cit., p. 14).

¹⁸⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 12-13.

de los supuestos de objeción de conciencia previstos en el ordenamiento. A pesar de ello, actúa persiguiendo un fin altruista al pretender la modificación de una normatividad que considera injusta, no obediéndola deliberadamente y denunciándola públicamente, con la finalidad de generar un debate que permita la remoción de la injusticia mediante la modificación del ordenamiento. En tal caso, “un Derecho democrático tiene que ser comprensivo y no puede tratar igual al delincuente, al hombre malo como decía el juez Holmes, que al desobediente civil, al que actúa por razones de conciencia.”¹⁸⁸ Sin embargo, también es posible que en el disenso que se aparta del Derecho nos encontremos ante una persona que actúa de manera aislada, sin usar las razones de la ética racional de la Modernidad, e incluso ante una persona que persiga fines egoístas o espurios, en cuyo caso la respuesta del Derecho debe ser diferente, a la altura de las circunstancias, conforme a las reglas del Estado de Derecho y de la sociedad democrática.

En cualquier caso, las manifestaciones de la conciencia frente al Derecho pueden consistir en situaciones muy distintas que deben ser valoradas caso por caso y ser materia de un tratamiento diferenciado por parte de las normas jurídicas y de los operadores que las aplican. “Una valoración global y unitaria es imposible y conduciría a graves injusticias. El problema será, en la práctica, distinguir, en cada caso, a qué tipo de conciencia se está enfrentando el operador jurídico.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 13.

¹⁸⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 16.

Nuestro autor se ha ocupado con detalle de esta problemática: “Me parece que se pueden dibujar tres modelos teóricos, que yo denominaría de conciencia crítica integrada, de conciencia crítica aislada y de conciencia egoísta interesada. Se parte del supuesto de que en los tres casos la conciencia actúa al margen del sistema de juridificación de las objeciones de conciencia admitidas en un Ordenamiento, y en esta dialéctica de enfrentamiento entre ley y conciencia.

1. La *conciencia crítica integrada* es la de aquella persona conforme con los fundamentos de la ética pública de la sociedad democrática, pero crítica y disconforme con líneas de desviación y con patologías, a las que se quiera enfrentar y frente a las que quiere protestar y corregir. En este caso estamos ante un ciudadano de primera fila, al que se debe tener muy en cuenta, si los poderes públicos actúan de buena fe, en sus objetivos últimos. Si la desobediencia que produce no permite una juridificación exculpatoria, la sanción debe valorar esas circunstancias, y también las reclamaciones de fondo que la justifican. [...].

2. La *conciencia crítica aislada*, que prescinde del modelo para sus motivaciones y que las construye de manera solipsista, sin usar las razones generales de la ética racional de la modernidad, aunque en muchas ocasiones no renuncia a los beneficios de ese razonamiento incorporado al poder político y a su Derecho. Por un lado, es difícil que pueda elevar a ley general, e incluso ni siquiera lo pretende, sus planes de vida, y si aprovecha además las ventajas de la colaboración, es difícil de justificarla como conciencia recta, y que no se puede considerar inicua su actitud. Sólo si se sacrifica, como un ser desplazado y marginado para defender esa moralidad, se le puede valorar positivamente en su desobediencia. Por otra

6°. La ética pública que aquí se examina representa la necesidad, en el modelo de vida social que se propone, de igual libertad, de solidaridad, sin sacrificios desmedidos para contribuir a que la igual libertad sea posible, y de seguridad como marco imprescindible de pacífica convivencia y para que se sepa a qué atenerse. Es decir, representa la necesidad de asumir y cumplir, como ética pública, las exigencias derivadas de los valores: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Si tal cosa no se hiciera la actuación del poder y del Derecho no tendría las dosis suficientes de moralidad.

7°. Al establecer una distinción conceptual entre ética pública y ética privada, será inmoral la actuación que olvide esa distinción y que no permita a las personas la elección de su ética privada. La confusión de esos ámbitos de moralidad frustra el desarrollo integral del ser humano, haciendo que el poder político que los confunde sea ilegítimo y que su Derecho positivo sea injusto.

8°. Así como la ética privada no puede convertirse en contenido de la ética pública, la ética pública no puede invadir los espacios de la ética privada. Por el contrario, debe favorecer y hacer posible el libre ejercicio de la ética privada y evitar que sus normas lo dificulten o impidan, siempre que cumpla con los principios de universalidad y de autonomía para ser una auténtica ética privada.

parte, ésta suele ser, en ese caso, más pacífica y privada, al no pretender efectos secundarios generales. [...]. Si en algún supuesto esas desobediencias son relevantes para el funcionamiento general del sistema, es evidente que éste debe reaccionar con una fuerza proporcional al alcance de su postura.

3. La *conciencia egoísta interesada* es la más negativa de todas, y que no puede ser valorada en ningún caso como descargo total o parcial para la desobediencia. Es la de aquel que sólo defiende sus propios intereses, que carece de cualquier altruismo, por muy limitado que sea, y que consigue que aquello que presenta como su moralidad, incluso con la retórica de la defensa de su conciencia, suela ser inseparable de esos intereses. [...].

De paso diremos que este último modelo de conciencia no errónea, sino falsa, rompe el tabú [...] de que el Derecho no puede entrar a valorar las manifestaciones de la conciencia. Aunque sigue siendo centralmente correcto, parece que sería aceptar tratos desiguales e infracciones a las reglas del juego limpio, si se evitase entrar a supuestos de simulaciones notorias, conocibles por signos externos, y se diese un trato normal a las reclamaciones derivadas de ellas.” (PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., pp. 16-17, la cursiva es mía).

3. Conexiones y patologías. Los casos de difícil distinción

En el modelo en estudio la distinción entre ética pública y ética privada “no supone, en forma alguna, separación ni mucho menos ignorancia mutua”. Ambas se distinguen pero se comunican. Llegan a tener “dimensiones secantes”, pero respetando sus respectivos ámbitos de actuación o de influencia¹⁹⁰. Los puntos de contacto que presentan se aprecian mejor si se tiene en cuenta la instrumentalidad que una cumple frente a la otra, los destinatarios a los que van dirigidas, la analogía de su relación frente al bien individual-bien común, y las distintas situaciones que se pueden presentar al concurrir en la regulación de un caso concreto.

En efecto, el primer contacto entre ambas se aprecia en el servicio que una presta a la otra. PECES-BARBA lo explica: “La humanización es el objetivo de la ética privada, y se favorece y se hace posible desde la racionalización que produce la ética pública”¹⁹¹. La ética pública está al servicio de la ética privada y ambas persiguen una meta común: la humanización del ser humano, el desarrollo integral de todas las dimensiones de su condición. Como consecuencia de ello, la ética pública debe favorecer y hacer posible que las personas situadas en el ámbito de su influencia estén en aptitud de desarrollar o realizar libremente su ética privada; pero, congruentemente con ello, debe también evitar que sus normas lo dificulten o lo impidan¹⁹².

Otro punto de relación lo encontramos cuando analizamos el problema de la ética privada y de la ética pública desde la óptica de las personas. Observamos que ambas tienen como destinatario de sus normas al mismo sujeto: el ser humano. Cuando las personas actúan es difícil distinguir las razones de su acción, pero sí es posible distinguir entre uno u otro ámbito por las razones de su sometimiento o aceptación. En el ámbito de la ética privada las personas actúan por su solo consentimiento, no por algún tipo de coacción externa a su conciencia moral autónoma; de lo contrario, no estaríamos ante una auténtica ética privada. En el caso de la ética pública la persona puede actuar porque coincide con ella o por el temor a la coacción que acompaña a la ética pública cuando ha

¹⁹⁰ PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 84, ambas citas.

¹⁹¹ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 77.

¹⁹² Vid: *Ibid.*, p. 15; y “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 84.

sido asumida por el poder e incorporada al Derecho¹⁹³. En este último caso, su actuación obedece, fundamentalmente, a razones político-jurídicas por la presencia de la coacción del poder político que sostiene a la ética pública que ha sido positivizada.

Otra conexión puede advertirse haciendo uso de la analogía con el bien individual y el bien común: Si la ética privada atiende al bien de los individuos, la ética pública se refiere al bien común, entendiendo por éste al conjunto de bienes que los Estados deben proporcionar a sus miembros para facilitar su subsistencia, su bienestar o el desarrollo de su condición. Al ser el bien común un concepto griego bautizado por la escolástica, carece de la dimensión laica que PECES-BARBA le otorga al término ética pública, pero sirve, distinguido de la idea de bien particular, privado o individual, para comprender mejor la distinción entre la ética privada y la ética pública. Así, se puede decir que la ética pública establece los criterios de organización social, política y jurídica para que las personas puedan vivir dignamente en sociedad y puedan realizar libremente todas las facetas de su personalidad (bien común); mientras que la ética privada permite a cada individuo determinar su propia concepción del bien, su propio plan de vida para alcanzar el perfeccionamiento o la autonomía moral (bien privado)¹⁹⁴.

También podemos encontrar otros puntos de contacto en diversas situaciones concretas en las que ambas actúan. Así, puede ocurrir que la ética privada y la ética pública tengan, al mismo tiempo, algo que decir para orientar los comportamientos humanos (por ejemplo, una para guiar a una persona a ejercer o no su derecho a voto, otra para conminarla a hacerlo si es que además de un derecho es considerado un deber); situaciones en las que es difícil establecer, con claridad y precisión, qué corresponde a la ética pública y qué a la ética privada (por ejemplo, si participar en una relación poligámica es una situación que atañe exclusivamente a la ética privada, o si, por el contrario, incumbe a la ética pública presionar para que tal conducta se prohíba); casos en los que desde una ética pública se motive a los individuos a adquirir ciertas virtudes (ética privada) próximas con los ideales que esa ética pública preconiza (verbigracia, promoviendo una educación basada en la tolerancia, a fin de fortalecer una cultura asentada en el respeto a la persona); etc. Situaciones todas ellas que ponen de manifiesto

¹⁹³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, op. cit., pp. 538-539.

¹⁹⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 84.

que si bien la distinción entre ética privada y ética pública supone diferenciación, no implica ignorancia mutua o ausencia de conexión. Ellas se encuentran relacionadas, aunque respetando cada cual su respectivo ámbito de influencia.

Uno de los errores que producen severas patologías de la ética pública o de la ética privada son confusiones o identificaciones entre ambos ámbitos de moralidad, que olvidan, descartan o no reconocen la distinción, configurando así sociedades diferentes de la democrática y que se separan del modelo de la Modernidad. Son de dos tipos, según la confusión suponga una imposición de la ética pública sobre la privada o de la privada sobre la pública¹⁹⁵. Incluso puede hablarse de un tercer tipo si esa confusión va de la mano de una violencia sistemática para infundir el terror¹⁹⁶.

El primero es propio de concepciones totalitarias que pretenden que su ideario público sea también el ideario privado de sus miembros, o dicho de otra manera, que la concepción política que defienden abarque también las dimensiones privadas del individuo. Es propio de concepciones cerradas, abarcadoras y autosuficientes que disuelven al individuo en la sociedad y le niegan el ámbito de autonomía que supone la ética privada¹⁹⁷. Se presenta en regímenes políticos y ordenamientos jurídicos totalitarios, pues estos invaden y someten todos o casi todos los espacios de la vida de sus miembros –con o sin participación alguna de los ciudadanos y hacia fines con frecuencia espurios–. Como dice Elías DÍAZ, incluso ingresan, o intentan hacerlo, en la zona íntima de las conciencias, de los pensamientos y las meras voliciones, sin el menor respeto para la libertad. El Derecho, así producido, regula todo, o casi todo –generalmente para prohibir, restringir u obligar en una determinada dirección–, tanto los actos que se exteriorizan como los que permanecen en esa zona interna de la conciencia, de los pensamientos y de las intenciones; o, peor aún, pretende imponer por la fuerza, o con la fuerza que está detrás de él, ideas, creencias u opciones vitales que, por tener un carácter estrictamente personal y ético, deben dejarse a la intimidad y libertad de elección de cada quien¹⁹⁸. Es una patología que caracteriza a aquellos poderes y ordenamientos jurídicos totalitarios,

¹⁹⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 89-90.

¹⁹⁶ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., pp. 42-43.

¹⁹⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, op. cit., p. 539.

¹⁹⁸ Vid su *Curso de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 51.

que no se corresponden con el modelo de la Modernidad por querer imponer una ética pública como ética privada de los miembros de una sociedad.

El segundo tipo de patología aparece cuando se pretende que la ética privada se convierta en definidora de la ética pública. Se produce en aquellos tipos de poder donde quien lo ostenta pretende imponer como ética pública, a los integrantes de su sociedad, su propia ética privada; organizando así un Derecho que establece prohibiciones, permisiones u obligaciones sobre la base de su sola concepción de la vida, su idea del bien, de la virtud o de la felicidad. Aquí, el detentador del poder impone a la sociedad su religión, sus creencias, su moralidad; la orienta hacia sus propios fines, hacia lo que considera que es mejor para la sociedad, conforme a sus particulares fines o convicciones –generalmente, sin participación alguna de sus ciudadanos y reprobables moralmente–. Estamos en el supuesto de las dictaduras, del Estado confesional, de los fundamentalismos religiosos, etc.¹⁹⁹

El tercer tipo se produce cuando una concepción política que es expresión de una ética pública dogmática y totalitaria, se cruza con una ética privada fundamentalista, generalmente una concepción de fe religiosa, que plantea la revolución armada como un camino de redención; dando lugar a actividades terroristas como una opción política para la toma del poder y la imposición de su programa político. Se trata de una “patología de las patologías” –si cabe la expresión– porque el uso sistemático de la violencia rompe las bases mismas de la convivencia y frustra no pocas veces cualquier posibilidad de diálogo²⁰⁰.

El modelo de la ética pública de la Modernidad es el paradigma teórico que evita estas patologías, asegurando la conexión entre ética pública y ética privada pero evitando ser confundidas o reducidas. Un modelo propio de una sociedad democrática caracterizada por la adecuada relación entre ambas.

Se ha dicho que la ética pública y la ética privada son dos ámbitos de moralidad que, aunque resultan distintos, se encuentran comunicados respetando cada cual sus respectivos ámbitos de actuación. Esta característica permite afirmar que PECES-BARBA no establece una relación de jerarquía entre la ética privada y la ética pública: no

¹⁹⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, op. cit., p. 540.

²⁰⁰ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., pp. 42-43.

establece *–per se–* una primacía de la justicia sobre lo bueno, como lo hace la filosofía rawlsiana²⁰¹; ni defiende que lo justo limite los preceptos que pueden considerarse pertenecientes a un comportamiento virtuoso, como lo hace el pensamiento habermasiano²⁰². Su modelo no establece esta relación abstracta, de jerarquía o subordinación, que pueda servir de criterio para solucionar las eventuales situaciones de colisión que puedan surgir. Sigue una estrategia conceptual diferente que, sin embargo, puede llevar a resultados similares: En primer lugar, al señalar que no todo modo de vida que pretenda ser considerada como ética privada lo es, pues para eso debe cumplir con los principios de autonomía y universalidad orientados por la eminente dignidad del ser humano, y al señalar que estos criterios constituyen también la base para la edificación de la ética pública, está otorgando a ambos ámbitos de moralidad un fundamento de validez moral común. En segundo lugar, al considerar que la ética pública y la ética privada, aunque se encuentren comunicadas, lo hacen respetando sus respectivos ámbitos de actuación o de influencia, está insistiendo en que se trata de dos ámbitos de moralidad diferentes. Al tener una base de validez moral común y al encontrarse diferenciados sus respectivos ámbitos de actuación o de influencia, nuestro autor elimina, en el plano abstracto o del discurso de validez, cualquier posibilidad de conflicto entre la ética pública y la ética privada, haciendo innecesario establecer una relación de jerarquía o subordinación entre ambas. Empero, al no ser posible muchas veces en la práctica, distinguir de manera clara y precisa lo que corresponde a cada ámbito de moralidad, las situaciones de eventual colisión que se presenten en los casos reales deberán resolverse, en el plano concreto o del discurso de aplicación, mediante la racionalidad práctica y comunicativa propia de la ética pública, por ser la herramienta que permite dilucidar *–en este modelo–* lo que está moralmente justificado en aquellas situaciones que inciden en la justicia de las relaciones humanas, es decir, en el orden justo de convivencia. De esta manera nuestro autor llega a una conclusión similar a la filosofía rawlsiana y habermasiana, aunque no desde el plano de la abstracción o del discurso de la validez, sino desde el plano de la realidad o del discurso de aplicación.

²⁰¹ Vid.: RAWLS, John. “Kantian Constructivism in Moral Theory”, op. cit., p. 532.

²⁰² Vid.: HABERMAS, Jürgen. “Prólogo”, en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, op. cit., p. 9; y, VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*, op. cit., p. 62.

En efecto, si bien la distinción entre ética privada y ética pública, que este modelo propugna, no encuentra problemas de claridad y distinción en el plano abstracto, sí los encuentra en el plano concreto porque dilucidar lo que corresponde a la ética privada y lo que corresponde a la ética pública muchas veces no es de fácil solución en la práctica. A pesar de ello la distinción debe ser efectuada para deslindar los supuestos en los cuales es legítima la intervención del poder y de su Derecho para imponer institucionalmente (en el plano de lo político y de lo jurídico) los criterios morales que se consideren necesarios para un orden justo de convivencia (ética pública); de aquellos otros supuestos en los cuales la intervención del poder y de su Derecho es ilegítima porque vulnera la libertad de las personas para definir y realizar sus propios planes de vida (ética privada).

En el plano concreto de lo que se trata es de resolver aquellos casos donde la distinción entre ética pública y ética privada se presenta difícil; donde lo que está en juego es la determinación de la posibilidad de que el poder y el Derecho intervengan legítimamente para obligar o prohibir conductas con el propósito de proteger o reforzar un punto de vista moral. Se trata de la problemática del *moralismo jurídico* que fue objeto de reflexión de John Stuart MILL y de Herbert L. A. HART con posiciones bastante disímiles. Mientras MILL sostuvo que la intervención del poder y el Derecho sobre el ejercicio de la libertad de las personas sólo se justifica cuando ese ejercicio puede causar un daño a terceros²⁰³; HART consideró que también se encuentra justificada cuando el ejercicio de la libertad puede causar daño a uno mismo, justificando con ello algunas medidas paternalistas²⁰⁴. El objetivo de ambos fue defender la libertad del individuo frente a las mayorías, a fin de que pueda elegir autónomamente, allí donde no exista razón para que la decisión de las mayorías interfiera en el ejercicio de la libertad. Ese mismo objetivo es compartido, en lo que aquí respecta, por la distinción entre ética pública y ética privada, al “separar los criterios morales que es legítimo seguir y

²⁰³ Vid.: MILL, John S. *Sobre la libertad*, (1859), traducción de P. de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

²⁰⁴ Vid.: HART, Herbert L. A. *Derecho, libertad y moralidad*, (1963), traducción de M. A. Ramiro, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2006. También vid: RAMIRO, Miguel Á. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en: *Derechos y Libertades*, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, Nº 15, Época II, junio de 2006, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Fundación El Monte, Madrid, pp. 211-256.

defender, pero no imponer, de los que también es legítimo imponer porque protegen a las personas frente a daños concretos.”²⁰⁵

La distinción abstracta no es suficiente para resolver los casos concretos que se puedan presentar. Basta con considerar, a modo de ejemplo, el caso del velo utilizado por las niñas musulmanas en algunos países europeos, para verificar este acierto. Dicha situación ha suscitado polémicas en el ámbito escolar, esgrimiéndose argumentos discutibles, tanto para justificar la intervención del Estado prohibiendo su uso, como para defender el derecho de las niñas a utilizarlo. Se ha dicho, por un lado, que esa práctica evoca un estado de sumisión y opresión de las mujeres y que subraya diferencias ilegítimas entre los sexos; por otro, que es una práctica adoptada libremente y que responde a la identidad cultural de las mujeres musulmanas; entre otros argumentos. Surge así la cuestión de si debe prevalecer la libertad de usar el velo como expresión de una ética privada afín a la cultura y tradiciones de sus titulares; o si debe prevalecer las razones de ética pública (interés general, paternalismo justificado, etc.) para prohibir su uso por considerársele peligroso para una justa convivencia. La respuesta no es sencilla y puede dar lugar a diferentes soluciones en la práctica.

La moral de la libertad que defiende el modelo de PECES-BARBA nos brinda un marco normativo para resolver situaciones como la descrita (donde además de procedimientos racionales para sustentar nuestros juicios de valor, postula una serie de valores, principios y derechos para adoptar una decisión). Un conjunto de criterios que no nos dicen lo que es moralmente correcto en cada caso (por la sencilla razón de que la consideración de todas las situaciones que se puedan presentar es una labor hercúlea o imposible de realizar), pero que nos sirven de pautas para poder determinarlo. En cualquier caso, en situaciones semejantes donde no es sencillo deslindar los ámbitos de la ética pública y de la ética privada, la determinación de lo que corresponde a cada una deberá darse –en este modelo– a través del procedimiento de las Éticas basadas en el consenso, de tipo contractual o comunicativo, y de raíz kantiana, por ser el marco intelectual al cual el modelo se adscribe. Un procedimiento que permite la participación y el diálogo entre todos los potencialmente afectados y que exige que la decisión sea

²⁰⁵ RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín. “Convivencia de lo privado”, op. cit., p. 1149.

adoptada por consenso. Con ello se consigue incrementar la posibilidad de considerar todos los puntos de vista y que la respuesta sea susceptible de ser aceptada por todos.

En este punto resulta importante recordar la necesidad de complementar el “discurso de fundamentación” con el “discurso de aplicación” (de los que ha dado cuenta la Ética comunicativa habermasiana), a fin de adoptar una decisión consensuada que sea racional, integral y operativa para el caso práctico que haya sido materia de dilucidación²⁰⁶.

Si la deliberación moral no concluye en una respuesta consensuada que solucione el caso, la solución será adoptada por las mayorías en la dimensión política y jurídica. Una consecuencia de los límites de la moral y de la necesidad de que los conflictos sociales no queden irresueltos. En cualquier caso se podrá expresar la discrepancia desde una moralidad crítica.

En definitiva, los casos difíciles ponen de manifiesto que una cosa es postular como planteamiento teórico una ética pública que actúe sobre el poder y el Derecho para que el primero sea legítimo y el segundo sea justo; y otra cosa es concretar esa ética pública determinando su contenido y resolviendo los diversos casos concretos que se puedan presentar. El problema se complica cuando esa ética pública, bajo la apariencia de trascender las distintas éticas privadas de los integrantes de una sociedad, en realidad es expresión de una visión del mundo con la que no congenian otras visiones que también deberían tener cabida en esa sociedad. Es el riesgo de una *ética pública invasiva*. El problema se acrecienta cuando esa ética pública no incorpora principios que ciertos grupos consideran imprescindibles para la realización efectiva de sus visiones del mundo, porque son rechazados por otros grupos que defienden una visión opuesta y que también son integrantes de la sociedad. Estamos, en este último caso, ante el riesgo de una *ética pública insuficiente*. Como explica Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES: “[f]rente [a] la primera dificultad –el riesgo de una ética pública excesiva o invasiva– sólo cabe el esfuerzo por afinar en lo posible la distinción entre lo común y lo particular”, entre la ética pública y la ética privada. “Frente a la segunda dificultad –el riesgo de una ética pública insuficiente o inane– sólo cabe asumir que no todas las visiones del mundo deben tener la misma consideración política”; por lo tanto, ante la pretensión formulada desde una ética

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. “Aclaraciones a la ética del discurso”, op. cit., pp. 145-148.

particular para que se hagan valer públicamente ciertos principios sin cuya imposición esa ética no se satisface, pero con cuya imposición otras ideas del bien no podrían realizarse, “deberá decidirse si efectivamente esa pretensión debe prevalecer” (por estar sustentada, por ejemplo, en razones mejores para alcanzar el objetivo de humanización que se persigue), e incluso ser incorporadas a las reglas de juego estables (Constitución o bloque de constitucionalidad), “o si, en cambio, esa pretensión no es legítima y las rivalidades respecto a los principios políticos en cuestión deben quedar fuera de las reglas de juego estables [...] y resolverse coyunturalmente mediante el voto.” En cualquier caso, estas dos dificultades “están lógicamente entrelazadas, pues cualquier comprensión de la ética pública insuficiente para unos, si se amplía, deviene con probabilidad en excesiva para otros.”²⁰⁷

4. El paso de la ética pública al Derecho a través del poder político

En el modelo de PECES-BARBA, la ética pública no es creación del poder político ni de su Derecho, es siempre previa a ambos. Aunque para poder tener fuerza jurídica necesita ser asumida previamente por el poder político e incorporada al Derecho positivo, a través de los criterios formales: órgano competente y procedimiento previamente establecido; es decir, esa moralidad sólo será Derecho si el poder la incorpora a una norma jurídica.

Efectivamente, en el modelo la ética pública es asumida en cada momento histórico por un determinado poder político en dimensiones suficientes para que forme su ideario y reciba la adhesión de los miembros de esa institución. Una vez que la ética pública ha sido asumida por el poder, es éste el que puede otorgarle fuerza jurídica a través de su positivación o recepción por el Derecho positivo, mediante las dos únicas puertas que existen para entrar en el Derecho: la legalidad y la jurisdicción (Constitución, ley y reglamentos, por un lado; sentencias y jurisprudencia, por el otro)²⁰⁸.

²⁰⁷ “Convivencia de lo privado”, op. cit., pp. 1164, las dos primeras citas; y, 1165, las tres últimas.

²⁰⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 87; también: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., pp. 126 y 128.

La ética pública que aún no se ha incorporado al Derecho positivo sirve como criterio para juzgarlo y como programa para alcanzar el poder. En ese caso actúa como moralidad crítica. Cuando es asumida por el poder político es conocida también como “moralidad pública política” o “moralidad política” simplemente. Cuando ésta se incorpora al Derecho positivo es llamada también “moralidad pública jurídica”, “moralidad legalizada” o “moral positivizada”, expresándose así en auténticas normas jurídicas²⁰⁹.

Según el modelo, una vez que algún elemento de la ética pública ha sido asumido por el poder continuará siendo objeto de deliberaciones y de acción comunicativa derivada del hecho de que el poder está formado por seres humanos. Su asunción por la política no la convierte en una pieza acabada y definitiva, sigue modelándose y desarrollándose en el ámbito de la deliberación política. Tampoco se incorpora definitiva y totalmente, ni permanece encerrado en el ámbito político. La deliberación moral sigue aportando nuevos materiales que la enriquecen permanentemente. Tenemos así una doble tarea deliberatoria y creadora de los perfiles y dimensiones que enriquece la ética pública: una en el ámbito de la deliberación política y otra en el ámbito de la deliberación moral. Cuando la ética pública, asumida por el poder político, se incorpora al Derecho; tendremos un tercer modo de acrecentamiento o modificación de esa moralidad, a través de la creación, interpretación y aplicación de lo jurídico. Por eso la ética pública que tras ser positivizada se convierte en Derecho es objeto también de deliberaciones y de acción comunicativa en el ámbito jurídico, garantizándose así el dinamismo y la evolución del Derecho²¹⁰.

²⁰⁹ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 14-15.

Elías DÍAZ hace una diferencia entre moral crítica (a la que también llama legitimidad crítica), moral positiva (que da lugar a la legitimación, producida por el consenso social) y moral legalizada (llamada también por el autor legitimidad legalizada o moral que ha sido incorporada al Derecho positivo). Según este autor, todos estos tipos de moral se encuentran conectados y pueden en algún momento coincidir, pero son conceptualmente distintos. Así señala que: “Todo Derecho lleva dentro, desde luego, una u otra ética: legitimidad legalizada, en la terminología convencional que sigo utilizando aquí; pero ésta puede coincidir en mayor o menor medida con la moral positiva, social, y encontrar así más o menos libre legitimación; y sobre todo, una y otra pueden ser calificadas de injustas, de inmorales desde alguna diferente concepción ética o perspectiva cultural: base para, en diálogo y razón, construir la moral crítica” (*Curso de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 45-46).

²¹⁰ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 348-349.

Si bien el tránsito de la ética pública al Derecho se presenta con el puente previo del poder, como si el ámbito político en esta relación fuese perfectamente separable del jurídico, esto no siempre ocurre así, pues el poder político suele expresarse a través del Derecho y éste resulta inseparable del poder mezclándose con él en la realidad. Es la perspectiva de Hermann HELLER²¹¹, que comparte Norberto BOBBIO²¹², y la que también asume el modelo teórico de PECES-BARBA: el poder político y el Derecho son considerados como dos caras de una misma moneda. Sólo se los puede separar con fines metodológicos, en un paradigma teórico²¹³. Digamos que en el plano real existe una dialéctica político-jurídica que algunas veces se decantará por lo político y otras por lo jurídico.

Esta precisión es interesante para identificar a los operadores que tienen competencia para incorporar la ética pública al Derecho. Según el modelo, sólo aquellos a los que el ordenamiento jurídico les atribuye esa competencia podrán insertar, modificar, desarrollar, interpretar o determinar el contenido de la ética pública en la dimensión jurídica. Quienes no tengan esa competencia sólo podrán formular propuestas que, a pesar de que puedan tener un alto contenido moral y ser beneficiosas, no serán Derecho hasta que no hayan sido incorporadas como tal por los órganos competentes y el procedimiento establecido para ello. En el primer caso estamos ante personas u órganos que ostentan un poder de decisión, un poder jurídico o *potestas*; en el segundo ante operadores que cuentan con *autoritas* o con poder de influencia para orientar el contenido de las decisiones que toman los que tienen competencia²¹⁴.

Los ordenamientos jurídicos modernos cuentan con cuatro grupos de operadores principales, con competencia para incorporar la ética pública en el Derecho y trabajar en su desarrollo: dos donde la dialéctica político-jurídica se inclina hacia el correlativo político, y otros dos donde se inclina hacia el correlativo jurídico. En el primer grupo tenemos al poder constituyente, así como al legislador ordinario que decide entre las distintas opciones políticas, constitucionalmente posibles, el sentido y la orientación de la

²¹¹ Vid su: *Teoría del Estado*, op. cit., p. 309.

²¹² Vid su trabajo: “Del Poder al Derecho y viceversa”, op. cit., pp. 356 y 357.

²¹³ Vid su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 340; también: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 56.

²¹⁴ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 300-301; y “Ética pública y ética privada”, op. cit., pp. 88-89.

ley. En el segundo tenemos a los jueces que aplican la Constitución y la ley, interpretan las normas, solucionan las antinomias, salvan los defectos o vacíos jurídicos y, en general, resuelven los casos difíciles. También pertenecen a este segundo grupo, y con carácter resolutivo último, allí donde existe el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa, los Tribunales Supremos (control difuso) o los Tribunales Constitucionales (control concentrado)²¹⁵. La conexión entre moral, poder y Derecho hace que en la actividad de todos ellos haya siempre una decisión orientada por una postura moral, política y jurídica. Son ellos los órganos competentes para determinar el sentido de los valores, de los principios y de los derechos, es decir, el contenido de la ética pública convertida en jurídica.

Los demás operadores también interpretan el Derecho y naturalmente tienen sus propios criterios morales, políticos y jurídicos, pero al tener sólo *autoritas*, o sólo poder de influencia, sus posturas a lo más orientarán el contenido de las decisiones de los operadores que sí tienen *potestas* o competencia. Ellos podrán ser los más lúcidos del mundo y utilizar mejor que nadie esos criterios –por ejemplo, juristas, profesores, politólogos, filósofos, etc.–, pero sus buenas razones no incidirán directamente en el Derecho; sólo lo podrán hacer indirectamente, a través de un operador jurídico competente que las asuma en sus decisiones. “Es lo que llamaría poder de decisión frente al poder de consejo del científico y del profesor, que para ser válido y eficaz debe ser asumido por un operador habilitado”²¹⁶.

5. La ética pública expresada en los valores libertad, igualdad, seguridad y solidaridad

En el grado más alto de la evolución de sus ideas, la ética pública que postula el modelo de PECES-BARBA se expresa o identifica en cuatro valores, que se fundan y derivan racionalmente de la dignidad del ser humano y que hacen posible su realización en la vida social; cuyo núcleo lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y

²¹⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 89.

²¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 126.

la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica²¹⁷. Estos cuatro valores constituyen la moralidad del poder y del Derecho en el paradigma político y jurídico de la Modernidad, que hace posible la construcción o afianzamiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática que el modelo propugna para alcanzar el desarrollo pleno de la dignidad del ser humano²¹⁸.

Según Eusebio FERNÁNDEZ, esta es una ética cívico-política de máximos, pues, al considerar a la solidaridad o fraternidad como parte de su contenido, es una ética de aspiraciones. Sin embargo, no está de acuerdo con esta incorporación por considerar que la política y el Derecho no son medios apropiados para alcanzar la solidaridad, a la que considera exclusivamente dentro del campo de los deberes morales. Propone por ello una ética cívico-política de mínimos, es decir, “una Ética que regule nuestra actividad como ciudadanos y como sujetos activos de las decisiones políticas, manteniendo una y otras en el marco del respeto a la dignidad, la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad de los seres humanos”²¹⁹:

“¿Por qué hablo de una ética cívico-política de mínimos? Porque se trata de vivir de acuerdo con la más importante y pública de las virtudes políticas, pero, indudablemente, ello no agota el mundo de las virtudes morales no el de las virtudes morales que tienen proyección social. Desde el punto de vista ético-político la consecución de la justicia ya es suficiente. Y, ¿qué ocurre con la solidaridad, la fraternidad o la caridad?; que pertenecen a una ética cívico-política de máximos, a una ética de aspiraciones. Desde el plano de la creación de instituciones sociales, políticas y jurídicas se puede imponer el reconocimiento y garantía de la dignidad, la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad, pero no el de la fraternidad, la solidaridad o la caridad, que se sitúan exclusivamente en el campo de los deberes morales. Me produce cierta desconfianza [agrega Eusebio FERNÁNDEZ] y me parece peligrosa la utilización de la Política y del Derecho como medios de lograr la fraternidad, la solidaridad o la caridad, porque considero que no son medios apropiados, ya que esos ideales, ciertamente importantes y muy convenientes de acariciar, se desvirtuarían. En este sentido creo que no se puede ir más allá de la auténtica realización del Estado Social de Derecho y de las normas de cooperación y solidaridad internacional; lo demás, moralmente relevante, hay que dejarlo en las manos de cada uno, de su libre y responsable conciencia y sensibilidades morales, de una pedagogía del talante y quehacer moral.”²²⁰

²¹⁷ Como veremos en el capítulo cuarto, en el apartado referido a los “valores superiores”, la incorporación de la seguridad y la solidaridad, como valores del modelo en estudio, se terminará de configurar como consecuencia de las aportaciones del liberalismo progresista, del personalismo comunitario y del socialismo democrático, así como de la influencia del proyecto ilustrado y moderno.

²¹⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p.

64.

²¹⁹ FERNÁNDEZ, Eusebio. *¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?*, op. cit., p. 18.

²²⁰ *Ibid.*, p. 19.

PECES-BARBA afirma que esta postura se debe a que Eusebio FERNÁNDEZ confunde la caridad o solidaridad de los antiguos con la solidaridad de los modernos²²¹. La solidaridad de los modernos representa la cooperación en la construcción de la ética pública y de sus dimensiones políticas y jurídicas, que si bien postula obligaciones positivas a cargo de los poderes públicos y de los ciudadanos para contribuir a la igualdad, a la mayor libertad, compatible con la de los demás y a aumentar la propia integración y la de los demás en el proyecto común, no exige sacrificios excesivos que llevarían a su transformación en una virtud individual, de caridad o de amor –sin perjuicio de la bondad e importancia de estas últimas para la construcción de una sociedad más justa y reconciliada–.

En todo caso, la adopción política y jurídica de uno u otro valor determinará el tipo de Estado o de poder político y el contenido de justicia del Derecho. Así, es posible hablar de un Estado liberal, de un Estado social, o de un Estado democrático de Derecho, en función de uno u otro valor que se acoja en los ámbitos políticos y jurídicos, o que se le otorgue mayor importancia frente a los demás. La síntesis integradora de todos ellos será el Estado social y democrático de Derecho, pues al integrar de manera equilibrada y conjunta los cuatro valores de la Modernidad –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad– impulsará armoniosamente la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo²²².

Esos valores, que como expresión de la ética pública surgen en el ámbito de la racionalidad moral, no son creación del poder ni de su Derecho, sino que son previos a

“[Q]ue se trate de una ética cívico-política de mínimos no quiere decir una ética débil, demasiado flexible o poco estricta. Muy al contrario, corresponde a una ética tolerante con las concepciones del bien o de lo bueno distintas a las propias, pero muy exigente en el cumplimiento de esas reglas de juego imprescindibles para una convivencia nacional e internacional en paz.” (FERNÁNDEZ, Eusebio. *Ibid.*).

²²¹ Vid: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, pp. 69-70, nota a pie de página Nº 54 del citado libro. Sin embargo, en otro lugar señala: “No conozco sus razones pero algún discípulo mío y hoy catedrático, como Eusebio Fernández, sostiene que la solidaridad es una virtud privada, que debe ser tenida en cuenta en los comportamientos de los individuos, pero no entre los fines públicos, ni en los contenidos de justicia del [D]erecho. No coincido con esos planteamientos, porque, a mi juicio, la solidaridad forma parte de la ética pública de la modernidad, y en algunas dimensiones puede formar parte de un programa político y del contenido moral de normas jurídicas. Tampoco creo que Bobbio estuviese de acuerdo.” (PECES-BARBA, Gregorio. *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., p. 97). Es posible que, en el fondo, la discrepancia que mantienen PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ sobre la solidaridad, se deba a que los planteamientos del primero responden más al socialismo democrático o la socialdemocracia, mientras que los del segundo al liberalismo igualitario.

²²² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 34 y 41.

ambos hasta que se convierten en moralidad política y moralidad legalizada, respectivamente. De esa manera representan, en palabras de Ángel LLAMAS: “una relación y una comunicación entre moralidad, poder y Derecho”²²³. Mientras existan exclusivamente en el ámbito moral servirán como criterios para juzgar al Derecho o como programa para alcanzar el poder, hasta que sean positivizados o incorporados al Derecho por parte del poder que los haya asumido como moralidad política. Cuando ello ocurra serán, además, normas jurídicas que racionalizarán el poder y actuarán como criterios materiales de validez de las restantes normas jurídicas.

Como integrantes de la ética pública sus perfiles y dimensiones se van acotando con la deliberación moral, pero al ser asumidos por el poder, serán objeto de una acción comunicativa que aportará a su desarrollo en el ámbito de la deliberación política. Tras su positivación, el Derecho aportará a su modelación a través del proceso de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. No se trata pues de valores estáticos, y su incorporación al ámbito político o jurídico no tiene porque ser total ni mucho menos definitiva. La deliberación moral, política y jurídica continuará aportando nuevos materiales para la modificación o enriquecimiento de tales valores²²⁴.

Como valores políticos, son el referente para aglutinar a los miembros del poder, por encima de las diversas y complejas dimensiones del mismo. Son también la razón del consenso sobre la aceptación básica del poder y de la obediencia a las normas de su Derecho. En sus expresiones más afinadas y complejas esos valores incluyen también la objeción de conciencia sobre algunos ámbitos concretos de los mismos y de su desarrollo. Es el disenso sobre el consenso²²⁵.

Estos valores políticos al convertirse en jurídicos se prolongan en derechos fundamentales, principios de organización y otros principios, los cuales, en conjunto, integran el contenido de justicia del Derecho y racionalizan el poder limitándolo y organizándolo²²⁶.

²²³ *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 192.

²²⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría general*, op. cit., pp. 348-349.

²²⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 349.

²²⁶ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública y ética privada”, op. cit., p. 87.

La reflexión racional, sobre la base de las experiencias históricas desde la Modernidad –con antecedentes en el tránsito a la misma– hasta nuestros días, permiten reconstruirlos y ensayar una propuesta de contenido desde un paradigma abstracto. PECES-BARBA lo hace y configura los valores que integran su concepción de ética pública de la manera que a continuación es expuesta²²⁷.

5.1. La libertad social, política y jurídica: protectora, promocional y participativa

El primer valor que integra la ética pública es la libertad. Es concebida como el referente central a la que apoyan, completan y matizan los otros valores: igualdad, seguridad y solidaridad. Éstos tienen que identificarse, definirse y orientarse en relación con ella. La importancia mayúscula que se otorga a la libertad se debe a su conexión con el objetivo último de la persona de alcanzar la autonomía moral, su desarrollo integral.

La libertad es un concepto polivalente. PECES-BARBA la denomina *libertad social, política y jurídica* cuando se refiere a ella como el valor central de la ética pública. De esta manera la diferencia de la libertad de elección y de la libertad moral o autonomía moral, que corresponden a los dos polos del dinamismo de la libertad. Como integrante de la ética pública, la libertad exige la creación de una serie de condiciones en la vida social, política y jurídica que permitan a la persona conducirse eficazmente por ese dinamismo: ejercer plenamente su libertad de elección, elegir y seguir su propio plan de vida, su idea de felicidad, del bien, de la virtud, de la salvación, que la encamine a la autonomía moral. Es un valor que exige desplegar los máximos esfuerzos posibles para ayudar al ser humano a alcanzar –con su esfuerzo– ese objetivo, independientemente de que no pueda garantizar los resultados²²⁸.

²²⁷ Sigo aquí las ideas expuestas por PECES-BARBA en: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 64-71; y: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 226 y siguientes.

²²⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 66; y *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 226 y 228.

Existen tres modalidades en la aplicación de la libertad social, política y jurídica, según el modelo que se examina aquí: la libertad como no interferencia o libertad protectora, la libertad promocional, y la libertad participación²²⁹.

1º. La *libertad como no interferencia*: es la libertad para actuar y decidir libremente nuestro propio comportamiento, sin interferencias, ni barreras de ningún tipo de los poderes públicos, de los grupos sociales o de los particulares. Crea una esfera de protección a favor del individuo en el que nadie puede entrar, ni siquiera con consentimiento del titular, y que lo protege contra ataques injustificados. Protege el núcleo que más directamente incide sobre la capacidad de elección y decisión del ser humano, el que se encuentra más vinculado a su propia persona: la vida, la libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión, etc.

2º. La *libertad promocional*: es la que pretende satisfacer una serie de *necesidades básicas* que impiden o dificultan el ejercicio del primer tipo de libertad, al ser su satisfacción un requisito imprescindible para poder elegir y decidir libremente y con una información adecuada. Intenta suplir las carencias del individuo, cuando no es capaz de hacerlo con sus propias fuerzas, porque las necesidades básicas exigen un esfuerzo colectivo para su satisfacción. Esto significa que la realización de la autonomía moral o del desarrollo integral del ser humano requiere reivindicar el rol de una razón comunicativa que tenga en cuenta las necesidades e intereses de las personas para conseguir ese propósito. No basta referirse a la persona como un concepto abstracto, sino que es necesario tener en cuenta sus necesidades que varían y se sitúan en la historia. No todas las necesidades son iguales y no todas se han cristalizado o se cristalizan en una respuesta jurídica; pero, en general, como señala María José AÑÓN: “lo que nos proporcionan las necesidades son razones, argumentos en favor de una respuesta jurídico-normativa a determinadas exigencias, aquellas que nos permiten afirmar que es ‘justo’ reclamar algo a favor de alguien.” Si bien el diálogo intersubjetivo no puede decidir cuáles son las necesidades (por ser éstas una cuestión fáctica), sí es el mejor espacio “para establecer que determinadas necesidades precisan de una satisfacción que

²²⁹ Sigo en la exposición de estas tres modalidades de la libertad social, política y jurídica el desarrollo que hace PECES-BARBA en: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 221-226.

ha de quedar sujeta a normas sociales vinculantes”²³⁰. Pueden clasificarse en tres tipos: radicales, de mantenimiento y de mejora.

Las *necesidades radicales* son aquellas que deben ser satisfechas para asegurar una vida humana viable. Si no son satisfechas se puede poner en peligro las condiciones antropológicas mínimas que nos identifican como seres humanos, y llegar incluso al desenlace de la muerte (hambre, miseria, etc.).

Las *necesidades de mantenimiento* son aquellas cuya satisfacción permite mantener la condición humana en niveles normales y generalizados de acuerdo con el modelo de ser humano que se deriva de los actuales estudios científicos, lo cual redundaría en el mantenimiento de la capacidad de elección de manera adecuada (alimentación sana y suficiente, educación básica, sanidad, seguridad social, etc.).

Las *necesidades de mejora* son aquellas que deben ser satisfechas para permitir optimizar las posibilidades de desarrollo, de crecimiento y de progreso, físico, económico, cultural y social, de la persona. De esa manera se incrementa su capacidad de discernimiento y, por tanto, de elección, acrecentándose así la posibilidad de su desarrollo moral (el acceso a la educación superior, a la investigación, etc.).

La satisfacción de estos tres tipos de necesidades debe ser ofrecida a todas las personas que lo necesiten para ejercer su libertad como no interferencia, es decir, para elegir libremente. Si bien en abstracto todas las personas son acreedoras de la satisfacción de estos tres tipos de necesidades básicas, PECES-BARBA considera que en la práctica no se puede perder de vista los factores sociales y económicos que pueden facilitar, dificultar o impedir su satisfacción, en especial las situaciones de escasez. Puede ocurrir, por ejemplo, que existan personas que no requieran de la ayuda de la libertad promocional para ver satisfechas sus necesidades, porque cuentan con los recursos suficientes para ello, en cuyo caso –en su modelo– la libertad promocional puede legítimamente no alcanzarlas. Este razonamiento es especialmente considerado en el caso de las necesidades de mejora, y va disminuyendo en su alcance al llegar a las necesidades de mantenimiento y más aún en el caso de las necesidades radicales.

²³⁰ AÑÓN, María José. *Necesidades y derechos, Un ensayo de fundamentación*, (El Derecho y la justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 285, ambas citas.

3°. La *libertad participación*: consiste en la libertad para intervenir en la formación de los criterios de decisión política. Permite a las personas contribuir al proceso de producción normativa, a la manifestación de voluntad del Estado, así como al establecimiento de fines y objetivos en el desarrollo de su actividad. Son expresiones de esta modalidad: el derecho a la asociación política, el reconocimiento de los partidos políticos, el referéndum, etc.

5.2. La igualdad: igual libertad e igualdad para la libertad

La igualdad es un valor de la ética pública que no puede comprenderse sin la libertad. Sin perjuicio de su independencia conceptual, la igualdad se orienta hacia la libertad para completarla y perfeccionarla. Por esa razón PECES-BARBA llega a hablar de “libertad igualitaria”²³¹. Esto hace que en el modelo en estudio el valor libertad permita entender a la igualdad en dos sentidos: como “igual libertad”, llamada también igualdad formal o igualdad ante la ley (es la igualdad en el ámbito del ordenamiento jurídico); y como “igualdad para la libertad”, llamada también igualdad material o real (es la igualdad en la vida social, en el ámbito de las relaciones humanas)²³².

1°. La *igual libertad o igualdad formal*: es aquella que exige que los beneficios de la libertad social, política y jurídica alcancen a todos²³³. Presenta intersecciones con el valor seguridad, al regular el ordenamiento jurídico con la finalidad de crear ámbitos de certeza y que las personas sepan a qué atenerse. En el modelo se expresa, a su vez, en tres dimensiones que interactúan entre sí: la igualdad como generalización, la igualdad de procedimiento y la igualdad de trato.

La *igualdad como generalización* expresa la superación de los privilegios al exigir que las normas jurídicas estén dirigidas a todos los sujetos o, de ser el caso, a todos

²³¹ *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 283.

²³² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 67. En la exposición de estas dos modalidades de la igualdad sigo básicamente el desarrollo que hace PECES-BARBA en: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 284-293.

²³³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 67.

los que estén en la situación a la que se refiere el supuesto de hecho de la norma, y que la consecuencia jurídica sea igual para todos ellos.

La *igualdad de procedimiento* supone la existencia de un mismo procedimiento para todos, de unas reglas generales previas e imparciales para prevenir o solucionar los conflictos, para formar la voluntad de los operadores jurídicos competentes, así como para producir las normas jurídicas.

La *igualdad de trato* comprende a su vez la igualdad como equiparación y la igualdad como diferenciación. La *igualdad de trato como equiparación* suele expresarse con la frase: “hay que tratar igual a los iguales”, pero en realidad supone que las diferencias o desigualdades que puedan existir entre las personas, o las situaciones que se quiere regular, no son trascendentes o razonables para justificar un trato desigual o diferenciado. Por otro lado, la *igualdad de trato como diferenciación* suele expresarse con la frase: “hay que tratar de manera desigual a los desiguales para igualarlos”, porque parte de aquellas situaciones o rasgos diferenciadores que son relevantes para justificar una regulación jurídica distinta que, sin embargo, busca también potenciar la igualdad ante la ley.

2º. La *igualdad para la libertad o igualdad material*: es aquella que exige la creación de condiciones mínimas para que todas las personas estén en aptitud de ejercer su libertad de elección y que puedan beneficiarse, de manera real, de la libertad social, política y jurídica en la búsqueda de sus planes o proyectos de vida. Esta segunda modalidad de la igualdad exige que los poderes públicos garanticen por sí, o que promuevan y organicen que otros lo hagan, la satisfacción de las necesidades básicas – radicales, de mantenimiento o de mejora– o, si se prefiere, de unos bienes primarios de los que carecen los menos favorecidos y que cuya insatisfacción les impide alcanzar otros bienes, colocándolos en una situación de la que no pueden salir por sí mismos²³⁴. Esta igualdad material se presenta así como una igualdad para poder llegar a la meta: la autonomía moral del ser humano. Es una modalidad que facilita el esfuerzo de cada uno para alcanzar ese objetivo, pero que de ninguna manera puede ni pretende sustituirlo. No es igualitarismo porque no identifica a la igualdad como de todos y en todas las cosas. Tampoco es colectivismo porque no prescinde del individuo a favor del colectivo que

²³⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 67-68.

integren los seres humanos. Es un valor que, apartándose del individualismo que supone la consideración del ser humano aislado, parte del individuo como sujeto en un marco social cooperativo donde los individuos construyen una sociedad justa; para contribuir a que el ser humano alcance –con su esfuerzo, pero con la ayuda de los demás– las dimensiones de humanización que lo hagan plenamente persona, teniendo en cuenta para ello los diversos factores que lo rodean para desplegar su apoyo. Visto desde el papel que desempeña para la concreción de la libertad social, política y jurídica, la igualdad material “supondría el criterio adecuado para que todos pudiesen llegar en igualdad de condiciones a ese ejercicio de la libertad protectora y de la libertad participación, y sería el criterio material para realizar la libertad promocional.”²³⁵

Para identificar cuándo aplicar esta igualdad material, PECES-BARBA postula las siguientes dimensiones de análisis: (i) Se debe considerar las circunstancias de la realidad como relevantes o irrelevantes para determinar cuándo la igualdad material debe ser aplicada; (ii) Entre los criterios para valorar materialmente lo que es relevante y que posibilitaría la aplicación de la igualdad material, el de las necesidades básicas se presenta como el más adecuado; (iii) Quienes no tienen asegurada la satisfacción de las necesidades básicas, y no pueden alcanzarla sin un nivel de esfuerzo que no puede exigírsele a seres humanos normales, la igualdad material debe ser aplicada, distinguiéndose así entre quienes no pueden satisfacer por sí mismos esas necesidades y quienes las tienen resueltas. Nuestro autor considera que esta aplicación de la igualdad material se puede realizar de dos maneras: (a) haciendo desaparecer el privilegio existente que frustra o dificulta la igualdad real, por ejemplo eliminando las prerrogativas o los beneficios de los que sólo gozan algunos (estaríamos aquí ante la *igualdad de trato material como equiparación*); y (b) reconociendo derechos subjetivos a favor de las personas que no pueden ver satisfechas, con su solo esfuerzo, sus necesidades básicas y no a las que pueden resolverlas sin problema alguno; con los correlativos deberes normalmente a cargo de los poderes públicos pero también a cargo de aquellos

²³⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 289.

Un ejemplo de la aplicación de la igualdad para la libertad, en el ámbito de las políticas públicas, es abordado por PECES-BARBA en su trabajo: “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en: AA.VV. *Los derechos: Entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2000, pp. 169-180. Trabajo aportado por su autor al homenaje que *Teoría Política* dedicó a Norberto Bobbio en su noventa aniversario.

particulares que sean agentes principales en la economía (es la *igualdad de trato material como diferenciación* y que en el caso de los deberes que genera a cargo de los particulares se ve potenciada con la aplicación de la solidaridad como valor)²³⁶. (iv) Finalmente, la decisión de aplicar la igualdad material debe obedecer a razones objetivas adoptadas mediante una deliberación racional, en la que opere el criterio de generalización. Lo expresa así nuestro autor:

“La aplicación razonable y no exagerada de lo anterior exigiría la toma de precauciones que evitasen una generalización de demandas, por lo que debe quedar claro que las necesidades no son subjetivas, sino objetivas y producto de una deliberación racional que opere con el criterio de la generalización; es decir, refiriéndose a necesidades, que cualquier sujeto que las tuviese y no pudiera satisfacerlas por sí mismo, necesitaría la sustitución de su esfuerzo, porque la no superación de la necesidad obstaculizaría el despliegue de su dignidad y el alcanzar sus objetivos morales.”²³⁷

Estas dos modalidades de la igualdad no pueden concebirse como compartimentos estancos o como ideales contradictorios. Mucho menos prescindir de los diversos factores que concurren a su aplicación. Como indica Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO: “la distinción entre igualdad formal e igualdad material, más que una alternativa implica un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades pluralistas y democráticas”; en esta concepción formal y material de la igualdad, “su dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización”; y “su dimensión material no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de las oportunidades y los bienes sin contar con los cauces formales que, en el Estado de [D]erecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder.”²³⁸

²³⁶ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 291 y 292-293.

²³⁷ Ibid., p. 293.

²³⁸ *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 34, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Fundación El Monte, Madrid, 2005, p. 38, todas las citas.

5.3. La seguridad: en relación con el poder, el Derecho y la sociedad

La seguridad es la condición de los otros valores y supone la creación de un espacio de paz, de orden, confianza, certeza, de superación del miedo ante agresiones o amenazas de la fuerza irracional del otro o del poder político, ante la desesperanza que produce la insatisfacción de necesidades básicas (seguridad de contar con la asistencia sanitaria frente a la enfermedad, con la asistencia social ante la vejez, etc.); es decir, ante aquellas realidades personales, sociales o fácticas que pueden impedir o dificultar la existencia de los otros valores²³⁹. Por tales motivos, desde un punto de vista fáctico, la seguridad refleja un deseo presente en la vida anímica de las personas que sienten temor ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad e incertidumbre a la que puedan estar sometidas; por eso, desde este punto de vista, puede ser considerada como “una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad.”²⁴⁰ Desde un punto de vista ético o axiológico, la seguridad es “un valor procedimental que pretende crear las condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral, a través de una libertad de elección, garantizada frente al temor y a la violencia de los demás.”²⁴¹ Como valor de la ética pública, actúa según el modelo en estudio en tres grandes modalidades: en relación con el poder, en relación con el mismo Derecho, y en relación con la sociedad²⁴².

1º. *La seguridad en relación con el poder*: se refiere a aquellas condiciones que debe reunir el poder político para producir un ordenamiento jurídico que pueda alcanzar los objetivos de la seguridad jurídica, o, dicho al revés, exige evitar aquellos aspectos del poder que puedan dañar a la seguridad del ordenamiento jurídico. Comprende, a su vez,

²³⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 65.

²⁴⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*, segunda edición revisada y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1994, p. 24.

²⁴¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 246.

²⁴² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 271 y siguientes. Este artículo se publicó anteriormente con el mismo nombre en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 6, 1990, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 215-229. Aquí se cita como aparece en el primero de los libros nombrados.

En la exposición de estas modalidades de la seguridad sigo básicamente el desarrollo que hace PECES-BARBA en: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 248-258.

dos dimensiones: la seguridad en el origen del poder y la seguridad en el ejercicio del poder.

La *seguridad en el origen del poder* se expresa en la existencia del soberano popular, creador de las normas, directamente o por medio de sus representantes, y que permite responder a la pregunta: ¿quién manda? Es la dimensión que establece las instituciones, los órganos, los funcionarios y, en definitiva, los operadores jurídicos habilitados por el Derecho para crear las normas jurídicas. Comprende también la exigencia de que siempre exista alguien habilitado por el ordenamiento jurídico para mandar y que no existan vacíos formales porque siempre existirá un operador competente para resolver lo que corresponda.

La *seguridad en el ejercicio del poder* desarrolla la respuesta a la pregunta ¿cómo se manda?, es decir, la existencia de procedimientos generales y preestablecidos en el ordenamiento jurídico para la formación de la voluntad del poder, la producción de la normatividad jurídica y la actuación de los operadores jurídicos, en todos los casos sometidos al Derecho para que el ejercicio del poder sea válido.

2º. La *seguridad en relación con el mismo Derecho*: se refiere a los mecanismos jurídicos que pretenden otorgar certeza sobre el propio Derecho, para saber a qué atenerse respecto de él, para evitar la arbitrariedad. Presenta dos dimensiones: La seguridad en el conjunto del ordenamiento jurídico, y la seguridad en los subsistemas del ordenamiento.

La *seguridad en el conjunto del ordenamiento jurídico* se refiere a los criterios que regulan la creación y derogación de las normas, su interpretación y aplicación, así como su preservación y garantía; por ejemplo, las reglas que rigen la entrada en vigor de las normas, los criterios de solución de antinomias, la irretroactividad en la aplicación normativa, la cosa juzgada, la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, etc.

La *seguridad en los subsistemas del ordenamiento* se refiere a los criterios que disciplinan con carácter propio determinadas zonas del Derecho; por ejemplo, el principio de “in dubio pro reo” del Derecho sancionador, o el “indubio pro operario” del Derecho del trabajo, etc.

3°. La *seguridad en relación con la sociedad*: supone la extensión del Derecho a sectores tradicionalmente abandonados a la autonomía de la voluntad, a la libre acción de los particulares, pero que en el modelo de PECES-BARBA son tenidos en cuenta como consecuencia de la función promocional que le reconoce al Derecho y de la libertad promocional a la que el valor seguridad se encuentra también orientado. “Es la seguridad frente a la desesperanza”: “no sólo ausencia de temor o certeza, sino tranquilidad y esperanza porque los más débiles no son abandonados ante los más fuertes y que cada uno puede afrontar su realización como persona con necesidades básicas resueltas.”²⁴³ Podemos citar aquí la limitación de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo, los derechos de los consumidores y de los usuarios, el derecho a la seguridad social, a la salud y a la sanidad pública, etc.²⁴⁴

5.4. La solidaridad: la cooperación y la responsabilidad

El cuarto valor de la ética pública, según el modelo en estudio, es la solidaridad, como sinónimo de fraternidad en la vieja trilogía de la Revolución francesa. Representa la *cooperación* de todos en la construcción de la ética pública y de sus dimensiones políticas y jurídicas. Se basa en la aceptación de los valores comunes, a cuyo enraizamiento se quiere ayudar, así como en la participación en la vida comunitaria con una lealtad que integra a las personas en el proyecto común y las conduce a impulsarlo. Como ocurre con los otros valores, teóricamente es posible adoptar una posición favorable o una contraria a la solidaridad, aunque pueden ser matizadas con claroscuros,

²⁴³ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 257, ambas citas.

²⁴⁴ De todo lo expuesto se puede apreciar que seguridad y justicia no son incompatibles. En las sociedades democráticas la seguridad es una dimensión de la justicia del Derecho y de un poder legítimo. Es también la opinión de PECES-BARBA: “En la historia de la filosofía del Derecho y del Estado, durante mucho tiempo, y especialmente en el Congreso Mundial que se celebró en Roma en 1938, se planteó la contraposición entre seguridad y justicia, entendiéndose que el exceso de seguridad perjudicaba las posibilidades de la justicia. Autores como Radbruch presentan la tesis de que hay que optar, y el principio *Fiat iustitia et pereat mundus* (hágase la justicia aunque perezca el mundo) es expresión de la incompatibilidad. Probablemente estamos ante una interpretación errónea de la expresión de Goethe ‘*prefiero la injusticia al desorden*’, que ha servido a tiranos de toda laya para justificar sus abusos. Estos puntos de vista no son acertados y parece, más bien, que seguridad y justicia son compatibles, e incluso que la seguridad es, en las sociedades democráticas, una dimensión de la justicia que denominamos justicia formal.” (“Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 324).

especialmente cuando se contrastan con la realidad. A las posturas favorables a la solidaridad PECES-BARBA las denomina “cooperativas” o “participativas”, y a las contrarias, “aislacionistas”, “individualistas egoístas” o de “mentalidad privada”:

“En relación con la solidaridad, las posiciones favorables que hemos denominado cooperativas o participativas no limitan la actuación de los ciudadanos, o miembros de la sociedad civil, a la participación política, sino que la abren a la cooperación social para la satisfacción de las necesidades básicas, para la realización de la igualdad, que no se considera así una actividad exclusiva de los poderes públicos, y para evitar los males que puedan derivarse de una acción social incorrecta. [...]. Por eso la solidaridad [...] proporciona un contenido y unos objetivos a la idea de sociedad civil, como distinta y complementaria del Estado. Es incompatible con la idea de sociedad civil excluyente que prescinde del Estado, y con la de Estado excluyente que prescinde de la sociedad civil.

Por su parte, las posiciones desfavorables, individualistas egoístas, no otorgan ninguna actividad cooperativa a los miembros de la sociedad civil, que no existe como institución con objetivos, sino que es, simplemente, un lugar en el que coinciden seres individuales que buscan su propia promoción, con mentalidad de sociedad privada. En este ámbito no tiene tampoco sentido la igualdad, con lo que las posiciones insolidarias son siempre desiguales, y las posiciones igualitarias pueden ser insolidarias, si reservan la realización de la igualdad al Estado, y solidarias si aceptan la participación de la sociedad civil en su realización.”²⁴⁵

Como valor de la ética pública, la solidaridad se expresa en derechos pero también en obligaciones positivas a cargo de los poderes públicos y –especialmente– de los particulares, sin sacrificios excesivos que llevarían a su transformación en una virtud individual, de caridad o de amor que –aunque plausibles y deseables– corresponderían más bien a la conciencia y responsabilidad moral de cada cual. Tiene por objetivo contribuir a la igualdad, a la mayor libertad, compatible con la de los demás, así como a aumentar la integración de todos en un proyecto común. No es sinónimo de igualdad, ni tampoco es sólo una virtud privada, pues se puede defender la igualdad, sin ser solidario, aunque no es correcta la afirmación contraria, ya que la solidaridad es inseparable de la igualdad en sus dos sentidos –formal y material–. Esta última es la posición que defiende PECES-BARBA, igualdad más solidaridad, que junto con la seguridad y la libertad integran su concepción de ética pública como paradigma de la Modernidad²⁴⁶. Dicho de otra manera, se puede defender el valor igualdad pero, al mismo tiempo, considerar que es sólo una obligación de los poderes públicos sin que los ciudadanos estén implicados en ello, sin aceptar que se pueda generar obligación alguna a cargo de las personas para su

²⁴⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, op. cit., pp. 98-99.

²⁴⁶ Vid su trabajo: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 69-71.

consecución a partir del valor solidaridad. Tal posición está muy arraigada en nuestro tiempo pero difiere del modelo que nuestro autor propugna. Éste la considera como una patología que dificulta, sino impide, la construcción y fortalecimiento de una sociedad bien ordenada: son “demandas de igualación, dirigidas al Estado o a terceros, sin ningún esfuerzo, ni de cooperación, ni de contribución, limitada a las propias fuerzas, en otros supuestos, donde esta cooperación sería plausible”²⁴⁷

Algunas de las características que PECES-BARBA atribuye al valor de la solidaridad son las siguientes²⁴⁸: (i) Su punto de partida es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de solución con la intervención de los poderes públicos y de las demás personas; (ii) Tiene como objetivo político la construcción de una sociedad en la que todos se consideren como miembros de la misma, y resuelvan dentro de ella las necesidades básicas sin saltos cualitativos entre las personas, a fin de que todos puedan alcanzar su vocación moral como seres autónomos y libres; ese objetivo supone llegar a las personas que se encuentran en la situación más débil, menos ventajosa o más desfavorecida; (iii) Contribuye a la creación de cauces de comunicación en la sociedad, permitiendo un diálogo ilustrado entre las personas para encontrar criterios morales que superen la pura individualidad; de esa manera se refuerza la idea de que un proyecto moral debe poder ser susceptible de ser universalizado, puesto que es construido comunitariamente; (iv) Postula la repartición de derechos y deberes, no sólo a cargo de los poderes públicos, sino también de particulares, para alcanzar el objetivo de la solidaridad; (v) Es un concepto clave para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, pues es contrario al uso egoísta, no solidario, de los derechos, así como a la idea de que los derechos son absolutos o ilimitados o que se pueden ejercer sin importar los daños que se puedan causar a otros; por el contrario, exige un uso solidario de los derechos, con respeto a los de los demás, evitando una afirmación tajante y absoluta del propio derecho, y teniendo en cuenta los perjuicios que se puedan causar a terceros²⁴⁹.

²⁴⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 70.

²⁴⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 279-282.

²⁴⁹ “Esta posición [insolidaria] la adoptan quienes afirman, por ejemplo, la libertad de expresión, en todo caso frente al derecho a la intimidad, sin límite alguno, o quienes ejercen su derecho impidiendo a

Vistas así las cosas, cabe preguntarse qué es lo que hace que la solidaridad sea un valor distinto a la igualdad, ¿no es acaso suficiente la igualdad para alcanzar los objetivos de la solidaridad? Javier DE LUCAS considera que si se entiende por solidaridad la sola asunción de los intereses del otro como propios –sin quebrar su propia identidad–, sin ningún otro elemento que integre su contenido, entonces la solidaridad se presentaría como un concepto innecesario, bastaría con hacer uso del valor igualdad para conducirnos hacia ese objetivo. Sin embargo, la solidaridad no es sólo eso. Presenta otras exigencias que la diferencian de la igualdad. Se resumen en la asunción de la *responsabilidad colectiva*. Lo explica el propio Javier DE LUCAS:

“[L]a solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aun asumir los intereses comunes del grupo [...], sino asumir también la responsabilidad colectiva. En otros términos, se trata de la ‘lógica de la acción colectiva’ (Olson), esto es, asumir también como propios los intereses del grupo, es decir, de lo público, lo que es de todos, y esa titularidad común acarrea asimismo el deber de contribuir, de actuar positivamente para su eficaz garantía, en la medida en que se trata de una responsabilidad de todos y cada uno”²⁵⁰.

La solidaridad aparece así como fundamento de una serie de exigencias o prescripciones que tienen su origen en la concepción de la vida comunitaria y que requieren de la conjunción de esfuerzos para su virtualidad y no de una simple reciprocidad; por ejemplo, la protección del patrimonio cultural, la función social de la propiedad, el deber de contribuir a las cargas públicas, los derechos de las minorías, etc. PECES-BARBA considera que por esa razón el valor solidaridad puede servir para impulsar el proceso de especificación de los derechos fundamentales, como los referidos a los derechos de la mujer, de los niños, de los consumidores, de los administrados, etc.; así como para construir a partir de él una serie de obligaciones jurídicas sin que necesariamente tengan que existir los derechos correlativos, como las referidas a la protección de los animales o a los intereses de las generaciones futuras. Considera que puede servir también para sustentar una serie de derechos fundamentales con contenidos nuevos, como el derecho al medio ambiente adecuado; y para abrir las puertas de la

otros el ejercicio de los suyos para darle mayor relieve o publicidad (la huelga o manifestación, que interrumpe, por ejemplo, la libertad de comunicación).” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 282).

²⁵⁰ *El concepto de solidaridad*, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), Fontamara, México D.F., 1993, pp. 29-30.

solidaridad al ámbito internacional, por ejemplo a través del derecho al desarrollo y el derecho a la paz²⁵¹.

V. LA INTERVENCIÓN DEL PODER Y DEL DERECHO EN LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LAS PERSONAS

Sin perjuicio del reproche o la aceptación que pueda realizarse desde la moral social o desde una moralidad crítica, queda claro que para este modelo el poder político y su Derecho no deben interferir en la ética privada de los individuos. Hacerlo significaría atentar contra una de las expresiones de su dignidad: la capacidad de elegir su propio destino y de esforzarse para alcanzar su desarrollo integral. Las cosas no son tan simples cuando hablamos de una elección que no cumple con alguno de los requisitos para ser calificada como integrante de lo que aquí se entiende por ética privada (verbigracia, ser contraria a su propio objetivo: la autonomía moral). Tampoco cuando la elección personal, a pesar de ser expresión de una auténtica moralidad, incide –sin invadir– en algún aspecto relevante para la política y el Derecho. Nuestro autor se pregunta sobre lo que puede hacer en esos casos el poder político y lo que le corresponde hacer a su Derecho. Como se trata de un tema crucial para la dignidad y la libertad humana, PECES-BARBA se ocupa de abordar los únicos supuestos en los que, en su opinión, tal actuación del poder y del Derecho resulta legítima, así como de determinar el sentido y los límites de esa actuación²⁵².

²⁵¹ Vid su trabajo: “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, en: *Funciones y fines del Derecho*, Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1992, pp. 269-271. Posteriormente se publicó en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 281-320. Aquí se cita tal como apareció en la primera de las obras mencionadas.

²⁵² Desde otro punto de vista, Ernesto GARZÓN VALDÉS ha analizado los supuestos en los cuales es legítimamente posible la incidencia de la esfera pública sobre la privada. Lo ha hecho con el propósito de las relaciones que se pueden presentar entre lo que define como lo íntimo, lo público y lo privado. Según su postura, lo *íntimo* correspondería al ámbito de los pensamientos de cada cual, de lo que todavía no ha sido expresado (sea en forma verbal, escrita, etc.), comprendiendo también a aquellas acciones cuya realización no requiere de la intervención de terceros y tampoco los afecta (acciones autocentradas o de tipo fisiológico). Lo *privado* correspondería al ámbito donde puede imperar los deseos y preferencias individuales de forma exclusiva; un ámbito donde la participación de otros sujetos queda reservada a la libre decisión de cada individuo. Y lo *público* correspondería a un ámbito caracterizado por la libre accesibilidad de las decisiones y comportamientos de los individuos en sociedad. Según el referido autor, la incidencia de lo público sobre lo íntimo (sobre los pensamientos) no sería moralmente posible porque la

En términos generales, considera que cuando la elección de alguna persona no cumple con uno de los requisitos para ser considerada ética privada, el poder y el Derecho no deberían facilitarla y, de ser necesario, deben intervenir prohibiendo la posibilidad de elección —e incluso, añadimos, evitando su concreción—.

Específicamente señala que el ordenamiento jurídico no debe prestar su apoyo cuando el individuo elija una opción que, a pesar de no causar un daño a otro ni afectar el dinamismo de la libertad, es imposible de ser generalizada y propuesta a los demás como modelo de comportamiento. Aquí el Derecho no presta su colaboración porque la elección que se dice moral no cumple con las exigencias del principio de universalidad. Es el caso, por ejemplo, de la persona que hace una elección extravagante y arbitraria como ideal de vida, que prefiere una afición muy especial o que se plantea un ideal moral no generalizable (como hacer una vida de ermitaño, tatuarse todo el cuerpo, practicar un deporte de alto riesgo, etc.). En tales situaciones, el ordenamiento jurídico no interviene prohibiendo esas conductas, pero tampoco las promueve ni facilita su elección. La razón estriba en que el Derecho es un sistema de cooperación social, por lo tanto, no puede estar al servicio del deseo subjetivo y arbitrario del individuo. En esos casos es la persona quien por sí sola, sin el apoyo del poder ni del Derecho, debe hacer el esfuerzo para realizar su preferencia, sin perjuicio del reproche o del elogio moral y social que pueda merecer. Esto no significa necesariamente una valoración negativa de esas conductas. En ciertas situaciones puede tratarse de comportamientos ejemplares, e incluso heroicos (como hacer una huelga de hambre para que se respeten los derechos humanos). Por eso, aunque no haya una protección positiva del Derecho (en el sentido de apoyarlos o contribuir a su realización), sí puede haber cierta forma de protección cuando alguien quiere interrumpir por la fuerza o impedir de cualquier forma esa libre elección²⁵³. PECES-BARBA es concluyente al respecto: “Un proyecto vital extravagante y no

intimidad es donde el individuo ejerce plenamente su autonomía personal, incluso no sería posible encontrar moralmente un equilibrio aceptable para invadirla en previsión y/o castigo de delitos (verbigracia: para conocer los pensamientos e intenciones de relevancia delictiva, a menos que se cuente con el asentimiento del individuo). En cambio, según él, la incidencia de lo público sobre lo privado sí sería moralmente posible con miras a salvaguardar dos principios que hacen posible una supervivencia aceptable en condiciones de libertad e igualdad: el principio de no causar daño a terceros (por ejemplo, en el caso de la violación dentro del matrimonio) y el principio que exige contribuir a la creación de bienes públicos (verbigracia: el caso de las cargas fiscales y de la educación de las nuevas generaciones). Al respecto, vid su trabajo: “Lo íntimo, lo privado y lo público”, op. cit., pp. 16-18 y 22-24.

²⁵³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 233 y 235.

generalizable no debe ser obstaculizado sino afecta en nada a los demás²⁵⁴; y si no afecta el propio dinamismo de la libertad agregará después.

En cambio, continúa el autor, el Derecho sí debe intervenir prohibiendo las elecciones o preferencias del individuo –y de ser necesario, añadimos, impidiendo efectivamente su cristalización–, únicamente en los siguientes casos: (i) cuando la elección suponga daño a la propia concepción del dinamismo de la libertad; y (ii) cuando pueda afectar a la libertad de elección o a la autonomía moral de terceros²⁵⁵.

Nos encontramos en el primer supuesto cuando se pretende elegir un camino que implica vulnerar la posibilidad misma de transitar desde la libertad de elección a la libertad moral. Por ejemplo, cuando se pretende desnaturalizar o suprimir las instituciones o figuras jurídicas que la promueven o garantizan (la libertad de conciencia, de creación artística o científica, etc.), cuando se pretende suprimir o limitar los derechos fundamentales en beneficio de una o más personas, cuando a través de las mayorías se quiere suprimir el propio sistema democrático (instaurar un Estado totalitario, eliminar la soberanía popular o alguna de las instituciones imprescindibles para la democracia), o cuando lo que se quiere elegir es la posibilidad de que una o más personas elijan el ideal de vida de todos. En esos casos se produciría la desaparición del sistema que permite elegir libremente y bregar por alcanzar la autonomía moral, se impediría a las personas – con excepción de los beneficiados– el libre ejercicio de su moralidad, afectándose así la dignidad humana. La intervención del Derecho para prohibir la preferencia se justifica aquí porque la elección supone un ataque frontal contra el propio sistema que permite y garantiza el dinamismo de la libertad, que va desde la libertad de elegir hasta la autonomía moral de las personas; por lo tanto, la elección no sería moralmente válida, razón por la cual el Derecho podría intervenir legítimamente²⁵⁶.

En el segundo supuesto la elección del individuo debe ser prohibida o impedida porque puede dañar a otro sujeto, sea vulnerando su libertad de elección o su autonomía moral. Verbigracia, cuando una persona obliga a otra a someterse a una huelga de hambre, cuando pretende impedir que una o más personas accedan a un puesto de trabajo

²⁵⁴ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 77.

²⁵⁵ Vid: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 233.

²⁵⁶ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 234.

por el color de su piel, etc. Aquí la intervención del ordenamiento jurídico se justifica para garantizar la convivencia social y la igual dignidad de las personas. Sin embargo, hay casos en los que la posibilidad de dañar a otro no es tan manifiesta, o en los que no resulta del todo claro que la supuesta afectación sea un daño que afecte la libertad de elección o la autonomía moral de una tercera persona; en tales situaciones debe realizarse un juicio de ponderación –que por definición se realiza en cada caso concreto– para autorizar o rechazar la preferencia controvertida²⁵⁷.

Las cosas parecen distintas cuando el ejercicio de la libertad de elección de una persona afecta sus posibilidades de elegir en el futuro; o cuando la persona elige una opción que pone en peligro el futuro de su propia libertad y no la de terceros. En esos casos resulta relevante determinar si el poder político puede intervenir legítimamente a través de su Derecho. PECES-BARBA responde a esta problemática distinguiendo entre dos supuestos según la libertad de elección se vea afectada parcial o totalmente.

El primero de ellos se produce cuando una persona renuncia libremente y con conocimiento de causa, a algún aspecto de su libertad en el ámbito social, político o jurídico que la lleva, por consiguiente, a disminuir su libertad de elección pero en aras de alcanzar un objetivo moral, su propio plan de vida. Se trata de supuestos que constituyen una auténtica moralidad personal –y no una fachada que oculta propósitos espurios–, que pueden merecer o no el reproche o adhesión de la moral social, así como observaciones desde una moral crítica. Es el caso, por ejemplo, de los religiosos de clausura que limitan o suprimen su derecho a la libre expresión o a la inviolabilidad de sus comunicaciones. En tales supuestos, PECES-BARBA considera que no hay una renuncia a esfera alguna de la libertad. Si la hubiera, ésta sería inaceptable para el Derecho. A lo más hay un no-ejercicio de algún ámbito de la libertad que, si no va aparejada de un deber a cargo de su titular para ejercerlo, el ordenamiento no puede instar a su puesta en marcha. Pero, al mismo tiempo, los terceros tampoco pueden valerse de esa situación para alegar una renuncia y mucho menos obligar a la persona a mantener el no-ejercicio de su libertad. Se trata de situaciones que tienen que ver con la propia libertad de elección del individuo que afectan al núcleo de inviolabilidad de la persona y la eminente dignidad que se le reconoce. Explica PECES-BARBA:

²⁵⁷ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 234-235.

“No estamos ante una posición perfeccionista de imponer una determinada concepción moral, sino simplemente ante el mantenimiento abierto de los cauces que pueden permitir a cada persona escoger libremente su ideal moral, lo que es diferente. Aceptar la renuncia parcial supondría permitir que dimensiones relevantes de la capacidad de una persona para poder decidir con conocimiento de causa y de forma lo más ilustrada posible, pudieran ser irreversiblemente perdidas, y es diferente que esa persona decida no utilizarlos. Como se ve, [...] lo que se veta es que terceros se puedan beneficiar de una renuncia si el interesado, posteriormente, quiere rectificar, pero no se puede impedir el no uso voluntario del derecho, aunque beneficie a terceros.”²⁵⁸

Se trata entonces de una medida paternalista porque, a pesar de que el sujeto que decide disminuir su libertad de elección no causa con ello daños a terceros, el ordenamiento jurídico no apoya la decisión al vetar el hipotético derecho que podría generarse a favor de alguno de éstos. Medida paternalista que, sin embargo, PECES-BARBA considera justificada por entender que una decisión semejante impediría a la persona que la adoptó realizar elecciones razonadas en el futuro²⁵⁹.

Algo diferente ocurre cuando la persona elige una opción que afecta totalmente su propia libertad de elección; es decir, cuando no existe posibilidad alguna de volver a elegir en el futuro, así sea recuperar la propia libertad de elección. Esta imposibilidad sólo se produce con la muerte. Se trata de la vieja polémica de si el derecho a la vida comprende o no el derecho a suprimirla, específicamente del suicidio y de la eutanasia.

En lo que respecta al suicidio, PECES-BARBA se muestra partidario de quienes defienden el rechazo del ordenamiento jurídico a la libre elección de la muerte y que incluso propugnan una acción positiva para impedirlo. En su opinión, el único límite para un proyecto de vida extravagante y no generalizable, que no suponga un daño a terceros ni a la propia concepción del dinamismo de la libertad, es la supresión de la propia vida: “porque el derecho a la vida, no supone disposición sobre ella, sino posibilidad de defenderla.”²⁶⁰ Para justificar su afirmación se adhiere a dos argumentos expresados por la doctrina: (i) no es posible generalizar la máxima: “es lícito acabar con la propia vida”, pues es un fin lógicamente imposible de conocer, por tanto, no se puede ofrecer a todos como comportamiento a seguir para formar sus planes de vida; y (ii) implica atentar contra el principio de que el ser humano es un fin en sí mismo, ya que la decisión de

²⁵⁸ Ibid., p. 236.

²⁵⁹ Esa parece ser también la posición que adoptaría Gerald DWORKIN. Cfr. su obra: “El Paternalismo”, (1971), en: AA.VV. *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, (Ariel Derecho), traducción de Jorge F. Malem Seña, Ariel, Barcelona, 1990, p. 156 y siguientes.

²⁶⁰ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 77.

suprimir la propia vida cosifica a la persona, la trata como un objeto²⁶¹. En consecuencia, optar por el suicidio como plan de vida no es un recto ejercicio de la libertad de elección, pues no conduce a la persona a su autonomía moral, por el contrario, la frustra. Por esa razón el Derecho puede intervenir legítimamente para rechazar la elección e incluso para impedirla.

La eutanasia, en cambio, es un supuesto diferente al suicidio. En ella concurren importantes razones a favor y en contra de su legalización, sin perjuicio de la moral personal de cada individuo, así como del apoyo o rechazo de la moral social vigente o de las observaciones que puedan hacerse desde una moral crítica. PECES-BARBA considera que existen razones morales y jurídicas que podrían fundamentar la eutanasia razonablemente:

“La eutanasia [explica] supone la muerte de una persona enferma irreversible que vive en condiciones indignas de su condición humana, sin posibilidad de curación, por medio de una acción u omisión de terceras personas, consentida expresamente por el sujeto, o por sus familiares en caso de que no pueda prestarlo. En este caso se considera que se hace un bien al enfermo y se le libera del dolor y de dificultades extremas e insuperables. Estamos ante un concepto de vida humana distinto, una vida casi vegetativa, sin poder ejercerla y dependiendo exclusivamente de unas ayudas médicas, que no pueden recuperar la salud, y que mantienen, sin esperanza, las constantes vitales del paciente, muchas veces a costa de sufrimientos increíbles de él mismo o de sus familiares.”²⁶²

Por esas razones estima que: “[e]n el caso de una enfermedad irreversible no existiría una vida personal digna de tal nombre y no servirían los argumentos utilizados contra el suicidio”, por lo que “con todas las garantías y con todas las precauciones, el Derecho podría reconocer sentido a la eutanasia.” De ser así, concluye: “[u]na vida absolutamente deteriorada desaparecerá del horizonte protector del derecho a la vida y se abriría paso, con fundamento, un nuevo derecho de los enfermos terminales, el derecho a una muerte digna.”²⁶³

El problema planteado no es tan simple de abordar. ¿Qué pasaría por ejemplo si el enfermo no está consciente y no expresó su voluntad con relación a una eventual eutanasia?, ¿permitir que decidan sus familiares no es atentar contra su vida y su libertad de elegir?, ¿cómo estar seguros que, de haber estado conciente, no hubiera elegido vivir?

²⁶¹ Vid: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 238-239.

²⁶² Ibid., p. 239.

²⁶³ Ibid., p. 240, todas las citas.

Por otro lado, ¿quién está en mejores condiciones para decidir lo que conviene?, ¿ante el enfermo terminal que ha perdido la conciencia, no parece sensato que sean sus familiares los que decidan lo que es mejor para él? Pero, ¿qué pasaría si el enfermo, antes de perder la conciencia, expresó su voluntad de vivir hasta el final?, ¿sus familiares, llegado el caso, podrían sustituir esa voluntad? Por último, ¿qué pasa con la escasez de recursos para sostener sus signos vitales?, ¿la respuesta moral sería la misma si se contara con recursos suficientes?, etc. Se trata, sin duda, de un tema complejo y sumamente controvertido que atraviesa diversas dimensiones sensibles para la persona: la vida, la libertad, la dignidad, la familia, etc., así como el rol de la sociedad y el papel de su Derecho para promover y garantizar su goce, su desarrollo, su ejercicio²⁶⁴.

En definitiva, el recorrido hecho para analizar la moral de la libertad que caracteriza al modelo de PECES-BARBA, nos ha permitido avanzar en sus aportes para una Teoría de la Justicia. Nos ha permitido confirmar que la construcción o el fortalecimiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática (según el objetivo medial de racionalización), donde la persona pueda encontrar mecanismos adecuados para el pleno desarrollo de su dignidad, es decir, para alcanzar con su esfuerzo pero con la ayuda de todos su autonomía moral (el objetivo final de humanización), requiere que la política y el Derecho se encuentren comprometidos efectivamente con su realización. Al tener esos objetivos una manifiesta dimensión moral, el poder político y el Derecho que quieran tomarlos en serio deberán estar relacionados con una moralidad orientada a alcanzar esos objetivos. Si los fenómenos políticos o jurídicos prescindiesen de esa vinculación, no podría garantizarse el desarrollo integral de la persona y se correría el peligro de caer en un pragmatismo deshumanizante, sino en una situación de corruptela generalizada, o incluso en un estado de dominio y sumisión regido por el uso exclusivo de la fuerza.

La moral de la libertad permite avanzar en la idea básica de la Teoría de la Justicia de PECES-BARBA: Si el poder sustenta la validez del Derecho y garantiza la eficacia de sus normas, si el Derecho juridifica el poder y es el mecanismo mediante el cual éste se expresa; entonces, la reflexión sobre la justicia del Derecho debe ser

²⁶⁴ Sobre esta problemática vid: AA. VV. *Problemas de la Eutanasia*, coordinador F. Javier Ansuátegui. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999. Este libro recoge el Seminario que bajo el título "Problemas de la eutanasia" se celebró, bajo la organización del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, los días 8, 9 y 10 de junio de 1998.

completada con la reflexión sobre la legitimidad del poder. No puede haber Derecho justo sin poder legítimo, y no puede haber poder legítimo sino produce un Derecho justo²⁶⁵. Legitimidad y justicia que se sintetizan en un Estado de Derecho cuando el poder político ha asumido, y el Derecho ha incorporado, dosis suficientes de una moralidad relevante, que nuestro autor identifica con la ética pública de la Modernidad. Por eso define al Estado de Derecho como la “síntesis integradora” de la legitimidad del poder y la justicia del Derecho, al identificar “a la ética pública de la modernidad en sus vertientes política y jurídica”²⁶⁶.

²⁶⁵ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., pp. 215-226.

²⁶⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 320.

CAPÍTULO IV

ESTADO DE DERECHO: LA LEGITIMIDAD DEL PODER Y LA JUSTICIA DEL DERECHO

“No todo Estado es Estado de Derecho [...]. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva –a veces intencionadamente– al confusiónismo.” (Eliás DÍAZ)*.

I. PROBLEMAS, PERSPECTIVAS Y MODELOS

El Estado de Derecho ha logrado un estimable nivel de consolidación en la cultura occidental de nuestro tiempo. Se ha convertido en un valioso instrumento para analizar e interpretar el Estado, en una fórmula que encauza y permite evaluar a los que pretenden ser considerados con ese signo. Sin él los derechos fundamentales y la democracia no tendrían virtualidad. La construcción de una sociedad libre y bien cohesionada no sería más que una quimera. La experiencia histórica lo demuestra y la doctrina lo recuerda: “El complejo mecanismo, construido y mejorado a lo largo del tiempo, que llamamos Estado de Derecho surge para intentar lograr una mejor protección de los derechos humanos”: limitar el poder político, garantizar la participación de los ciudadanos, promover las condiciones para que pueda realizarse la dignidad humana, etc. Esas “fueron asimismo las motivaciones fundamentales que dieron lugar a los procesos históricos en que surge y se desarrolla la democracia, como sistema político justificado en efecto por la protección de libertades y derechos humanos.” A “esa institucionalización jurídico-política de la democracia se llama Estado de Derecho; sin

* *Estado de Derecho y sociedad democrática*, op. cit., Introducción, p. 7.

éste no hay [...] democracia alguna: ni formal, ni material, ni liberal, ni social, ni ‘burguesa’, ni ‘popular’.”¹

Al profundizar en su estudio se aprecia, sin embargo, varios problemas: desde la pluralidad de definiciones por la ambigüedad y vaguedad del término, la disparidad en su origen y desarrollo histórico, hasta la presencia de diversos factores que lo rodean: ideológicos, culturales, históricos, etc.² No resulta difícil imaginar el diverso significado que tendría si se utilizara diferentes concepciones del Estado o del Derecho; ni la heterogeneidad de sus fines o contenidos si se partiera de antropologías o sociologías distintas. Con el transcurso de los años no sólo ha aumentado su aceptación, sino que se han multiplicado sus significados y el contenido que se le atribuye³. Es utilizado en ámbitos de conocimientos distintos y, dentro de ellos, con objetivos y puntos de vista diferentes. Los ejemplos pueden seguir. A pesar de su éxito, es uno de los conceptos más problemáticos de la ciencia y la filosofía jurídico-política. Una situación que agudiza las dificultades para investigar el estado de la cuestión, al punto de haber sido calificada como un esfuerzo “un tanto enojoso y desazonante, habida cuenta, además, de la variopinta manipulación y la tautológica logomaquia a que se ha sometido el problema.”⁴ A pesar de ello, la lucha y la reflexión por el Estado de Derecho deben proseguir. La edificación de una sociedad bien ordenada lo demanda.

¹ DÍAZ, Elías. “Derechos Humanos y Estado de Derecho”, op. cit., pp. 123 las dos primeras citas, y 124 la última.

² Los problemas de definición de naturaleza terminológica han sido señalados, en general, por Genaro CARRIÓ en su obra: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 1990. En el caso del Estado de Derecho, José Luis CASCAJO se ha referido precisamente a “la ambigüedad y frondosidad conceptual de las múltiples acepciones del término, que provocaban su resistencia a una categorización simple y definitiva” (“Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 189-190, mayo-agosto 1973, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 81). En sentido contrario se ha pronunciado Manuel ATIENZA, al considerarlo como “menos polémico” –por lo menos en comparación con “argumentación” e “interpretación”– y al indicar que: “el concepto de ‘Estado de Derecho’ puede que sea impreciso, pero al menos es unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas.” (“Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo N° XIV, 1997, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, pp. 465 y 466).

³ “Una investigación sobre el significado de la fórmula ‘Estado de Derecho’ no nos daría hoy un resultado coherente. El cúmulo de definiciones ofrecidas se diferencian y contradicen en tal forma unas de otras, que el observador adquiere la impresión de que no se trata del mismo concepto.” (BARATTA, Alessandro. “El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, traducción de Marino Barbero Santos, N° 17-18, Madrid, Abril 1977, p. 11, Nota a pie de página N° 1).

⁴ CASCAJO, José Luis. “La lucha por el Estado de Derecho”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N° 17-18, Madrid, Abril 1977, p. 159.

Estamos ante un *concepto esencialmente controvertido*, como Francisco Javier ANSUÁTEGUI se encarga de señalar; es decir, ante un concepto que si bien es primordial y nuclear para un modelo cultural, no goza de un uso general claramente definido que sea considerado correcto por todos⁵. Si bien no faltará quien estime que su definición es la mejor y que sus argumentos son los más convincentes, lo cierto es que ninguna posición conceptual es, necesariamente, la única correcta. Existen diversas posturas sobre el Estado de Derecho que pueden serlo, desde sus respectivos puntos de vista. Tal situación se debe a las distintas ideologías y concepciones que inciden en su concepto, pero también a las diferentes metodologías y estrategias definatorias con las que puede ser abordado, entre factores diversos (la finalidad perseguida, los condicionamientos sociales, etc.). Las controversias se presentan –y han de presentarse–, pero no pueden resolverse a través de los propios argumentos que intervienen en el debate, a no ser que se demuestre que se incurrió en un error de coherencia o de correspondencia. Si no hay tal error, otros elementos deben considerarse, como el examen sobre su valor y conveniencia. Frente a la posibilidad de la pluralidad definatoria no queda más que una toma de posición, justificando la elección. Lo explica Uberto SCARPELLI: “no existe la *definición* de un concepto, sino *posibles definiciones* y elecciones entre definiciones; [...] las controversias sobre definiciones consisten a menudo en una mezcla de desacuerdos sobre la elección de definiciones y de disensos sobre las cosas a las que las definiciones se refieren”⁶.

⁵ “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, en: *Sistema*, Nº 158, Septiembre de 2000, Madrid, pp. 92-93, respectivamente.

Resulta importante señalar que el carácter confuso o discutible de un concepto no es un indicio suficiente para que pueda ser calificado como un “concepto esencialmente controvertido”. Siguiendo a W. B. GALLIE, para ello es necesario que el concepto presente las siguientes características: (i) una carga valorativa que permita evaluarlo en sentido positivo o negativo; (ii) una estructura compleja; (iii) que sus elementos no estén jerarquizados de manera predeterminada, lo que permitirá organizarlos de manera diferente según diversas perspectivas o concepciones; (iv) que sean abiertos, es decir, que puedan cambiar en función de circunstancias variables; (v) que sus usuarios reconozcan que sus respectivas posturas no son las únicas, a pesar de mantener y defender las propias; (vi) que deriven de un dato o ejemplo que sea reconocido como un punto de partida por todos los que emplean el concepto; y, (vii) que la controversia entre sus diferentes usos permita una óptima realización o materialización del dato o ejemplo reconocido como punto de partida (Vid: “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, volumen 56, 1955-56, pp. 167-198). Del mismo parecer es Francisco Javier ANSUÁTEGUI en: “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 93-94, incluyendo su Nota a pie de página Nº 6.

⁶ *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1955, p. 37. Traducción personal.

La construcción teórica de PECES-BARBA no escapa a esta situación. Al responder a una determinada antropología y a unos presupuestos metodológicos e ideológicos, se sitúa en un determinado contexto cultural e histórico. Aunque defiende su modelo como el más adecuado para alcanzar una convivencia civilizada, justa y pacífica, no le atribuye una corrección exclusiva y excluyente. Si bien ofrece razones para justificar sus puntos de vista, es una propuesta abierta y perfectible que reconoce el valor que puedan tener otras aproximaciones. Una postura que cuida de mantener la correspondencia con los datos y la coherencia con los presupuestos, que le sirven de materiales en sus reflexiones.

Existen diversas perspectivas para construir o estudiar el Estado de Derecho. Algunas no son independientes y pueden relacionarse entre sí. La que se utilice incidirá en su concepto, pudiendo dar lugar a definiciones o modelos distintos. La ciencia y la filosofía pueden adoptar la que resulte más adecuada con sus respectivos presupuestos cognoscitivos. Nuestro autor da cuenta de la descriptiva y la prescriptiva, al referirse al diferente sentido que suele dársele cuando se emplea alguna de ellas: “[C]uando se utiliza el concepto de Estado de Derecho [nos dice] se usa en dos sentidos diferentes, uno genérico, que supone un juicio de hecho y otro específico que supone un juicio de valor.” Y desarrollando estas ideas explica: “En el primer sentido todo Estado, es el hecho fundante básico de un tipo de Derecho. O planteado de otra forma todo Estado es Estado de Derecho, porque siempre se organiza y organiza la vida social por medio del Derecho”; un uso descriptivo que se corresponde con el objeto de una Teoría del Derecho. “En el segundo sentido se prescribe un determinado tipo de Estado [al que se le ha dotado de determinadas características...], y que sólo con esos rasgos es Estado de Derecho. Supone la prescripción de unos determinados contenidos de justicia y sólo se predica de ese tipo específico de Estado”; un uso afín al objeto de una Teoría de la Justicia. “Muchas veces, las disputas sobre este tema derivan de que se usa el concepto de Estado de Derecho, desde esos dos puntos de vista.”⁷

⁷ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 95.

En sentido similar se pronuncia Luigi FERRAJOLI: “Con la expresión ‘Estado de Derecho’ se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, ‘Estado de Derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, ‘Estado de

La *perspectiva descriptiva* se ocupa de estudiar *qué es* el Estado de Derecho buscando reflejar su uso. Es apropiada para una reflexión desde la Teoría General del Derecho o la Ciencia Jurídica que se ocupen de él en un ordenamiento jurídico concreto, o en un ámbito de la realidad delimitado espacial y temporalmente. También lo es para una reflexión desde la Teoría del Derecho que pretenda brindar una definición general de él, independientemente de los contenidos de legitimidad o de justicia que en cada ordenamiento se le asignen. Es útil para aquellas concepciones que consideran que la conexión entre la moral y el Estado de Derecho es, a lo más, contingente por lo que no necesariamente está orientado a la consecución de determinados fines morales.

La *perspectiva prescriptiva* se preocupa por determinar cómo *debe ser* el Estado de Derecho, sin que necesariamente tenga una plasmación en la realidad. Permite realizar una reflexión desde la Teoría de la Justicia para postular un modelo ideal que se encuentre dotado de contenidos de legitimidad o de justicia. Es apropiada para aquellos planteamientos que asumen una conexión cierta entre la moral y el Estado de Derecho, al orientarlo a la consecución de determinados fines morales. Facilita la construcción de un modelo que sirva como referente a cualquier otra realidad o construcción teórica que persiga fines similares.

En estricto, es difícil que aparezcan en estado puro: Ni el punto de vista descriptivo puede prescindir de realizar alguna acción prescriptiva (verbigracia, elegir la concepción jurídica que se va a utilizar), ni esta última puede dejar de realizar alguna acción descriptiva (por ejemplo, explicar el concepto de poder según el sentido que se le otorga en la realidad). Existen perspectivas marcadamente descriptivas y otras que son marcadamente prescriptivas. Suelen combinarse con las perspectivas analítica e histórica, entre otras⁸.

Derecho' designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales." ("Pasado y futuro del Estado de Derecho", en: AA.VV. *Neoconstitucionalismos*, –Colección Estructuras y Procesos–, edición de Miguel Carbonell, traducción de Pilar Allegue, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-14).

⁸ Todas estas perspectivas permiten la construcción de modelos que se corresponden con lo que se ha venido en denominar como *Estado formal de Derecho*, así como modelos que armonizan con lo que se ha calificado como *Estado material de Derecho*: "El Estado formal de Derecho se refiere a la forma de

La *perspectiva analítica* se interesa por examinar el significado de cada uno de los términos que componen la expresión y a partir de allí dar sentido a su unión. Supone analizar de manera teórica los conceptos Estado y Derecho (estructura, funciones, fines, etc.) para hacer lo mismo con su relación (implicancias, alcances, etc.)⁹. Es un punto de vista que sólo puede ser utilizado por posturas que establezcan algún tipo de relación entre los dos términos que integran la expresión. Los modelos de Estado de Derecho a los que puede dar lugar dependerán de la distinta concepción con la que se analicen los conceptos Estado y Derecho (verbigracia: funcionalista, finalista, sistemática, tópica, etc.), así como la distinta forma como se considere expresada la relación del poder y el Derecho con la moral, por tanto, entre el Estado de Derecho y una determinada moralidad. Es una perspectiva útil porque permite un examen minucioso y detallado sobre sus componentes, las funciones que cumplen o podrían llegar a cumplir, sobre sus fines, etc. Su uso contribuye a fortalecer la racionalidad del concepto y a procurar su progreso teórico. Sin embargo, si prescinde del todo de las enseñanzas de la historia puede dar lugar a modelos contradictorios con la experiencia histórica. En ese caso, o estaremos ante un modelo que podría servir como referente para los cambios que se postulen o ante un ejercicio que, si bien puede resultar coherente y relevante desde un punto de vista teórico, podría resultar desacertado o inoperante desde un punto de vista empírico por su falta de correspondencia con la realidad.

La *perspectiva histórica* permite construir un concepto de Estado de Derecho apoyándose en su origen y evolución histórica¹⁰. De esa manera pretende sustentarse en la prueba empírica y ser susceptible de verificación fáctica. Puede ser estática o dinámica. La perspectiva *histórico-estática* efectúa su análisis acudiendo al significado

realización de la acción del Estado y concretamente a la reducción de cualquiera de sus actos a la ley o a la constitución, para lo cual establece unos determinados principios y mecanismos [...]; el Estado material de Derecho [...] no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación Estado-ciudadano, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira meramente en torno a la legalidad, sino que entiende que ésta ha de sustentarse en la legitimidad, en una idea del Derecho expresión de los valores jurídico-políticos vigentes en una época.” (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, – 1977–, undécima reimpresión a la segunda edición, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 54). La distinción es semejante a la formulada por Raymond CARRE DE MALBERG entre “Estado legal” y “Estado de Derecho”; vid su: *Contribution à la Théorie Générale de l’État –spécialement d’après les données fournies par le Droit constitutionnel français–*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, Tomo I, p. 293 y siguientes).

⁹ Vid: DE ASÍS, Rafael. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, op. cit., p. 18.

¹⁰ Vid: DE ASÍS, Rafael. *Ibid.*, p. 34.

que tuvo en su primera formulación, es decir, al momento en que hizo su aparición como construcción doctrinal, señalando que es esa construcción la que habría que manejar (esto es, de manera coherente a como fue concebida en su versión original)¹¹. En cambio, la perspectiva *histórico-dinámica* examina cómo ha evolucionado el concepto de Estado de Derecho a partir de su origen histórico: analiza su evolución y las distintas concepciones doctrinales que han tenido una plasmación histórica, siendo posible que cualquiera de ellas pueda ser utilizada¹². En cualquiera de estos casos, resulta evidente que el análisis se ve fortalecido al estar acompañado de evidencia fáctica y de una delimitación espacio-temporal. Sin embargo, no está exento de problemas. Aunque existe cierto consenso – desde un punto de vista filológico– en que la expresión “Estado de Derecho” tiene su origen en Alemania y que el primero en utilizarla fue Robert VON MOHL, antes de 1848, el origen histórico del concepto no es del todo claro¹³. Existen diferencias entre el sentido que se vincula con la cultura jurídica anglosajona y el que toma como referente a la cultura jurídica de Europa continental. Incluso en esta última hay marcadas diferencias. No existe identidad conceptual entre el *Rechtsstaat* (alemán), el *Rule of Law* (inglés) y la *Division des Pouvoirs* (francesa)¹⁴. Su evolución histórica tampoco ha sido uniforme en

¹¹ Vid: DE ASÍS, Rafael. *Ibid.*

¹² Vid: DE ASÍS, Rafael. *Ibid.*, p. 40.

¹³ Vid: BARATTA Alessandro. “El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual”, *op. cit.*, p. 16; y, DE ASÍS, Rafael. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 36. También la propia obra de VON MOHL, Robert. “Concepto de policía y Estado de Derecho”, en: AA. VV. *Liberalismo alemán en el siglo XIX, 1815-1848*, estudio preliminar y selección de textos y notas de Joaquín Abellán, traducción de Joaquín Abellán y Gabriela Ossenbach, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 139-153.

¹⁴ Con relación a esas diferencias históricas Alessandro BARATTA refiere: “Las diferencias entre la ideología alemana del Estado de Derecho y las teorías iluministas francesas del Estado y la *Rule of Law* inglesa se explican principalmente por la diversa concepción de la *soberanía* imperante en estos países durante el liberalismo clásico.” En Francia, se estableció que la soberanía pertenece al pueblo y la ley fue considerada como expresión de la soberanía popular, como un instrumento para garantizar la libertad individual entendida como autonomía. “Desde este punto de vista, la teoría de separación de poderes constituye en Francia una técnica de organización del Estado que permite asegurar la supremacía del poder legislativo –expresión de la voluntad popular– sobre el ejecutivo y el judicial. Tanto el ejecutivo como el judicial, están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a aplicar y a respetar las leyes. En Inglaterra la soberanía compete conjuntamente a las dos Cámaras y a la Corona. La *Rule of Law*, como expresión de la tradición constitucional inglesa, corresponde principalmente a la idea del límite que el poder de gobernar y de legislar recibe del *Law of the Country*, es decir, del Derecho consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial.” En cambio, en Alemania se consideró que la soberanía pertenece al Estado y se encuentra personalizada en el monarca. Sobre esa base surgió la estructura autoritaria del Reich. El monarca se encontraba apoyado por la aristocracia agraria y la burguesía industrial. Juntos retenían el Poder Ejecutivo y el Judicial. Las estructuras democráticas y representativas se reservaban a la actividad del Parlamento, pero éste no era el supremo poder del Estado, pues se encontraba condicionado por los otros dos. Ellos luchaban contra los éxitos formales obtenidos en el Parlamento por la clase obrera. Frente a ello “[l]a ideología jurídica alemana produjo una inversión en la jerarquía entre poder legislativo y judicial (a la que

las sociedades en las que fue apareciendo. Tanto su gestación como su desarrollo son producto de una conquista lenta y gradual desde la Modernidad –con aportes anteriores– hasta nuestros días. Desde entonces su realización y el sentido doctrinal que se le ha atribuido no han sido los mismos, como no han sido los mismos los intereses, necesidades y exigencias que motivaron su gestación y desarrollo (de tipo socioeconómico, ético, cultural, etc.). Por esa razón, son varios los modelos de Estado de Derecho que han tenido una plasmación en la realidad y que dan cuenta de su evolución histórica. Aunque pueden presentar matices en las sociedades donde se han realizado, se les identifica como: “Estado liberal de Derecho”, “Estado social de Derecho” y “Estado democrático de Derecho” (usándose también las locuciones: “Estado liberal”, “Estado de Bienestar”, “Estado social y democrático de Derecho” o “Estado liberal, social y democrático de Derecho”, etc.) para poner el acento en la ideología que les subyace o en el distinto contenido de legitimidad o de justicia con el que se les concibe.

A pesar de estas dificultades, la perspectiva histórica nos permite advertir que el Estado de Derecho es un resultado histórico, una conquista lenta y gradual realizada por individuos y sectores sociales diversos que, frente a poderes ajenos, han buscado seguridad para sus personas, sus bienes, el reconocimiento y protección efectiva de sus derechos, así como garantías de diversa especie¹⁵. Nos permite verificar que la idea nuclear del Estado de Derecho es la de límites al poder, más precisamente, la de un poder regulado, sometido y controlado por el Derecho, que se encuentra articulado con la idea de dignidad de la persona y el reconocimiento de sus principales derechos. Nos permite constatar que el concepto de Estado de Derecho cuenta con un *contenido básico esencial* consolidado históricamente: se encuentra integrado por una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas, sin las cuales no puede haber Estado de Derecho, independientemente de los modelos que se elijan o que han tenido una plasmación histórica. Por lo tanto, atendiendo al origen y desarrollo histórico que ha tenido este

se vincula el origen de la idea de separación de poderes) y una equívoca contraposición entre ley y derecho [...] que rechaza la idea francesa de la soberanía de la ley para exaltar la fuerza de la tradición jurídica local y el papel de los jueces honorarios de extracción aristocrática, y [...] que atribuye la máxima importancia no a la ley, sino al control judicial de la actividad del Estado. Con estas concepciones se inicia el proceso que terminaría por transformar cada vez más el Estado de Derecho en el ámbito de su historia interna, típicamente alemana, de un Estado legal (*Gesetzesstaat*) en un Estado judicial (*Richterstaat*).” (“El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual”, op. cit., pp. 17-18).

¹⁵ Vid: DÍAZ, Elías. “Derechos Humanos y Estado de Derecho”, op. cit., p. 126.

concepto, a pesar de que todo Estado genera Derecho, presenta cierto grado de organización, se encuentra más o menos sometido a su propia legalidad, e incluso puede estar orientado a una determinada finalidad moral, no todo Estado es Estado de Derecho. Para serlo debe cumplir, por lo menos, con las exigencias de su contenido básico esencial. Si se tiene en cuenta los rasgos que configuran el paradigma histórico que da a luz a este concepto (el Estado liberal), y que se mantienen en sus otros modelos históricos (el Estado social y el Estado democrático de Derecho), las exigencias de su contenido básico esencial se agrupan en torno a cuatro elementos, a saber¹⁶:

¹⁶ Apoya esta afirmación, entre otros, Elías DÍAZ en su obra *Estado de Derecho y sociedad democrática*, op. cit., pp. 18-28; también en sus artículos: “Derechos Humanos y Estado de Derecho”, op. cit., pp. 125-129; y: “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N° 125, Marzo de 1995, pp. 6-13. En este último artículo, refiriéndose a las cuatro exigencias imprescindibles, en torno a las cuales se configura históricamente el concepto de Estado de Derecho, recuerda: “Estas, siempre con un coherente contenido básico esencial, experimentarán no obstante variaciones importantes al hilo de los acontecimientos históricos y los conflictos humanos, las condiciones de ‘la producción y autorreproducción de la vida real’; y sobre unas y otras incidirán, a su vez, las reconstrucciones teóricas que operan desde las concepciones, paradigmas, proyectos o ideologías [...] que en estas páginas venimos clasificando, de manera más o menos convencional, no dogmática ni cerrada, bajo esos rótulos del Estado liberal, social y democrático de Derecho en correspondencia con las correlativas filosofías políticas de uno u otro carácter y significado.” (Ibid., p. 11).

Entre los autores que apoyan la existencia histórica de los cuatro elementos que configuran el contenido básico esencial del concepto de Estado de Derecho, se encuentra también: Eusebio FERNÁNDEZ. En su trabajo: “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho” (en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N° 138, Mayo 1997, Madrid, pp. 101-114) hace una crítica a aquellas concepciones que confunden las diferentes modalidades del Estado de Derecho con sus señas de identidad, por lo que intenta definir y describir un concepto restringido de Estado de Derecho. Concretamente critica las modalidades representadas por el neoliberalismo de Friedrich A. HAYEK y el socialismo democrático de Elías DÍAZ, a los que acusa de “desnaturalizar” el concepto de Estado de Derecho (Vid: Ibid., pp. 101-104, y 104-106, respectivamente). Aclara su posición varios años después: Luego de publicarse algunos trabajos por parte de otros autores que hacen mención de él, y de recibir algunas opiniones acerca del contenido de su propuesta, acepta que se encontraba confundido. Lo reconoce expresamente en el Apéndice de su mismo artículo (“Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”), publicado esta vez en: AA.VV. *Los derechos: Entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2000, p. 118. En este Apéndice sostiene que: “El concepto restringido de Estado de Derecho planea definir una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas que delimitarían lo básico del Estado de Derecho, independientemente de las modalidades que se elijan. Según esto ‘Estado de Derecho’ significa, fundamentalmente, imperio de la ley y sometimiento a la legalidad de gobernantes y gobernados, del poder político y de todos los poderes sociales. Para el ciudadano, además el Estado de Derecho se concreta en previsión y certeza de su conducta, ‘saber a qué atenerse’, seguridad jurídica y el reconocimiento y garantía de ciertos derechos, de seguridad jurídica, autonomía, cívicos y políticos, es decir, de derechos que se derivan de, y a la vez sustentan, las instituciones jurídicas y políticas propias del Estado de Derecho y medio inexcusable para que éste funcione.” “Todo ello da lugar a que el sometimiento del Estado a la legalidad no lo sea a cualquier tipo de legalidad, sino a la de la tradición liberal democrática. Esa legalidad incluye exigencias materiales o de contenido en torno al concepto y papel de la ley, a la organización de los poderes y a los deberes de los ciudadanos que han de ser reconocidos y garantizados.” “Por tanto, por un lado se situarían los rasgos básicos del Estado de Derecho, que lo son de carácter moral, político y jurídico y por otro lado los que describen sus modalidades, que suelen tener, predominantemente, carácter económico y social. Así, la principal diferencia entre el Estado liberal (y neoliberal) de Derecho y el Estado

1º. El *imperio de la ley*, que rige sobre gobernantes y gobernados e implica la proscripción de la arbitrariedad. No se trata de cualquier ley: En el contexto ideológico-político en que surge y se desarrolla el concepto de Estado de Derecho (que arranca del liberalismo y continúa con la democracia, pasando por los aportes republicanos, socialistas, etc.) se trata de la que ha sido creada por el órgano popular representativo (Parlamento) como expresión de la voluntad general; es decir, con participación y representación de los integrantes del grupo social. Es la concretización racional de la voluntad general, manifestada a través de un órgano de representación libremente elegido. El término “ley” incluye aquí tanto la ley ordinaria como la ley fundamental (Constitución), encontrándose la primera condicionada y vinculada a esta última.

2º. La *separación funcional del poder* en legislativo, ejecutivo y judicial. El poder se encuentra distribuido en esos órganos o poderes del Estado, sin que alguno de ellos pueda inmiscuirse indebidamente en las funciones de los demás. No se trata de una rígida separación, como si fuesen compartimentos estancos o no comunicables entre sí. Tampoco que uno de ellos no pueda realizar alguna actividad cercana a la de los otros dos (el ejecutivo elabora cierto tipo de legislación, el legislativo realiza una forma de fiscalización y el judicial efectúa algunas prácticas ejecutivas). Se trata de una distribución de funciones que admite interrelaciones y que se complementa con el sistema de “pesos y contrapesos”, es decir, con controles e intervenciones recíprocas. Su sentido histórico e ideológico es evitar la concentración del poder, constituyéndose en una garantía frente al absolutismo y la dictadura.

3º. La *legalidad de la Administración*: exige que su actuación, en todos sus órdenes y niveles, se encuentre sometida a la Constitución y las leyes, además de estar sujeta a control jurisdiccional. Significa que no debe incurrir en arbitrariedad ni actuar en

social (y socialista democrático) de Derecho gira en torno a la menor o mayor intervención del Estado en ámbitos sociales y económicos. La menor o mayor intervención del Estado suele también argumentarse para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales como prestaciones estatales o no.” “En definitiva, cabe hablar de Estado de Derecho, en contra de la opinión de los neoliberales, con una economía social de mercado y derechos económicos, sociales y culturales. De la misma manera que cabe hablar de Estado de Derecho, en contra del parecer de los socialistas democráticos, con una Economía libre de mercado y con ausencia de ciertas prestaciones estatales importantes. Sin embargo, no es posible hablar de Estado de Derecho sin imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la Administración y derechos de autonomía, seguridad jurídica, cívicos y políticos. Incluso podríamos hablar de democracia auténtica (directa o asamblearia) y de sistemas sociales muy igualitarios en el terreno social y económico que no cumplen los requisitos de un Estado de Derecho.” (“Apéndice [de Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho]”, op. cit., p. 119, todas las citas).

contra de la legalidad; por el contrario, debe actuar razonablemente y conforme al principio de legalidad, según todas sus determinaciones e implicaciones. También que toda su actividad, incluyendo el ejercicio de sus potestades normativas, se encuentre sujeta a un sistema de control jurisdiccional y de responsabilidad jurídica, a fin de asegurar que su actuación sea conforme a Derecho y garantizar los derechos de las personas.

4°. El *reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales*, que incluye su garantía jurídico-formal, así como su efectiva realización material. Según el tipo de derechos fundamentales que se asuma (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, etc.), se tendrá uno u otro modelo de Estado de Derecho.

Uno de los planteamientos teóricos que constituye un ejemplo de lo que PECES-BARBA califica como el sentido genérico con que suele utilizarse el concepto de Estado de Derecho, propio de una particular Teoría del Derecho, corresponde a los primeros trabajos de Hans Kelsen relacionados con este tema. Su modelo combina una perspectiva analítica con el punto de vista descriptivo. Es producto de una particular concepción sistemático-funcionalista, pues percibe al Derecho como una técnica normativa de control social organizada bajo la idea de sistema (con sus características de unidad, coherencia y plenitud), y al Estado como un poder que apoya su validez y se encuentra limitado por el Derecho. Para esta concepción, la conexión de ambos conceptos con la moral es contingente: pueden incorporar contenidos de moralidad o de justicia, pero no es posible especificar *a priori*, de manera abstracta y general, cuáles son o deberían ser¹⁷. Por esa razón pone el acento en sus funciones, no en sus fines, con lo cual la preocupación sobre la moralidad de lo jurídico y de lo político es, a lo más, de naturaleza formal, no de contenidos o de naturaleza sustancial. Dicho de otro modo, sólo se preocupa por determinar cómo debería construirse el concepto de Estado de Derecho para que cada uno de los extremos de esta relación pueda cumplir eficazmente con sus

¹⁷ Sostiene así Hans Kelsen: “Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia” (“¿Qué es justicia?”, en: *¿Qué es justicia?*, segunda edición, traducción y estudio preliminar a cargo de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, p. 63, la cursiva no es mía).

funciones, independientemente de los fines que persigan, es decir, para que el Derecho sea una técnica eficaz de control social y el Estado, además de regulado, se encuentre sometido y controlado por el Derecho¹⁸. Sus rasgos distintivos son: la separación funcional del poder, el principio de legalidad y la exigencia de que las normas jurídicas sean públicas, principalmente generales, y constituyan un sistema unitario, pleno y coherente.

“Para llegar a ser un Estado [dice KELSEN], el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización”.

“[E]l Estado, existente independientemente del [D]erecho como una realidad social, primeramente crea el [D]erecho, para luego someterse, por decir así libremente, a ese [D]erecho. Sólo entonces sería un Estado de [D]erecho. [...]. [U]n Estado no sujeto a [D]erecho es impensable.” “Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de [D]erecho”¹⁹.

Se trata de un planteamiento coherente con sus presupuestos teóricos, pero que no se corresponde siquiera con el modelo histórico que da a luz a este concepto: el Estado liberal. Si se le siguiera, hasta un Estado totalitario podría ser considerado como Estado de Derecho –siempre que cumpliera con sus rasgos formales– a pesar de vulnerar la libertad de elección o la autonomía moral de las personas²⁰. El propio PECES-BARBA lo advierte: “En ese primer sentido un Estado totalitario es un Estado de Derecho, y se puede afirmar el hecho de que no cabe un Estado sin Derecho”; por eso, inmediatamente se apresura a decir: “En nuestro caso cuando hablamos de Estado de Derecho lo hacemos

¹⁸ Vid: DE ASÍS, Rafael. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, op. cit., pp. 45-49; y 20 y siguientes.

¹⁹ *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 291, 314-315 y 315, respectivamente.

²⁰ Quizás por esa razón, tiempo después KELSEN estableció matices a esta posición. En su trabajo sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución –La justicia constitucional–” sostiene: “La simple amenaza del recurso al tribunal constitucional puede constituir, en manos de la minoría, un instrumento adecuado para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente los intereses jurídicamente protegidos de aquélla y para oponerse así, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.” (“La garantía jurisdiccional de la Constitución –La justicia constitucional–”, en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, –Colección Universitaria–, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, el mismo que traduce este artículo, Debate, Madrid, 1988, p. 152). Con esto parecería añadir un requisito adicional a su posición inicial: la actuación de la mayoría no debe vulnerar los intereses jurídicamente protegidos de la minoría, con lo cual la preocupación por la finalidad o el contenido sustancial de las normas parece presente. De ser así, estamos ante una afirmación que se aparta del modelo restringido de Estado de Derecho para aproximarse a otras construcciones donde la preocupación sobre la moralidad sustancial se encuentra presente.

en el segundo sentido como el hecho fundante básico de un Ordenamiento jurídico que incorpora los valores políticos derivados de la ética pública de la modernidad”²¹.

La construcción teórica de Friedrich A. HAYEK se presenta como una alternativa neoliberal. Es un ejemplo de lo que PECES-BARBA califica como el sentido específico con que suele utilizarse el concepto de Estado de Derecho, propio de una particular Teoría de la Justicia. Refleja el uso de un punto de vista analítico con una perspectiva prescriptiva, además de una determinada concepción sistemático-finalista que considera que no basta con que las funciones del Estado y el Derecho sean eficaces: interesa también que estén al servicio de una finalidad. Añade al modelo kelseniano la preocupación por un mínimo contenido moral: el respeto y la protección de la autonomía individual. Para esta construcción, no puede hablarse de Estado de Derecho si es que no se persigue el respeto y la protección de ese contenido. Sin embargo, no establece las exigencias que delimitan esa autonomía, simplemente que sea respetada y protegida para que las personas puedan diseñar y perseguir sus planes de vida. Plantea que debe reducirse lo más posible la discrecionalidad concedida al poder político y que, en todo caso, deben publicitarse previa y claramente las reglas de juego para que cada persona pueda procurarse sus fines y deseos libremente. De esta manera la discusión sobre cuáles podrían ser las exigencias que se derivan de la autonomía individual, así como la corrección o conveniencia de su ejercicio, quedan abiertas. No obstante, aquí la preocupación sobre la moralidad de lo estatal y de lo jurídico ya no es sólo formal, sino también sustancial: el contenido también importa, aunque esté constreñido a ese mínimo moral. Un modelo que tiene como rasgos distintivos, además de los pertenecientes al modelo anterior, el respeto y protección de la autonomía de las personas:

“Nada distingue con más claridad las condiciones de un país libre de las que rigen en un país bajo un gobierno arbitrario [dice HAYEK] que la observancia, en aquél, de los grandes principios conocidos bajo la expresión Estado de Derecho. Despojada de todo su tecnicismo, significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento. [...] Dentro de las reglas del juego conocidas, el individuo es libre para procurarse sus fines y deseos personales, seguro de que los poderes del Estado no se usarán deliberadamente para

²¹ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 95.

frustrar sus esfuerzos.”²² “[E]l gobierno no debe ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida”²³.

Si bien en el planteamiento de este autor la relación entre Estado de Derecho y autonomía individual resulta patente, no ocurre lo mismo cuando se trata de la conexión entre autonomía individual y derechos fundamentales. Por un lado, rechaza la idea misma de derechos económicos, sociales y culturales al señalar que la concepción que defiende es “incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualación material o sustantiva de los individuos, y que toda política directamente dirigida a un ideal sustantivo de justicia distributiva tiene que conducir a la destrucción del Estado de Derecho”²⁴. Por otro lado, cuando pareciera que su postura se acerca a los llamados derechos individuales, se presenta crítica de éstos, por lo menos en la manera como han sido recogidos en las declaraciones internacionales, pues algunas veces las cuestiona por superfluas, otras por insuficientes y en ocasiones por parecerles contrarias a la libertad misma²⁵.

Estamos ante otro modelo que, a pesar de la relevancia que puede tener en el plano teórico, no se corresponde con el origen ni con el desarrollo que el concepto de Estado de Derecho ha tenido en la vida social histórica. Por eso es insuficiente para caracterizarlo correctamente. Con dicho modelo hasta un Estado autoritario podría ser calificado como Estado de Derecho: bastaría con que sus normas fuesen previamente definidas, fijas, públicas y claras, que cumpla con su propia legalidad y asegure a los individuos la libre disposición de sus asuntos, para que sea considerado como tal. Una conclusión desacertada desde el punto de vista histórico, y peligrosa para una convivencia civilizada, justa y pacífica porque deja de lado otras dimensiones importantes para el desarrollo integral de la persona²⁶.

²² *Camino de Servidumbre*, –1944–, –Ciencias sociales–, tercera reimpresión a la primera edición en la colección de Ciencias sociales, traducción de José Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 105-106.

²³ *Los fundamentos de la libertad*, traducción de J.-V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1975, pp. 231-232.

²⁴ *Camino de Servidumbre*., op. cit., p. 113.

²⁵ Vid: Ibid, p. 119 y siguientes.

²⁶ “Existen más requisitos que el ya de por sí importante sometimiento a la ley. La ley no es cualquier modalidad de ley, sino la que cuenta con el consentimiento de los gobernados (más tarde, además, la que se ha elaborado con la participación de ellos); la que precisa de un sistema político con división de poderes y sistema de controles y la que respeta y garantiza unos derechos y libertades fundamentales. La prueba de todo esto es que el proceso histórico hacia la construcción del Estado de

El modelo teórico de PECES-BARBA da un paso mucho mayor. Hace uso de una concepción sistemático-finalista cuya preocupación por la moralidad de lo político y lo jurídico, además de ser formal y sustancial, se refiere a un contenido moral mucho más extenso: comprende los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, así como los derechos fundamentales y otros principios derivados de aquéllos. Por eso se identifica con el Estado social y democrático de Derecho, al que también denomina como “Estado liberal social y democrático de Derecho”, por ser el modelo histórico que se corresponde con su construcción teórica al haber incorporado la totalidad de “los valores de la ética pública ilustrada, como moralidad política, y que sólo con esos rasgos es Estado de Derecho.”²⁷ Un modelo de organización jurídico-política que, según sus palabras, supone al menos los siguientes elementos:

- “1) Soberanía popular, de la que emanan todos los poderes del Estado.
- 2) Legitimación de los gobernantes por medio de elecciones periódicas por sufragio universal, y pluralismo de opciones.
- 3) Sometimiento de los gobernantes [y gobernados] a la ley, jerarquía de las normas, control judicial de sus decisiones y responsabilidad por sus actos y decisiones.
- 4) Preservación de la Constitución por el Tribunal Constitucional.
- 5) Separación de poderes.
- 6) Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, con incorporación de los nuevos derechos económicos, sociales y culturales [sin perjuicio de los demás derechos que vayan apareciendo].
- 7) Función promocional de los poderes públicos para impulsar las condiciones y remover los obstáculos para la igualdad entre los ciudadanos.
- 8) Intervención de los poderes públicos en la organización económica con posibilidad de planificación y con subordinación de toda la economía del país al interés general.
- 9) Potenciación de las organizaciones sociales y culturales de los sindicatos y de otras fuerzas sociales favoreciendo su participación, en la educación, en la planificación y en el control de los servicios públicos que afecten a la calidad de vida de los ciudadanos.”²⁸

Un cierto tipo de Estado de Derecho “que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social”, la dignidad del ser humano, “como dinámica de la libertad, desde la libertad inicial o psicológica a la libertad moral o libertad final, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos.”²⁹ Para ello pone especial

Derecho es un proceso paralelo al liberalismo político, a las declaraciones de derechos y a una configuración democrática del Estado y la sociedad.” (FERNÁNDEZ, Eusebio. “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, op. cit., p. 102).

²⁷ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 95. Los términos “Estado liberal social y democrático de Derecho” y “Estado social y democrático de Derecho” son utilizados indistintamente por nuestro autor. Véase como ejemplo en ese mismo libro las páginas 57 y 95.

²⁸ *Los valores superiores*, (1984), primera reimpression, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 62-63.

²⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 63, ambas citas.

interés en la función promocional, a fin de crear condiciones de igualdad y de libertad que permitan que cada persona pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con la ayuda de todos, su desarrollo integral, su autonomía moral.

Llegados a este punto resulta relevante advertir que, en las sociedades modernas, la parte más esencial de la ética pública se encuentra positivizada en la Constitución –o en la fuente normativa que cumpla sus funciones–, en forma de valores, de principios y derechos fundamentales. De esa manera se convierten en verdaderas normas jurídicas de la mayor jerarquía que delimitan el poder para establecer quién manda, cómo se manda, y qué se manda, al punto de que el poder no puede hacer nada ni dejar de hacer algo que vaya contra ellas. Son normas que –entre otros aspectos– “establecen los criterios sobre los contenidos y particularmente sobre los límites de creación de todas las normas inferiores; ofrecen además una guía para la aplicación y la interpretación que deban realizar los operadores jurídicos, y especialmente los legisladores y los jueces.”³⁰ Al ser las normas de la más alta jerarquía, se encuentran protegidas –entre otros mecanismos– por la jurisdicción –ya sea a través de órganos especiales u ordinarios–, para garantizar su eficacia real o efectiva³¹. Tal tipo de Estado suele recibir el nombre de “Estado constitucional”, un nombre con el que también puede calificarse al modelo de organización política que prescribe PECES-BARBA, aunque con las particularidades que se anotan en este trabajo: “No parece desacertado [explica] dar a este tipo de Estado el nombre de ‘constitucional’, puesto que los criterios de validez de la norma básica [la norma que sirve para identificar a lo jurídico] se encuentran principalmente en el seno de la Constitución.”³² Y agrega: “En esta nueva fase del Estado constitucional en desarrollo del Estado de Derecho, el Parlamento se somete al poder constituyente y a su expresión que es la Constitución.”³³ Para nuestro autor el Estado constitucional es la evolución del Estado de Derecho dotado de contenido material (verbigracia, el Estado liberal, social o democrático de Derecho), al que se le ha incorporado la idea de supremacía

³⁰ PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 125.

³¹ Tal situación ha dado lugar en el ámbito científico a la aparición de una fuerte corriente teórica a la que se ha dado por llamar “neoconstitucionalismo”. Puede verse al respecto los trabajos de Luigi FERRAJOLI, Luis PRIETO SANCHÍS, Gustavo ZAGREBELSKY, y tantos otros, reunidos en las dos ediciones de Miguel Carbonell: AA.VV. *Neoconstitucionalismos*, (Colección Estructuras y Procesos), Trotta, Madrid, 2003; y AA.VV. *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, (Colección Estructuras y Procesos), Trotta, Madrid, 2007.

³² “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 125.

³³ “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 24.

constitucional y la protección jurisdiccional de la Constitución³⁴. Sin perjuicio de ello, las particularidades que distinguen su modelo se refieren, para lo que aquí respecta, a la coexistencia que encuentra posible entre un Parlamento representativo que produce leyes y unos Tribunales de Justicia que crean Derecho, ambos sometidos a la Constitución, aunque con la primacía del primero por ser representante de la soberanía popular. Se refieren también a la integración que nuestro autor estima debe existir entre la Constitución y la Ley para restablecer el equilibrio entre los productos normativos del Parlamento y del Derecho judicial, según sus respectivos ámbitos de competencia³⁵.

“En muchos ámbitos de pensamiento jurídico [precisa], y sobre todo entre los filósofos, existe un sector, yo desde luego no participo de eso, de los filósofos del [D]erecho, de los filósofos políticos, anglosajones y europeos, donde se está produciendo una distinción entre el Estado Constitucional y el Estado de Derecho. [Según ellos,] [e]l Estado Constitucional es el Estado donde la Constitución, sobre la base de la supremacía, plantea que los principios constitucionales van directamente a los jueces, y que los jueces, sobre la base de los principios constitucionales, interpretan de alguna manera, incluso modifican las leyes, sin necesidad del procedimiento de control de constitucionalidad.”³⁶

Para PECES-BARBA, tal concepción sobre el Estado constitucional produce en la práctica un activismo judicial exacerbado, que se convierte en una severa patología, cuando los órganos jurisdiccionales toman decisiones o se inmiscuyen en áreas cuya regulación corresponde a los otros poderes del Estado. Una cosa es que “[l]os jueces crean Derecho, cosa que es correcta y que es adecuada” –indica–, “pero una extraordinaria dimensión de este judicialismo patológico produce [...] una politización de la acción de los jueces sin legitimidad democrática” –afirma–. La realidad histórica de cuenta de que tal situación “ha producido excesos, ha producido incluso modificaciones de las Constituciones por los propios tribunales constitucionales”. Un exceso que “nos debe llevar, [...] a través de una recuperación de la Teoría de la legislación, a que junto al papel central de la Constitución, este no debe oponerse al papel de las Leyes, sino que haya que integrar las dos dimensiones.” Esto significa, “reconstruir de nuevo la integración Constitución-Ley, y no seguir avanzando en esa ruptura para no debilitar al

³⁴ Cfr.: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 125.

³⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre el Parlamento”, op. cit., pp. 209-210 y 217-218. También, del mismo autor: “Parlamento, libertad civil y democracia”, en: *De las Cortes históricas a los Parlamentos democráticos: Castilla y León, siglos XII-XXI*, –Actas del Congreso Científico, Benavente, 21-25 de octubre de 2002–, directores: Eduardo Fuentes Ganzo, José Luis Martín, Dykinson, Madrid, 2003, p. 485. El texto de este último artículo corresponde a la transcripción de la intervención oral efectuada por nuestro autor en el marco de dicho Congreso Científico.

³⁶ “Parlamento, libertad civil y democracia”, op. cit., p. 484.

Parlamento.” Por consiguiente, debe conducirnos al “restablecimiento [...] del equilibrio entre los productos normativos del Parlamento y del Derecho judicial.”³⁷

Teniendo en cuenta esas particularidades, propias de su modelo, y por la especial forma de entender la relación entre la moral, el poder y el Derecho, así como por el positivismo abierto a valores que postula, nuestro autor se opone a aquellos que plantean una ruptura entre la concepción del Estado de Derecho y la del Estado constitucional, a quienes consideran a este último como un modelo diferente que rompe definitivamente con el anterior. El Estado constitucional, concluye: “[n]o es una superación del Estado de Derecho, sino su etapa superior. Un Estado de Derecho, hoy, no se concibe sin Constitución. Contraponer Estado de Derecho y Estado constitucional es, a mi juicio, un error.”³⁸

En definitiva, el proyecto de PECES-BARBA expresa un modelo de relación entre la moral, la política (el poder) y el Derecho, que postula una especial forma de comprender y vincular al Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales. Para construirlo combina armoniosamente la perspectiva analítica, con la histórico-dinámica, ajustándolas a la razón situada en la historia que utiliza como método de sus elaboraciones teóricas. Se sirve de la perspectiva analítica para estudiar cada uno de los componentes que constituyen la expresión Estado de Derecho y determinar el sentido de su unión. Pero no lo hace sin tener en cuenta las enseñanzas de la historia. Se sirve de los aportes que le proporciona la perspectiva histórico-dinámica para realizar un análisis que tenga en cuenta las racionalidades parciales que le resultan útiles y que se han desarrollado a lo largo de la historia. Un proceder metodológico donde ambas perspectivas son usadas de manera complementaria:

“Como ya he apuntado presento un modelo de ética pública, la de la modernidad, y su relación con el poder y con el Derecho. Se trata de una construcción teórica, sobre la base de las distintas corrientes históricas que han actuado y que se han desarrollado en la modernidad, con un modelo simulado que completa la realidad.”³⁹

Esa es la metodología que seguiremos en lo sucesivo para guardar coherencia con el proceder de nuestro autor. Individualizaremos, temáticamente, el Estado y el Derecho

³⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid*, p. 485, todas las citas.

³⁸ “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, *op. cit.*, p. 125.

³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, *op. cit.*, p. 12.

para examinar la manera como entiende el sentido de su unión. Un modelo teórico que es expresión de la siguiente idea básica de su Teoría de la Justicia: si el poder sustenta la validez del Derecho y garantiza la eficacia de sus normas, si el Derecho juridifica el poder y es el mecanismo mediante el cual éste se expresa; entonces, la reflexión sobre la justicia del Derecho debe ser completada con la reflexión sobre la legitimidad del poder. Una reflexión que lo lleva a postular una Teoría democrática de la Justicia, a partir de tres afirmaciones básicas que la resumen: (i) El fundamento del Derecho debe ser un poder democrático, porque no puede haber Derecho justo sustentado en un poder despótico; (ii) Para que el poder sea democrático debe estar organizado según unas reglas de juego que establezcan, como mínimo, elecciones periódicas; y, (iii) Ese poder debe incorporar al Derecho un determinado contenido de justicia para que el Derecho sea justo⁴⁰. Una concepción que sostiene que no puede haber Derecho justo sin poder legítimo, y que no puede haber poder legítimo sino produce un Derecho justo⁴¹. Legitimidad y justicia que adquiere un Estado de Derecho cuando el poder político ha asumido, y el Derecho ha incorporado, dosis suficientes de una moralidad relevante, que nuestro autor identifica con la ética pública de la Modernidad. Por eso define que el “Estado de Derecho [...] es la síntesis integradora de ambos términos [la legitimidad del poder y la justicia del Derecho], que identifica a la ética pública de la modernidad en sus vertientes política y jurídica”⁴².

II. LA LEGITIMIDAD DEL PODER: EL ESTADO DE DERECHO EN SU VERTIENTE POLÍTICA

El poder relevante en el modelo en estudio es el poder político⁴³. Cuenta con una pluralidad de significados que impiden definirlo de manera indiscutible y definitiva⁴⁴.

⁴⁰ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Nota sobre la Justicia”, op. cit., pp. 215-216.

⁴¹ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., pp. 215-226.

⁴² “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 320.

⁴³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 82.

⁴⁴ A pesar de ello, Josep M. VALLÈS considera que las definiciones sobre el poder pueden ordenarse alrededor de dos grandes líneas: la que entiende al poder como un recurso o sustancia disponible y la que concibe al poder como el resultado de una relación o situación. Explica el autor: (i) Cuando se piensa en *el*

PECES-BARBA afronta esa dificultad determinando lo que entiende por él. Influenciado por el proyecto de la Modernidad y la Ilustración, en sus “Reflexiones sobre Derecho y Poder” (1978) lo dice: “Cuando hablamos de Poder queremos decir sobre todo, aunque no exclusivamente poder del Estado, que es la forma de organización moderna del poder político”⁴⁵. Ése es el poder que considera necesario para aquella trilogía que comprende a la moral, la política y el Derecho⁴⁶. Una postura que ve en el Estado al poder político capaz de expresar la racionalidad necesaria para impulsar los objetivos y valores de la Modernidad; pero que, al mismo tiempo, reconoce el protagonismo de otros actores, como el individuo y las distintas agrupaciones que conforman la denominada sociedad civil, para impulsar, junto con él, esos valores y alcanzar esos objetivos⁴⁷. “La historia de la modernidad [nos dice] es, en gran parte la historia del alumbramiento de esos otros protagonistas que completan, prolongan y evitan excesos de racionalización derivados de un protagonismo exclusivo y excluyente del Estado”; actores que intervienen de manera dinámica en las relaciones sociales, sea proponiendo, resistiendo o criticando las decisiones políticas, lo cual revela la existencia de poder político en manos de diversos sujetos sociales⁴⁸.

Esta postura puede entenderse mejor cuando se hace uso de una noción amplia y una noción restringida del poder político. Siguiendo a Francisco Javier ANSUÁTEGUI, la

poder como una sustancia o recurso se tiende a percibirlo como una cosa que se tiene o se posee. Quien lo detenta, lo usa como instrumento y lo ejerce sobre los demás para obtener determinados resultados. Lo que importa en esta visión es cómo apoderarse del poder y cómo administrarlo. (ii) En cambio, cuando se interpreta *el poder como efecto de una relación o situación*, el poder no se posee, es consecuencia de la situación más ventajosa de la que disfruta un individuo o grupo, en relación a otra persona o colectivo. No es tanto un recurso –o una sustancia– como una situación a la que se llega. Quien lo desea no debe apoderarse de nada, debe situarse adecuadamente ya que se atribuye poder a quien está bien situado o tiene una buena situación. Lo que importa a esta perspectiva es qué posiciones facilitan el dominio de unos actores y el acatamiento de otros.

Como se advierte, el contraste de estas dos perspectivas no resulta tan claro, ya que recursos y situación se encuentran relacionados. De una u otra forma el control sobre determinados recursos o capacidades sitúa a algunos actores en situaciones más ventajosas que otros confiriéndoles mayor poder; y una situación ventajosa suele permitir un acceso mucho más fácil a los recursos necesarios para reforzar la posición de poder. Se trata entonces de dos perspectivas que pueden ser integradas para un análisis más comprensivo del poder político. (Vid: Josep M. VALLÈS, en: *Ciencia Política: una introducción*, op. cit., pp. 31-34).

⁴⁵ “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, op. cit., p. 231.

⁴⁶ Vid: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 82.

⁴⁷ Vid sobre este tema: WENCES, María Isabel. *En torno al origen del concepto moderno de sociedad civil, Locke, Ferguson y Hegel*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 9, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

⁴⁸ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 41.

noción restringida hace referencia al poder del Estado; mientras que la noción amplia concibe al poder político como el conjunto de fuerzas, sujetos y factores sociales que apoyan una determinada estructuración de la sociedad compartiendo, al menos en esencia, los elementos ideológicos, axiológicos, etc. en los que se basa la organización social⁴⁹. Digamos entonces que el edificio teórico de PECES-BARBA tiene como uno de sus pilares a la noción restringida del poder político: el Estado, sin que eso signifique desconocer la importancia que tiene la noción amplia del mismo: los demás actores o sujetos sociales, para alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que persigue.

Este poder político conocido como Estado cuenta en el modelo en estudio con especiales características y, a causa de su función social, debe preocuparse de la justificación moral de sus normas para tener legitimidad. Debe interrelacionarse con la ética pública para que su actividad no sólo sea exitosa sino también moralmente correcta; aceptar ser racionalizado y producir un Derecho justo para garantizar y promover la humanización del individuo y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

1. Un Estado único, abierto, institucionalizado y complejo. El poder como hecho fundante básico

El concepto de Estado presenta diversas acepciones, y la idea que se tiene acerca de él no ha estado exenta de crisis⁵⁰. Sin embargo, parece ser más una crisis de los conceptos sobre el Estado demasiado apegados a un momento de su evolución, o referida a la aplicación de unas deducciones realizadas fuera del análisis histórico, que una crítica a su existencia propiamente dicha. El Estado es un concepto histórico y lo cierto es que en el mundo actual no parece posible una organización política de la sociedad prescindiendo de él⁵¹. En sus “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado”

⁴⁹ *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 2, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1997, p. 44.

⁵⁰ Vid: DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado*, quinta edición, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1996, p. 41 y siguientes.

⁵¹ La idea de Estado, en sentido moderno, se va formando paulatinamente con el impulso de una serie de factores que van desde el Tránsito a la Modernidad hasta su completa configuración en el siglo

(1980) PECES-BARBA es de similar opinión⁵². Reconoce que “es un concepto histórico que aparece en el mundo moderno aunque reciba y asuma realidades, ideas e instituciones que son antiguas o medievales, que adquirirán una nueva significación y se unificarán en ese concepto histórico propio de la sociedad tras el tránsito a la modernidad.”⁵³ Una postura similar a la de Felipe GONZÁLEZ VICÉN cuando dice:

“El término ‘Estado’ no designa, en efecto, una forma de convivencia política cualquiera, sino, muy al contrario, una organización política concreta que se abre paso con los siglos modernos, y cuyas características, entre otras, son el poder ‘soberano’, la racionalidad de la administración, la hacienda pública, el ejército permanente, la neutralización religiosa, rasgos todos ellos que no son casuales, sino que reciben su sentido propio en un proceso de independización y concentración frente a las instancias del pluralismo político medieval.”⁵⁴

Es una posición adecuada porque cualquier reflexión orientada a conocer qué es el Estado exige tomar como punto de partida la afirmación de su historicidad. Sería erróneo referir una misma idea de Estado a diversas etapas históricas, más aún si las distintas realidades en las que éste concepto se desarrolla inciden en sus diversas manifestaciones y evolución. Igual de erróneo sería asumir un enfoque metafísico, dogmático y ahistórico, sea para idealizar al Estado o para rechazar su valor: Ni el Estado es la máxima instancia de la libertad y de la ética –como pretenden los totalitarismos–, ni es correcto afirmar que no hay nada sin el Estado, contra el Estado o fuera de él –como pretenden los transpersonalismos–.

Nuestro autor define al Estado como el poder político moderno que si bien es capaz de imponer la propia voluntad para determinar los comportamientos ajenos y organizar la vida social, “reúne una serie de rasgos que lo concretan a la vida del hombre

XVIII. Anteriormente, salvo ciertas excepciones, las formas de gobierno no podrían encuadrarse dentro de una idea moderna de Estado. Una evolución de las formas políticas puede verse en: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

⁵² Op. cit. Este es el primer trabajo en el que PECES-BARBA realiza una reflexión sobre el Estado como forma del poder político en el mundo moderno. Lo dice el propio autor en la obra citada (vid: *Ibid.*, p. 3).

⁵³ *Ibid.* Dentro de los factores que contribuyeron a la aparición y consolidación del Estado Moderno se pueden mencionar: (i) la fragmentación del fluido orden medieval; (ii) la unificación y centralización del poder; (iii) la secularización del poder; (iv) la determinación territorial del poder y la conciencia de nacionalidad; y (v) la objetivación del poder en el Derecho.

⁵⁴ “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIV, 1969, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, p. 16.

Valga la oportunidad para señalar que PECES-BARBA considera que aprendió mucho del “talante liberal, progresista, tolerante, distanciado y relativista” de Felipe GONZÁLEZ VICÉN (Vid su libro: *La España civil*, op. cit., p. 227).

en sociedad, en relación con los temas que afectan directamente al interés general, aunque indirectamente al interés individual, con una pretensión de estabilidad y permanencia y sin que exista competencia de ningún otro poder”⁵⁵. Rasgos que, sin pretensión de totalidad, lo caracterizan como un poder único, abierto, institucionalizado y complejo, que se encuentra organizado jurídicamente y que utiliza la forma del Derecho para expresarse (por eso se dice que el poder político se convierte en poder jurídico, o que es un poder regulado por el Derecho⁵⁶); un poder que es capaz de actuar y de producir efectos con arreglo a determinados valores o fines que los justifican y que en conjunto se ha denominado aquí como ética pública; un tipo de poder que es “origen del Derecho y, a su vez, organizado o limitado por el Derecho”⁵⁷.

El Estado es *único* porque tiene una raíz singular: la soberanía. Esto significa, en su expresión positiva, que es una unidad decisoria general y suprema para un territorio determinado, detentando además el monopolio del uso de la fuerza⁵⁸. En su manifestación negativa, que es independiente pues no reconoce poder político superior sobre él⁵⁹. Se trata de un concepto que el fenómeno de la globalización y en especial el proceso asociativo de algunos Estados exige matizar. En él los Estados están perdiendo parte de sus competencias en beneficio de un nuevo ente (verbigracia: la Unión Europea). Si bien este proceso se produce como consecuencia de una decisión soberana de los Estados involucrados, llegado el caso puede ser necesario reformular algunos conceptos. Mientras eso no ocurra el Estado seguirá caracterizado como un poder único, tal como aquí ha sido esbozado.

El Estado es además un poder *abierto* a la realidad social y a la moralidad⁶⁰. Se inserta en la vida histórica de las sociedades para organizar las relaciones humanas e influir en ellas; pero también recibe la influencia y la presión de fuerzas y factores reales

⁵⁵ *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 334.

⁵⁶ Es también la postura de Hermann HELLER y de Norberto BOBBIO (Vid: HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, op. cit., p. 309 y siguientes; y BOBBIO, Norberto. “Del Poder al Derecho y viceversa”, op. cit., p. 356 y siguientes).

⁵⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 334.

⁵⁸ Cfr.: HELLER, Hermann. *La soberanía, Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, (1927), segunda edición, traducción de Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Escuela Nacional de Jurisprudencia, México D.F., 1995, p. 214.

⁵⁹ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Fuerza”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 102; y *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 335.

⁶⁰ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Fuerza”, op. cit., p. 102.

de todo tipo (económicos, sociales, culturales, etc..) que condicionan, si no determinan, su origen y ejercicio. Al estar conectado con la realidad social, este tipo de poder se abre también a valores, ideales, a principios, que actúan como objetivos o fines máximos en el desempeño de sus funciones.

Si bien monopoliza el uso de la fuerza, no es sólo un hecho de fuerza. Es también un poder *institucionalizado*. No sólo le preocupa reservar para sí el ejercicio de la fuerza, sino también su racionalización y justificación. La fuerza, de por sí, implica el uso o la posibilidad de uso de la violencia contra otro para determinar o modificar su conducta. Si el Estado fuese sólo fuerza nada lo diferenciaría del poder de una banda de ladrones. La diferencia estriba en que el Estado ejerce la fuerza a través del Derecho y –sobre todo en el modelo que aquí se analiza– con arreglo a unos valores que la justifican. En ese sentido se habla de fuerza racionalizada o legítima. Ésa es la postura de PECES-BARBA:

“Podríamos decir, por consiguiente, que el poder político es un tipo de ejercicio de la fuerza con un sentido y con arreglo a unos valores o fines que justifican esos comportamientos. Frente a la fuerza bruta es fuerza institucionalizada o violencia legítima y supone una capacidad de actuar, de producir efectos, de determinar los comportamientos ajenos con arreglo a unos objetivos o fines que hemos denominado ética pública.”⁶¹

Al integrar esos valores, que en definitiva, son valores humanos, el Estado se sitúa en el ámbito de la cultura y procura que las personas, acertada o equivocadamente, no se agrupen en torno a él sólo por el temor a la fuerza, sino por la adhesión a una idea o a unos valores con los que coinciden o contribuyen a implantar en la vida social. Esta característica del poder es la que permite y justifica el consenso, que es a su vez raíz de las pretensiones de obediencia que el Derecho –creado por el poder– comporta y postula. Vistas así las cosas, el poder no es sólo fuerza –no debería serlo–, sino fuerza más consenso –estar convocado a serlo–⁶².

El Estado es también un poder *complejo*, con plurales fuentes en su estructuración. No puede ser identificado con la idea simplista del soberano, que se reduce a un individuo o conjunto de personas. Cuando se dice que el poder es una realidad compleja se pretende desterrar aquellas visiones esquemáticas inadecuadas en

⁶¹ Ibid., p. 96.

⁶² Vid: DÍAZ, Elías. “El Derecho: La razón de la fuerza y la fuerza de la razón”, op. cit., p. 210 y siguientes.

una sociedad moderna. La complejidad del poder deriva tanto de la pluralidad de sus componentes, como de su interrelación con el Derecho que es inseparable del poder, y con quien se mezcla –lo hemos dicho anteriormente– en la realidad⁶³. Sólo en un paradigma teórico se los puede separar pero no en la realidad, donde no encontramos fácilmente y en estado puro al poder y al Derecho⁶⁴.

Si vemos al poder desde la perspectiva de sus componentes, el modelo advierte que su núcleo central y sus referentes identificadores son las instituciones del legislativo, el ejecutivo y el judicial, así como los demás órganos estatales, entre los cuales están los detentadores de la fuerza –fuerzas armadas y policía–. Pero también aprecia otros colectivos con influencia en la toma de decisiones –colegios profesionales, universidades, sindicatos, iglesias, etc.–, grupos económicos, culturales, sociales, entre otros operadores jurídicos que aceptan y aplican el Derecho y también los ciudadanos que participan en su formación y que se identifican con la ética pública política que cohesiona a ese poder. Todos estos sectores conforman el poder en una sociedad, pero no todos actúan como tal de la misma manera. Algunos tienen *potestas* o competencia para tomar decisiones y otros simple *autoritas* o poder de influencia:

“Esta perspectiva sociológica, que expresa la complejidad con la que debe entenderse el poder real, no elimina la dimensión del poder desde la perspectiva jurídica, donde entra en juego la noción de competencia [...]. Así, la relevancia y el papel de las instituciones del poder derivan del ámbito de competencia que tengan para tomar decisiones, a través del Derecho normalmente. Esas instituciones que tienen competencia forman el poder de decisión, y aquellas que pueden presionar, apoyar al poder de decisión, criticarlo o incidir de alguna manera en la orientación de sus decisiones, como los grupos de presión económicos, las universidades, las academias y las asociaciones de vecinos o las organizaciones no gubernamentales, forman el poder de influencia”⁶⁵.

Si vemos al poder desde la perspectiva de su interrelación con el Derecho, o desde los contenidos y funciones que se le asignan, el modelo de nuestro autor distingue sendas expresiones de él⁶⁶: (i) Un poder jurídico, que a su vez puede ser: constituyente, cuando da origen a la Constitución o a la norma suprema; u ordinario (legislativo y judicial), cuando origina o afecta las restantes normas jurídicas (por lo que puede

⁶³ Vid. PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 342.

⁶⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 340.

⁶⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Fuerza”, op. cit., p. 103.

⁶⁶ Vid. PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 339-340.

incluirse por extensión, cuando así ocurre, al poder ejecutivo); (ii) Un poder coercitivo supremo, es decir, la fuerza que puede ejercer el Estado para mantener la supremacía de su poder (es el que sustenta la validez y garantiza la eficacia del Derecho); (iii) Un poder definidor de valores y principios que hace posible el consenso (es el que permite que todos los miembros de una comunidad puedan integrarse en torno a ciertos ideales o fines que les son comunes y que son definidos por ellos; es el consenso sobre la moralidad política y la moralidad legalizada); y el que posibilita también la existencia social de la moral crítica.

Este Estado descrito como un poder único, institucionalizado y complejo es una realidad social que PECES-BARBA identifica como el “hecho fundante básico” del Derecho (que como veremos más adelante se completa con la idea de “norma fundante básica de identificación de normas”). Aunque se diferencia de ellas, la idea del hecho fundante básico actúa como la “norma hipotética fundamental” de Hans Kelsen y la “regla de reconocimiento” de Herbert L. A. Hart, en el sentido de que todas estas construcciones teóricas pretenden brindar una respuesta a la pregunta sobre cuál es el fundamento que sustenta la validez de todo el Derecho o, lo que es lo mismo, cuál es el fundamento que apoya la obligatoriedad o juridicidad de la norma de clausura del sistema jurídico: aquella que ubicándose en su cima contiene los criterios de validez de las restantes normas jurídicas, sin reconocer a otra norma jurídica superior sobre ella (tal tipo de norma suele encontrarse en la Constitución o en un cuerpo normativo con funciones similares). Resulta evidente que el Derecho de nuestro tiempo es una construcción gradual y escalonada donde la validez de una norma se apoya en otra norma superior –que establece los criterios para producirla–, y donde la validez de esta última se apoya a su vez en otra norma que le es superior, y así sucesivamente hasta llegar a la norma de clausura del sistema jurídico. Llegados a este punto resulta necesario determinar por qué esta norma debe ser considerada obligatoria, cuál es el fundamento que permite que sea considerada como jurídica, a pesar de que no existe encima de ella una norma jurídica válida que establezca los criterios para identificarla como tal.

Hans Kelsen responde a esta problemática haciendo uso de una “norma hipotética fundamental”, que no es una norma jurídica sino una ficción epistemológica que se entiende supuesta por encima de la norma jurídica de clausura del sistema. Esta

norma hipotética fundamental vendría a decir que hay que obedecer a todas las normas jurídicas que traen causa de la Constitución o, como aquí se viene diciendo, que se generen a partir de la norma de clausura del sistema jurídico:

“Como se indicó [afirma el mencionado autor], la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez [entiéndase aquí obligatoriedad] no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez [obligatoriedad]. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*).”⁶⁷

Con esta ficción KELSEN pretende explicar cómo es que los estudiosos y profesionales del Derecho, y en buena medida los integrantes de una sociedad, atribuyen obligatoriedad a las normas jurídicas superiores de un ordenamiento jurídico eficaz. Al mismo tiempo, pretende ser coherente con el presupuesto principal de su Teoría pura del Derecho: explicar lo jurídico a partir de su rasgo de normatividad. De esta manera evita la falacia naturalista (derivar del ser un deber ser); pero no puede evitar aparecer como el enmascaramiento de lo que ocurre en la realidad: que la validez o eficacia del Derecho se sustenta finalmente en la voluntad del poder imperante en una sociedad. Basta con pensar en las dictaduras o en los grupos revolucionarios que se apoderan de un determinado territorio para confirmar este acierto: allí el poder real sustituye al ordenamiento jurídico anterior por otro que es impuesto por la fuerza; poder que actúa como causa última de la validez y garante de la eficacia del nuevo Derecho así configurado.

Herbert L. A. HART responde a esta misma problemática haciendo uso de la “regla de reconocimiento”. A diferencia de la hipótesis kelseniana, no es una ficción epistemológica sino una constatación empírica que pretende explicar por qué deben ser consideradas como jurídicas las normas superiores de un ordenamiento jurídico eficaz o, como aquí se viene diciendo, cuál es el fundamento que apoya la eficacia de la norma de clausura del sistema jurídico. Según esta tesis, la existencia de un sistema jurídico depende necesariamente de la utilización compartida de criterios de validez jurídica, compartida al menos por los integrantes de la estructura de gobierno y, en especial, por

⁶⁷ *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 202, la cursiva no es mía. Vid también: GARCÍA AMADO, Juan A. *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

los sujetos funcionalmente dedicados a resolver conflictos mediante normas jurídicas, es decir, por los jueces. Esto sucede, según HART, porque salvo problemas de patología del sistema –las crisis jurídico-políticas– los funcionarios aceptan la misma regla de reconocimiento:

“En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla; aunque ocasionalmente los tribunales de Inglaterra pueden enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de [D]erecho respecto de otro, como cuando afirman la supremacía de las Leyes del Parlamento sobre otras fuentes, aceptadas o sugeridas. En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros.”

“Sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, ‘existir’ aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el [D]erecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.”⁶⁸

Se trata de una aserción que le permite explicar que ni los estudiosos, ni los profesionales del Derecho, ni los propios integrantes de una sociedad atribuyen obligatoriedad a las normas jurídicas superiores de un ordenamiento jurídico eficaz, sino que simplemente las reconocen como tales cuando son usadas para atribuir validez a las normas jurídicas inferiores o cuando éstas son derivadas por haber sido dictadas de conformidad con ellas. A pesar de ello HART se pregunta si la “regla de reconocimiento” puede ser considerada como “derecho” o si es más correcto calificarla como un “hecho”. “El argumento en favor de llamar ‘derecho’ a la regla de reconocimiento [nos dice] es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada ‘derecho’.” Sin embargo, agrega: “el argumento en favor de llamarla ‘hecho’ es que cuando afirmamos que ella existe, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema ‘eficaz’.”⁶⁹ Por tales motivos concluye:

⁶⁸ HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*, op. cit., pp. 127 y 137, respectivamente. Vid también: *Ibid.*, p. 146 y siguientes; asimismo: CARACCILO, Ricardo A. “Sistema jurídico y Regla de Reconocimiento”, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 9, 1991, pp. 295-309.

⁶⁹ *El Concepto de Derecho*, op. cit., p. 139, ambas citas.

“Estos dos aspectos reclaman atención, pero no podemos hacer justicia a ambos eligiendo uno de los rótulos, ‘derecho’ o ‘hecho’. En lugar de ello, es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el [D]erecho.”⁷⁰

Una construcción teórica que se acerca a la realidad social al considerarla como elemento imprescindible que mantiene, con la efectividad de su apoyo, la eficacia del sistema; pero que no logra desarrollar, como lo hace PECES-BARBA, mayores implicancias en la relación poder y Derecho⁷¹.

En efecto, PECES-BARBA considera al poder político como el “hecho fundante básico” del Derecho: aquel que es causa última de su validez (validez entendida aquí como existencia del ordenamiento jurídico), el que garantiza su eficacia; el poder que organiza la estructura del Derecho y es fuente de producción de toda norma jurídica; el hecho institucionalizado que asume una moralidad pública para convertirla en moralidad política y ésta en moralidad jurídica:

“[El hecho fundante básico, afirma:] [n]o es el soberano de Bentham o de Austin, ya sea una persona o una asamblea de personas, sino un poder único pero complejo formado por las instituciones representativas superiores: el Gobierno, los órganos detentadores de la fuerza, los sindicatos, la patronal, los medios de comunicación, las universidades, las fuerzas sociales representativas, los ciudadanos, etc.”⁷²

“Este poder que describimos en el apartado anterior como único, institucionalizado y complejo aparece, lo hemos reiterado en varias ocasiones, mezclado con el Derecho, es causa y es también efecto del Derecho, es una realidad social que llamo hecho fundante básico del Derecho, que se completa con la idea de norma fundante básica de identificación de normas, que nos permite identificar a las normas jurídicas válidas con los criterios formales y materiales que están en esa norma fundante básica, cuya eficacia real es posible porque un poder –el hecho fundante básico– la sostiene.”⁷³

Tal planteamiento no incurre en la falacia naturalista: No se trata de que las normas jurídicas (el deber ser) se deriven del poder (el ser); sino que la voluntad del poder produce el Derecho apoyando su validez, garantizando su eficacia, mediante el uso de la fuerza en caso de incumplimiento. Esta voluntad política, respaldada en última

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Sobre las semejanzas y diferencias entre el “hecho fundante básico” de PECES-BARBA, la “norma hipotética fundamental” de Hans KELSEN y la “regla de reconocimiento” de Herbert. L. A. HART, puede consultarse: HIERRO, Liborio L. “En busca del arca perdida: Diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico”, op. cit., p. 653-655.

⁷² *La España civil*, op. cit., p. 267.

⁷³ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 344.

instancia por la fuerza, aparece así como un elemento medial entre las normas jurídicas y el hecho fundante básico que finalmente las sostiene. Se trata una vez más de la influencia que la Modernidad ejerce en el pensamiento filosófico-jurídico de PECES-BARBA. Ya en sus “Reflexiones sobre Derecho y Poder” (1978) nos dice:

“En el marco histórico del mundo moderno, el Ordenamiento jurídico está apoyado en el poder. El fundamento último de la validez de un sistema jurídico está en el poder. [...] Lo importante de nuestra afirmación es que en la sociedad moderna el Derecho funda su validez en la posibilidad que tiene el poder, en última instancia, en caso de incumplimiento, de imponerlo por la fuerza.”⁷⁴

Luego, en su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983), refiriéndose a la relación que existe entre ellos insiste:

“El Derecho y el Poder se conectan claramente como efecto y causa. Sin perjuicio de otras matizaciones que acotan y perfilan esta posición [...], el Derecho válido fundamenta su validez, es Derecho, por su producción directa o indirecta –a través del reconocimiento de las normas producidas por otros o de la delegación a otros para producir normas– por el Poder Soberano. A su vez el Poder Soberano del Estado, expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza a través del Derecho”⁷⁵.

Nuestro autor reconoce que su concepto de hecho fundante básico es consecuencia de la crítica a la idea de “norma hipotética fundamental” de Hans Kelsen, así como a la “regla de reconocimiento” de Herbert L. A. Hart:

“Si el criterio kelseniano [afirma PECES-BARBA] es enmascarador de la realidad del poder que está detrás de la norma hipotética, el de Hart es confuso e incompleto porque no abarca el reconocimiento de normas secundarias [aquellas que confieren potestades para la creación, modificación o extinción de otras normas] y porque no tiene en cuenta la relevancia del poder, que es quien cierra el Ordenamiento, para sostener y hacer posible su eficacia; es a éste al que denomino ‘hecho fundante básico’.”⁷⁶

Esta caracterización del poder como hecho fundante básico y su coordinación con el Derecho, supone para el modelo en estudio por lo menos las siguientes posturas⁷⁷: (i) Afirmar que no existe jerarquía ni superioridad del poder sobre el Derecho, sólo equilibrio y vinculación correlativa; (ii) Rechazar las posturas que reducen el Derecho al poder o el poder en el Derecho, así como las que postulan una separación absoluta entre ellos; (iii) Sostener que el Derecho como expresión normativa y el poder como voluntad

⁷⁴ “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, op. cit., p. 231.

⁷⁵ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 37. Idea que se reiterará en su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General* (1995-1999), op. cit., p. 327.

⁷⁶ *La España civil*, op. cit., p. 267.

⁷⁷ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 331-332.

creadora del Derecho no se contraponen, sino que se integran y comunican; (iv) Afirmar que el poder crea, en última instancia, al Derecho: las normas jurídicas son creación del poder, por consiguiente, sólo son jurídicas aquellas que son creadas por el poder a través de los requisitos previamente establecidos (de esa manera el modelo se aparta de las tesis iusnaturalistas)⁷⁸; (v) Postular que el poder puede incorporar como jurídicas, si así lo decide, contenidos morales o de ética pública e instituirlos como criterios de validez jurídica (de esa manera se aparta del positivismo clásico o de la teoría formalista del Derecho); lo cual explica la dimensión de positividad de los derechos fundamentales que, siendo previamente pretensiones morales justificadas o, si se prefiere, manifestaciones de la ética pública, no son normas jurídicas hasta que el hecho fundante básico no las haya incorporado como tales; (vi) Asumir que el Derecho configura al poder como poder jurídico y lo racionaliza a través del establecimiento de límites y de la organización de su origen y ejercicio.

El Estado, como poder político con el que se organizan las sociedades modernas, es el hecho fundante básico del Derecho. Pero esto no significa que lo sea siempre y en todos los casos. Puede ocurrir que el poder lo detente un grupo al margen o en contra del Estado –por ejemplo un grupo revolucionario que haya tomado parte del territorio– y que emita y haga valer sus propias normas. En tal situación, esas normas –que no serán las del Estado– serán también Derecho –válido en el ámbito territorial en el cual fue originado– porque un poder real será el causante de su validez y el garante de su eficacia. Por esa misma razón ese poder –distinto al Estado– será el hecho fundante básico del Derecho así originado. PECES-BARBA lo explica de esta manera:

“Lo importante de nuestra afirmación es que en la sociedad moderna el Derecho funda su validez en la posibilidad que tiene el poder, en última instancia, en caso de incumplimiento, de imponerlo por la fuerza. Ese poder suele ser el poder del Estado pero no es una identificación esencial. Puede ocurrir que el poder, en una sociedad concreta, lo detente un grupo social que no sea el Estado. Piénsese en una situación revolucionaria donde los enemigos del Estado controlan una parte del territorio e imponen en ella su Derecho.” “Lo cierto es, por consiguiente, que el Derecho funda su validez en el poder

⁷⁸ Para PECES-BARBA: “todas las normas necesitarán el refrendo del Derecho estatal, y en ese sentido la mayoría serán normas directas, creadas por el sistema de fuentes del Derecho del Estado –Derecho legal y Derecho judicial–, pero podrá delegarse la creación de normas a fuentes sociales distintas –son las normas delegadas hacia el exterior del sistema (contratos, convenios colectivos) y también se podrán asumir como jurídicas normas producidas previamente en fuentes sociales externas (son las normas recibidas como la costumbre)” (“Derecho y Fuerza”, op. cit., p. 102).

efectivo que domina en el ámbito territorial de vigencia de ese Ordenamiento jurídico y normalmente ese poder efectivo será el Estado, forma moderna del poder político”⁷⁹.

Lo mismo ocurre en los casos de ruptura del orden jurídico por circunstancias excepcionales, por ejemplo, un golpe de Estado. En ese caso la nueva fuerza que asume el poder político será el hecho fundante básico del nuevo Derecho que sustituye al anterior. La relación de coordinación entre poder y Derecho se rompe inicialmente por la ruptura del orden jurídico, pero luego se restituye en la medida que el poder así constituido sustenta la validez y eficacia del nuevo Derecho y éste juridifica ese poder regulando su ejercicio. Nuestro autor vuelve a explicarlo:

“De todas formas, este esquema de funcionamiento que describe de manera correcta la relación comunicada entre Derecho y poder, en circunstancias excepcionales se rompe, y cuando ocurre, es el poder el que marca las orientaciones del Derecho, que una vez en acción de nuevo, especialmente en una sociedad democrática, volverá a influir sobre el poder. Nos referimos a las situaciones de ruptura, donde el poder se libera de la situación jurídica anterior (en sus dimensiones relevantes y que contribuyen a definir jurídicamente a ese poder, es decir, la norma fundante básica) y crea e impulsa una nueva norma fundante [verbigracia: la Constitución] para identificar al Derecho, lo que traerá consigo reformas en algunas dimensiones relevantes del Ordenamiento.”⁸⁰

Esta situación anómala, de ruptura o revolución, no configura el poder político que nuestro autor postula en su modelo prescriptivo. Independientemente de los hechos que expliquen esa situación, o de las razones que justifiquen o critiquen su realización, el modelo de nuestro autor se sustenta en el Estado como el poder político apropiado para la ordenación social que propone. Pero no cualquier tipo de Estado, sino un poder político configurado como el gran mediador entre la sociedad y el Derecho, entre los poderes sociales y las normas jurídicas; un poder activo, transformador, que expresa la racionalidad estatal necesaria para el impulso de los objetivos de la Modernidad, que está abierto a la moralidad pública y a la realidad social y que es caracterizado como hecho fundante básico del Derecho, origen de su validez y garante de su eficacia. Un Estado que, en el modelo en estudio, es un poder democrático legitimado tanto en su origen como en su ejercicio.

⁷⁹ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 51-52 y 52, respectivamente.

⁸⁰ *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 332-333.

“Por eso no se puede hablar propiamente del derecho de resistencia. La resistencia es un hecho al margen del sistema y no un derecho que sólo puede encontrarse apoyado en la norma de identificación de normas en el interior del sistema. Si la resistencia al poder como hecho fundante básico triunfa, sustituye al hecho fundante básico y a su vez a la norma de identificación del sistema que se sostiene en él.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 346).

2. Un poder democrático, legitimado tanto en su origen como en su ejercicio. La apertura hacia la democracia deliberativa y la primacía del Parlamento

Que el poder político sea el fundamento último de la validez del Derecho y garante de su eficacia no significa renunciar a la reflexión sobre el Derecho justo. PECES-BARBA no lo hace. Por el contrario, considera que la caracterización del poder como hecho fundante básico y la racionalización que el Derecho aporta al poder –en esta conexión que se afirma entre ambos– permiten un enfoque correcto sobre el tema. Así, una cosa será la validez o la eficacia del Derecho y otra muy distinta que ese Derecho sea o no justo. “Si queremos saber cuál es el [D]erecho justo [afirma] tenemos previamente que saber cuál es el Poder legítimo.”⁸¹ Para que el Derecho sea justo, o tenga vocación de alcanzar la justicia, se requiere que el poder político que lo sustente sea legítimo y que, por tal razón, incorpore al Derecho criterios de moralidad o de justicia. La legitimidad del poder será así la otra cara de la justicia del Derecho.

La legitimidad es la justificación que requiere el poder político para que su existencia y actuación sean consideradas valiosas, para que los destinatarios de sus normas estén inclinados a obedecerlas no sólo por la coacción de la fuerza que está detrás de ellas, sino porque consideran que son justas o, por lo menos, que son más justas que otras, por lo que vale la pena obedecerlas. En palabras de Elías DÍAZ: “Legitimar es justificar, tratar de justificar y –hablando de cuestiones políticas– tratar de dar razón de la fuerza (en este caso de la que está detrás del Derecho y del Estado) por medio de la fuerza de la razón, de su valor –presunto o real– alegando y probando, pues, las posibles razones de la razón.”⁸² Se pone así de manifiesto que la fuerza no es suficiente para sostener un sistema de poder que pretenda ser más o menos justo o, por lo menos, que pretenda mantenerse sin hacer uso permanente de la fuerza: La legitimidad contribuye a fortalecer el sistema de poder y hacer menos necesario el uso de la fuerza.

La legitimidad no es sinónimo de legitimación, aunque aspire a alcanzarla. Mientras la “[l]egitimidad puede tomarse como término equivalente al de justificación

⁸¹ “Nota sobre la Justicia”, op. cit., p. 215.

⁸² *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., p. 21.

(del Derecho y del Estado); [la] legitimación, por su parte, alude al hecho social de la aceptación o no de una legitimidad.”⁸³ La primera se refiere a los valores o criterios que han sido asumidos por un sistema de poder y que sirven para justificarlo; la segunda a la aceptación social de esos valores o criterios y, como consecuencia de ello, a la obediencia de las normas dictadas por el poder⁸⁴. La legitimidad tampoco es sinónimo de legalidad. La “legalidad [es] entendida [...] como sinónimo sin más de Derecho, de ordenamiento jurídico.”⁸⁵ Por ello la legalidad es inherente a la idea de fuerza ejercida conforme a la ley y en nombre de ella.

Si bien todo poder político pretende tener legitimidad, no todos los criterios de legitimidad son equivalentes: algunos pueden responder a un mayor contenido de moralidad o de justicia en comparación con otros. Incluso unos pueden ser más liberadores y otros más opresores. Ello dependerá, fundamentalmente, de la perspectiva seguida, así como de la idea de persona y de la relación que se postule respecto a su comunidad. En la opción de uno u otro criterio de legitimidad se resolverá, en buena medida, el sentido de la organización política y, por ende, las posibilidades de realización de la persona.

Max WEBER, por ejemplo, observa que en las sociedades modernas se concibe a la autoridad como una autoridad legal: El mando se ejerce no en nombre de una autoridad personal, sino en nombre de una norma impersonal; y a su vez el ejercicio del mando no es arbitrio ilimitado, y mucho menos un privilegio: consiste en obedecer una norma. Tal observación le sirve para concluir que en tal tipo de sociedades la “legitimidad racional” se funda en la legalidad; pues en ellas todo titular del poder de mando está legitimado por un sistema de normas racionales, estando su poder legitimado en el mismo grado en que se ajusta, al ejercitarlo, a dichas normas⁸⁶. La obediencia es, por tanto, someterse a normas y no a personas.

⁸³ DÍAZ, Elías. *Ibid.*, p. 26.

⁸⁴ Así, puede ocurrir que exista legitimidad sin legitimación (cuando la sociedad no acepta las razones que justifican un sistema de poder) o que la legitimación inicialmente obtenida finalmente se pierda (porque la sociedad ya no acepta las razones que, justificando un sistema de poder, contaban inicialmente con apoyo social).

⁸⁵ DÍAZ, Elías. *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., p. 26.

⁸⁶ WEBER define la “legitimidad racional” como aquella “que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)”. Los otros tipos de legitimidad, según él, pueden ser: (i) la “legitimidad

“La ‘autoridad’ de un poder de mando [sostiene] puede expresarse en un sistema de *normas racionales* estatuidas (pactadas u otorgadas), las cuales encuentran obediencia en tanto que normas generalmente obligatorias cuando las invoca ‘quien puede hacerlo’ en virtud de esas normas. Así, tal sistema de normas racionales legitima al que dispone del mando, y su poder es legítimo en tanto que es ejercido de acuerdo a las mismas.”

“Se obedece [agrega], no a la persona en virtud de su derecho propio sino a la *regla* estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se deba obedecer. También el que ordena obedece, al emitir una orden, a una regla: a la ‘ley’ o al ‘reglamento’ de una norma *formalmente* abstracta.”⁸⁷

Llevando dicha postura a sus últimas consecuencias, tendríamos que la legalidad no sería una simple medida de la legitimidad, pero bastaría la existencia misma de una legalidad para justificar el poder. Según ello, para determinar si un poder político es o no legítimo bastaría con examinar si sus autoridades han llegado a sus cargos a través de las reglas de sucesión previstas en su ordenamiento jurídico, y si sus decisiones se toman de conformidad con los procedimientos en él establecidos. Si la respuesta a ambas cuestiones es afirmativa, el poder político, según WEBER, sería legítimo.

Estamos sin lugar a dudas ante un planteamiento que sólo se limita a constatar lo que observa, a partir de una perspectiva descriptiva, que no pone en cuestión lo constatado: no analiza qué tipo de legalidad debe ser aquella para que el poder político que se apoye en ella sea legítimo. No advierte que hay normas justas e injustas, impidiendo así que se pueda afirmar que un poder político, para ser legítimo, no sólo debe ser legal, sino que debe apoyarse en una legalidad especial y no en una legalidad cualquiera. Tal perspectiva descriptiva, si bien puede resultar útil para un empirismo o una reflexión sociológica, no lo es para una filosofía política o jurídica que se plantee cuáles deben ser los criterios que permitan justificar a un poder político orientado a la construcción o fortalecimiento de una sociedad libre y bien cohesionada.

tradicional”: aquella “que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional)”; y, (ii) la “legitimidad carismática”: aquella “que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática).” (*Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, –1922–, séptima reimpresión a la segunda edición en español, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynes y José Ferrater Mora, edición preparada por Johannes Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1984, p. 172, todas las citas).

⁸⁷ Ibid., pp. 706 y 707, respectivamente, la cursiva no es mía.

Por ese motivo Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES recuerda que: “[n]o se trata simplemente de exigir la corrección formal de las normas particulares o de las decisiones singulares que componen un ordenamiento jurídico, sino la conformidad de tales normas y decisiones con los valores que se consideran necesarios para la existencia de una sociedad libre.” Una afirmación que, en clara corrección a la tesis weberiana, le lleva a postular que: “[La] [l]egalidad y [la] legitimidad se identifican, pero sólo en tanto en cuanto la legalidad consista en una afirmación de valores.”⁸⁸ Una perspectiva prescriptiva que le lleva a conducir el concepto de legitimidad a su correspondencia con dimensiones de moralidad:

“Creemos que la vieja noción de legitimidad puede ser todavía útil precisamente para formular ese juicio de valor acerca del poder ‘justo o injusto’, acerca del ‘bien’ de la legalidad y de los ‘bienes’ que la misma asegura: sólo aquella noción, en efecto, puede dar cuenta no solamente de la validez de las leyes, sino también de su obligatoriedad [moral], la cual, en cuanto se traduce en una determinada conducta de los ciudadanos, viene a ser la condición y garantía de la eficacia de aquéllas y, por tanto, de la existencia misma del Derecho y del Estado.”⁸⁹

Por eso no duda en exhortar: “Querer encontrar una legitimación [entiéndase legitimidad] al poder no es algo vano y sin sentido, sino la tarea fundamental de la filosofía política. Una teoría del Estado que no la tenga en cuenta es, necesariamente, una teoría incompleta.”⁹⁰

El modelo prescriptivo de PECES-BARBA es uno de esos esfuerzos. En él la legitimidad es la correspondencia entre el poder político con la ética pública, con aquel ámbito de la moral de la libertad referido a la justicia de las relaciones humanas. Para que ello ocurra se requiere del cumplimiento de dos requisitos: (i) que el poder sea realmente democrático, lo cual implica una participación directa e indirecta de las personas en el origen y en el ejercicio del poder; y, (ii) que asuma y positivice de la ética pública los valores, principios y derechos fundamentales que permiten la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo, garantizando además su protección y realización; esto implica que el poder esté sometido al Derecho y que se aseguren

⁸⁸ *La noción de Estado: Una introducción a la Teoría Política*, (Ariel Derecho), (1967), edición y prólogo de Ramón Punset, Ariel, Barcelona, 2001, p. 178, ambas citas.

⁸⁹ PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *Ibid.*, p. 180.

⁹⁰ PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *Ibid.*, pp. 180-181.

fórmulas de disenso puntuales reconocidas por él⁹¹. No basta, por tanto, que el poder esté abierto a la moralidad y a la realidad social, tampoco que se revista con un ropaje democrático. Es necesario que se comprometa seriamente con la ética pública, que permita ser racionalizado y que vele por la justificación democrática de su origen y ejercicio. Sólo un poder democrático puede tener vocación de producir un Derecho justo, y no puede haber Derecho justo sin poder democrático.

Este es el tipo de poder que estipula PECES-BARBA para su modelo⁹². Requiere de un poder democrático porque sólo éste es capaz de decidir racionalizarse y justificarse mediante la positivación de valores, principios y derechos fundamentales, a sabiendas que actuarán sobre él limitándolo, sujetándolo a restricciones en su voluntad y en su capacidad de acción. Como dice Francisco Javier ANSUÁTEGUI, resulta evidente que: “cualquier poder no se va a prestar a positivizar (seriamente, esto es acompañando un aparato de garantías y de mecanismos de protección) los valores y las exigencias de los derechos, por la dosis de compromiso y de limitación que ello implica.” Por eso: “[s]ólo un Poder democrático –esto es, un Poder político participado y con voluntad de autolimitarse– puede hacerlo. Se podría por lo tanto afirmar la vinculación conceptual entre derechos fundamentales y democracia. Los derechos fundamentales en otros regímenes serían derechos puramente ‘nominales’ o ‘ficticios’.”⁹³ PECES-BARBA lo comprende perfectamente: “la primera afirmación de la Justicia [nos dice...] es que el fundamento de un Derecho justo es un Poder democrático.” Y agrega: “No se puede

⁹¹ De manera similar, Rafael DE ASÍS considera que: “en términos genéricos puede decirse que nos encontramos con un poder legítimo cuando se dan al menos las siguientes características:

- a) El poder está regulado por el Derecho, y no está por encima de él.
- b) Existe una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder.
- c) El poder, por medio del Derecho, defiende y promueve el disfrute de las libertades.
- d) El poder, por medio del Derecho, permite fórmulas de disenso.” (DE ASÍS, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, op. cit., p. 100).

⁹² Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 80-82; *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 347-349; y “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, op. cit., pp. 236-239.

⁹³ *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, op. cit., p. 49, ambas citas.

“Sólo un poder político democrático procede a la positivación de los derechos, pero no es el único modelo de relación entre Derecho y poder. Caben los modelos que establecen la supremacía del poder sobre el Derecho, la del Derecho sobre el poder, la supremacía total de uno sobre el otro, con la desaparición o absorción del segundo y, por fin, el de la separación entre ambos. Solamente el modelo de coordinación e integración entre Derecho y poder, el modelo democrático que sostienen Heller y Bobbio, y que yo comparto, el propio de una sociedad política democrática, permite el despliegue jurídico de los derechos fundamentales.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 17).

pensar en un Derecho justo que tenga como hecho fundante básico un Poder despótico.”⁹⁴ Por otro lado, en sus: “Reflexiones sobre la democracia en la sociedad” (2002) añade: “Hemos dicho que la democracia son unos procedimientos, unas reglas del juego que legitiman el origen del poder y racionalizan su ejercicio y unos contenidos materiales en forma de valores, principios y derechos.”⁹⁵ De esta manera postula una *democracia integral*, conformada por la unión de “[l]a democracia procedimental o formal [que] coincide con la legitimidad de origen y de ejercicio [del poder]”, y “[l]a democracia de contenidos o democracia material [que] supone la necesidad de considerar a algunos valores como propios de la democracia”, de los cuales se derivan una serie de principios y derechos que integran junto con los valores el contenido de justicia del Derecho⁹⁶. Conforme a ello, en el modelo de nuestro autor no existe contraposición entre derechos fundamentales y democracia. Por el contrario. El poder democrático aparece garantizando la existencia y la virtualidad de los derechos; éstos, a su vez, son los que delimitan y garantizan la potencialidad de la democracia. Se trata nuevamente de una aproximación prescriptiva, que no debe confundirse con el plano descriptivo, por ser esencial para la construcción de una teoría sobre los derechos fundamentales. PECES-BARBA lo explica muy bien al ocuparse de la conexión entre poder y Derecho:

“Naturalmente en este modelo de relación, que es el que nos interesa y desde el que se puede construir una teoría jurídica de los derechos fundamentales, hay que distinguir dos tipos de aproximación. Por una parte una aproximación descriptiva, válida para cualquier poder y para cualquier Derecho resultante del mismo. En ese tipo de argumentación de lo que se trata es de analizar el hecho de que todo poder político asume unos valores y que los traslada como moralidad jurídica a su sistema de Derecho. Así, toda relación poder-Derecho supone un poder institucionalizado que tiene unos fines u objetivos susceptibles de ser analizados desde el punto de vista de la moralidad pública, una determinada moralidad pública, y una vocación de ese poder a organizar la convivencia social a través de normas jurídicas, de un ordenamiento, al que ese poder comunica sus criterios o valores de moralidad pública como fundamento de esa regulación.

La aproximación prescriptiva supone optar entre todos los modelos posibles por el que se considera más deseable, más justificado o más adecuado para alcanzar determinados

⁹⁴ “Nota sobre la Justicia”, op. cit., p. 215, ambas citas.

⁹⁵ “Reflexiones sobre la democracia en la sociedad”, op. cit., p. 50.

Adicionalmente expresa: “El soberano democrático moderno son los ciudadanos, y a su vez el concepto se bifurca en dos núcleos fuertes: unos procedimientos para legitimar al poder y para racionalizar su funcionamiento; y unos valores, unos principios y unos derechos, a partir de la raíz de la dignidad humana y del valor libertad.” (Ibid., pp. 44-45).

⁹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., pp. 50 y 51, respectivamente.

“Este modelo democrático que comprende las dos dimensiones formal y material, es el de la democracia integral” (PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 51).

objetivos. La reflexión sobre el poder democrático, raíz imprescindible del Derecho válido de los derechos fundamentales, se sitúa en ese segundo grupo. Así, sólo en un tipo de poder democrático se encuentra un modelo de derechos fundamentales, aunque luego existan matices y ámbitos más o menos extensos según el tipo de poder democrático y la ideología y el grupo social que lo apoya. La no confusión entre el plano descriptivo y el prescriptivo, resulta, una vez más aquí, esencial⁹⁷.

A partir de esta constatación, define el poder democrático como “fuerza más consenso en unos valores de integración que asume de la moralidad pública, que sostiene la eficacia de un sistema jurídico al que transmite los valores como valores jurídicos y la fuerza de la coacción”⁹⁸. Un poder que, en el modelo que aquí se analiza, asume y positiviza los valores de la ética pública de la Modernidad, los cuales actúan a través de ellos mismos, de los derechos fundamentales y de los otros principios derivados de aquéllos⁹⁹.

En este modelo de poder el consenso es un concepto central. Nuestro autor lo expresa en sus reflexiones sobre *La Constitución española de 1978, Un estudio de Derecho y Política* (1980)¹⁰⁰. La idea del consenso, como heredero de las doctrinas del contrato social, es una teoría que justifica el fundamento último de las normas básicas de la convivencia, del poder y del Derecho en la voluntad de los ciudadanos y de los grupos que los representan. Pero no es sólo un acuerdo sobre la legitimidad formal (es decir, no es sólo un principio formal de justificación del poder y del Derecho), es también un acuerdo sobre los contenidos esenciales que son necesarios para que esa convivencia sea con paz social en justicia¹⁰¹. Es “un acuerdo en lo fundamental, [...] un pacto para la paz y para la convivencia con profundas raíces éticas y culturales que pretende superar una

⁹⁷ *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 327-328.

⁹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 17.

⁹⁹ Vid: Ibid.

¹⁰⁰ *La Constitución española de 1978, Un estudio de Derecho y Política*, Obra publicada con la colaboración de Prieto Sanchís, s/l, s/e, 1980, p. 14.

¹⁰¹ La idea de consenso es heredera de la de contrato social, de suma importancia para explicar la formación y el mantenimiento de las sociedades. Las doctrinas del contrato social, con antecedentes que arrancan desde la Antigüedad y que se consolidan en el contractualismo de los modernos, fueron un intento de proporcionar elementos racionales e históricos que justificasen la sociedad, el Estado y el Derecho. Tienen en común la constatación de la relevancia del poder en estos campos y de la dificultad, sino imposibilidad, de encontrar verdades objetivas que sean comprobables científicamente en el plano de las ciencias sociales y susceptibles de ser compartidas por todos. Esta situación llevará a las doctrinas del contrato social a buscar solamente una legitimidad formal, partiendo de la idea de que la mayoría, aunque puede equivocarse, es un principio formal de justificación del poder y del Derecho. La idea de consenso se preocupa, además, en la legitimidad material, es decir, en los contenidos mínimos que son necesarios para una convivencia justa y pacífica (Vid: PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 14 y siguientes).

tradición de enfrentamientos y buscar la coincidencia en lo fundamental.”¹⁰² Esta idea del consenso ha asumido toda la evolución histórica de la sociedad hasta nuestros días, recibiendo influencias liberales, socialistas, democráticas y otros aportes que, en las sociedades con un alto contenido de justicia, implica un planteamiento superador del individualismo, más centrado en la solidaridad y abierto a la participación ciudadana en el desarrollo de las instituciones.

“El consenso es el fundamento de la convivencia y supone, en los términos científicos modernos, el acuerdo sobre la forma y sobre un contenido mínimo básico de principios democráticos y de organización de la sociedad y del Estado [... que en este modelo se concreta especialmente en los valores libertad, igualdad, seguridad y solidaridad]. Tiene el consenso un fundamento histórico suficiente enraizado en el liberalismo y en el socialismo democrático y consiste en las formas y en los contenidos de la democracia que no son discutibles para la mayoría de los ciudadanos. En otras palabras, el consenso son las reglas del juego, de la convivencia, donde sólo una no puede cambiar y es precisamente la posibilidad del cambio, porque si ésta desapareciese se obstruiría totalmente el progreso social y la única salida sería al caos. Pero también el consenso tiene un contenido material, que hoy es el mixto-liberal y socialista democrático, y supone los grandes rasgos de un modelo de sociedad que ya no es liberal representativa, pero que tampoco es la alternativa de la sociedad socialista.”¹⁰³

Este consenso es más intenso en las dimensiones próximas al poder supremo, constituyente o soberano y a las normas básicas del ordenamiento –entiéndase derechos fundamentales, principios de organización, etc.–, y más lejana, hasta casi inexistente, mientras más se alejen de ellas –como por ejemplo en la regulación de los contratos de arrendamiento, en el reglamento de transporte, etc.–. “La graduación de cercanía o lejanía está determinada porque hay partes del Derecho –las que hemos indicado– que suponen una regulación directa de los principios o valores morales del poder (valores políticos) decisiva para la identificación del sistema y para su legitimidad como sistema político, y su justicia como sistema jurídico.”¹⁰⁴

¹⁰² PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 18.

¹⁰³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 18-19.

En otro lugar, refiriéndose al consenso alcanzado en la Constitución española de 1978 y utilizando una fórmula mucho más sencilla, PECES-BARBA dice: “El consenso es el acuerdo de las fuerzas políticas mayoritarias en la sociedad y, por consiguiente, en el poder del Estado para apoyar la validez de la Constitución. Es algo necesario en una sociedad democrática y es lo que va a permitir el apoyo del poder a la validez de la Constitución. Es lo que garantiza su larga duración como norma básica de la paz, de la convivencia, de la libertad y de la igualdad entre los españoles.” (“Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 127).

¹⁰⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, *op. cit.*, p. 330.

El poder democrático así concebido debe ser legítimo. Lo hemos dicho. Según el modelo, la legitimidad expresa la justificación del poder y se obtiene racionalizándolo tanto en su origen como en su ejercicio. Por esa razón, para PECES-BARBA: “[l]a segunda afirmación de la Justicia [...] es la necesidad de unas reglas del juego que organicen el Poder y su funcionamiento y que establezcan los cauces para su cambio en elecciones periódicas por sufragio universal, si cambia la mayoría.” Sobre la posibilidad de cambio agrega: “Lo único que se deberá preservar del cambio es precisamente esas reglas del juego que permiten cambiar las normas válidas. Cuando éstas desaparecen o son desconocidas por un sector social para propugnar por la fuerza un cambio, estamos ante una ruptura constitucional, ante un golpe de Estado o ante una revolución.”¹⁰⁵

La *legitimidad de origen* del poder político se vincula a los criterios que explican su nacimiento y que –tras los aportes de la Modernidad hasta hoy– se basa en: (i) el consentimiento de los ciudadanos, articulado por el principio de las mayorías y con respeto a las minorías, organizado a través del sufragio universal, igual, libre, directo y secreto; y, (ii) en la participación a través de elecciones periódicas, donde todos los ciudadanos pueden intervenir en las mismas condiciones y con las mismas posibilidades para elegir y ser elegido, sin coacciones ni presiones, ni tampoco orientación del sentido del voto; con garantía de intimidad para evitar represalias y como condición del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad; es, en general, la actuación de las personas para generar o participar en el poder. Esta legitimidad de origen responde a la pregunta ¿quién manda? y sólo es posible en los sistemas democráticos. Es la legal-racional, pues establece una regla basada en las mayorías y en el sufragio a través de unos procedimientos fijos y preestablecidos que garantizan la igualdad para expresar el consentimiento. Se podría decir que la legitimidad de origen es la justificación estática del poder, pues no apunta a su actuación, a la manera como éste se ejerce o desarrolla, sino a su nacimiento. Ella se alcanza con el consentimiento y se fortalece con la participación, apareciendo el Derecho como el instrumento que regula las condiciones y procedimientos para alcanzarla¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “Nota sobre la Justicia”, op. cit., p. 216, ambas citas.

¹⁰⁶ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 320-321. También del mismo autor: “Derecho y Fuerza”, op. cit., p. 97.

La *legitimidad de ejercicio* es la justificación dinámica del poder político. Se relaciona con su actividad en el tiempo, al expresar la forma como deber ser ejercido y administrado. Responde a las preguntas ¿cómo se manda?, ¿con qué procedimientos?, ¿con qué contenidos?, y ¿con qué límites? Para alcanzarla el poder debe ser racionalizado –esto es, organizado y limitado– por un ordenamiento jurídico que ha incorporado para sí determinados valores de la ética pública, así como sus proyecciones expresadas en principios y derechos fundamentales. Debe estar orientado a la consecución de esos valores, principios y derechos, además de actuar en armonía con ellos y de garantizar su realización efectiva, para alcanzar una legitimidad de ejercicio. Como quiera que los fines u objetivos que pretende alcanzar ese poder son la ética pública que ha sido asumida por él como moralidad política, y que al ser incorporada al Derecho es moralidad jurídica, aparece una vez más la interconexión entre poder y Derecho, entre legitimidad y justicia¹⁰⁷.

Por la influencia que la tradición política republicana ejerce en su pensamiento, por el dinamismo de la libertad en que sustenta la dignidad del ser humano, que convoca a cada persona a participar en la configuración de su propio destino, e incluso por la afinidad que le reconoce a las Éticas comunicativas, PECES-BARBA no concibe a la democracia como un simple entramado normativo por medio del cual el poder político se delega periódicamente a determinados sujetos para que lo ejerzan de forma controlada; sino como una gigantesca estructura construida para el entendimiento y el acuerdo donde el núcleo central es la participación política y el ejercicio del poder en amplios sectores sociales: “el soberano democrático moderno [afirma] es el colectivo de los ciudadanos, considerados en su individualidad”, en él radica “la sede tanto de un procedimiento para legitimar el poder y para racionalizar su funcionamiento, como de unos valores y principios entre los cuales resalta la idea de libertad, junto con las de igualdad y solidaridad [además de la seguridad], en una tradición que [...] es de signo individualista y laico.”¹⁰⁸ Una concepción que, sin dejar de reconocer el rol que le corresponde a las instituciones en una democracia representativa (como es el caso del Parlamento), se

¹⁰⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 321-322. También del mismo autor: “Derecho y Fuerza”, op. cit., p. 97.

¹⁰⁸ “Reflexiones sobre la democracia en la sociedad”, op. cit., p. 44, ambas citas.

encuentra abierta hacia esquemas que incrementan la participación de las personas en el origen y ejercicio del poder, propios de la democracia deliberativa¹⁰⁹.

No existe una definición única y simple sobre lo que es la democracia deliberativa. Diversos autores ofrecen definiciones explícitas e implícitas que difieren unas de otras. Sin embargo, todas ellas hablan del mismo objeto, en el sentido de que por lo menos se refieren a un núcleo de fenómenos que se consideran como democracia deliberativa, al punto de existir una amplia superposición entre las definiciones. Jon ELSTER considera que todas ellas concuerdan en que: “el concepto incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes: esta es la parte democrática.” Asimismo, considera que dichas definiciones concuerdan en que: “incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa.”¹¹⁰ De esta manera esta forma de entender la democracia trasciende la idea simplista y reducida del proceso político como mero mecanismo de elecciones periódicas y de ejercicio del voto para la toma de decisiones. Otorga un papel central a la deliberación racional e imparcial como mecanismo para adoptar decisiones entre ciudadanos libres e iguales. Es también la postura de PECES-BARBA:

“La democracia no es un sistema orientado a la conservación del éxito, ni al sometimiento del enemigo, ni utiliza la dialéctica del odio, que taponan los mecanismos del diálogo. Es una gigantesca estructura construida para el entendimiento y el acuerdo, para que las personas sensatas y razonables puedan libremente alcanzar y expresar acuerdos y su adhesión al sistema, con el que facilitamos la integración y la cohesión social.”

“El Parlamento con sus debates, los procesos con argumentaciones cruzadas y contradictorias ante jueces y tribunales para obtener la satisfacción de pretensiones y muchos derechos fundamentales como la libertad de pensamiento y de opinión, la libertad de prensa, de información, de cátedra, de reunión o de asociación, están pensados para el diálogo.”¹¹¹

En este escenario, dice nuestro autor, “[e]l diálogo y la participación son la expresión política de una acción comunicativa de debate, de reflexión en común, de propuesta y de acuerdos”, que deben comprender a todos, incluso a los inmigrantes o los

¹⁰⁹ Vid su obra: *La España civil*, op. cit., p. 158.

¹¹⁰ “Introducción”, en: AA.VV. *La democracia deliberativa*, (1998), (Serie Cla de Ma, Sociología), traducción de José María Lebrón, compilación de Jon Elster, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 21.

¹¹¹ *La España civil*, op. cit., p. 158, ambas citas.

que provienen de afuera, sin perjuicio de que tengan que acotarse los elementos culturales incompatibles con la dignidad humana y los pilares de una sociedad democrática¹¹². Un escenario donde la ciudadanía que delibera y participa ocupa un papel central para garantizar el bienestar general; donde el mejor republicanismo posible contribuye a incrementar la participación ciudadana. Adopta así una visión republicana de la democracia deliberativa. Lo explica de esta manera:

“No se trata sólo de obtener ventajas en un mundo de mercados y de transacciones sobre preferencias privadas, sino de valorar sus opiniones, intereses y principios, en el marco de la Constitución, deliberando y participando en el espacio público con nuevas alternativas basadas en el bien común y en el interés general.”

“La dialéctica del liberalismo, que abandonaba sus antecedentes republicanos, y el marxismo, que pretendía sustituir el absoluto individualista por un absoluto colectivo, produjo el mutuo debilitamiento y el renacimiento de un republicanismo liberal socialista que está en el mejor de los horizontes y supone el retorno, en la actualidad, a la tradición republicana posible. La ciudadanía frente al absentismo liberal, la cooperación frente a la privacidad extrema. Se vuelve a defender la participación ciudadana.”¹¹³

En definitiva, el republicanismo ha servido como plataforma para muchos de los que han pretendido una renovación de la democracia o de los procesos políticos, ofreciéndonos así su propia lectura de la democracia deliberativa. En palabras de María del Carmen BARRANCO:

“[D]esde los esquemas del republicanismo, la salud de los procesos políticos democráticos se convierte en condición imprescindible para la ‘República bien ordenada’ y, por tanto, para la realización del ser humano en tanto que ciudadano. Desde este punto de vista, como se ha dicho, la política deja de verse como un mercado en el que compiten distintos intereses individuales y pasa a ser un foro de deliberación sobre la mejor definición del interés general. De algún modo, la concepción deliberativa se contrapone a una concepción pluralista de la democracia.”¹¹⁴

Si aplicásemos la concepción republicana sobre la democracia, para referirnos a la política, a los derechos políticos y al proceso democrático, advertiríamos que existen consecuencias que contrastan de manera manifiesta con las que se desprenderían de aplicar la concepción liberal. La primera estaría abierta hacia esquemas propios de la democracia deliberativa y la segunda hacia esquemas más cercanos a la democracia meramente representativa. Jürgen HABERMAS menciona entre ellas las siguientes:

¹¹² Ibid., p. 157.

¹¹³ Ibid., p. 153, ambas citas.

¹¹⁴ “Libertad y Poder en Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 112.

1º. En la tradición liberal, el proceso democrático cumple la función de programar al gobierno en interés de la sociedad, concibiéndose al gobierno como un aparato de administración pública, y a la sociedad como una red de interacciones entre personas, de estructura similar a la del mercado. Para esta tradición, la política (en el sentido de formación de la voluntad política de los ciudadanos) tiene la función de unir y empujar los intereses privados contra un aparato gubernamental especializado en el ejercicio del poder político para conseguir metas colectivas¹¹⁵.

En cambio, en la tradición republicana, la política supone algo más que esa función mediadora entre el aparato de gobierno y los ciudadanos, se presenta como parte de los procesos de la sociedad como un todo. Así, “[e]l concepto republicano de ‘política’ no se refiere a los derechos subjetivos de los ciudadanos privados a la vida, a la libertad y a la propiedad, sino, sobre todo, a la práctica de la autolegislación por parte de ciudadanos que se orientan al bien común, que se entienden a sí mismos como miembros libres e iguales de una comunidad cooperativa autogobernada.” En ese sentido, la política “se concibe como la forma reflexiva de la vida ética sustancial”, específicamente “como el medio en el que los miembros de comunidades integradas de alguna manera toman conciencia de su dependencia mutua y, actuando con plena deliberación como ciudadanos, favorecen la transformación y el desarrollo de las relaciones de reconocimiento recíproco existentes en una asociación de miembros libres e iguales bajo la ley.”¹¹⁶ Con tal desarrollo, la organización liberal del gobierno y de la sociedad experimenta un cambio importante: junto con el poder del Estado y del interés personal privado, se presenta la cooperación y la sociedad civil como una tercera fuerza de integración social.

2º. En la tradición liberal los derechos políticos, como el derecho al voto o la libertad de expresión, suelen estar estructurados como libertades negativas que dotan a sus titulares de un espacio de inmunidad frente a agresiones externas. A lo más otorgan a sus titulares la posibilidad de hacer valer sus intereses privados mediante el voto, de tal forma que, por medio de las elecciones de cuerpos parlamentarios y la formación de un

¹¹⁵ Vid: HABERMAS, Jürgen. “Derechos humanos y soberanía popular. La versión liberal y republicana”, (1994), en: AA.VV. *La democracia en sus textos*, (El libro universitario), segunda impresión a la primera edición de 1998, traducción de Elena García Guitián, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 273.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Ibid.*, todas las citas.

gobierno, esos intereses finalmente se agregan en una voluntad política que repercute en la administración¹¹⁷.

Según la tradición republicana, sin embargo, los derechos políticos –sobre todo los de participación y comunicación política– no están estructurados como libertades negativas que sólo se puedan reivindicar frente agresiones externas. Son más bien libertades positivas que otorgan a sus titulares “la posibilidad de participar en una praxis común”, y “cuyo ejercicio permite a los ciudadanos, en primer lugar, hacer de ellos mismos lo que desean ser: ciudadanos políticamente autónomos de una comunidad de personas libres e iguales.” Así las cosas, la razón de ser del Estado no consiste principalmente en la defensa de derechos privados iguales, sino “en la garantía de una formación de la opinión y de la voluntad inclusiva en la que ciudadanos libres e iguales alcanzan un entendimiento sobre qué metas y normas se encuentran en el igual interés de todos.”¹¹⁸

3º. Finalmente, sin ánimo taxativo, en la visión liberal, el proceso político de formación de la opinión y de la voluntad política que tiene lugar en la esfera pública y en el Parlamento está supeditado a la competencia de colectivos que actúan estratégicamente para mantener o adquirir posiciones de poder. En ese escenario, el éxito se mide por la aprobación de los ciudadanos, cuantificada en votos, sea a favor de personas o de programas. Aquí las decisiones de voto tienen la misma estructura que las preferencias que expresan los participantes en un mercado: otorgan permiso a los partidos políticos para acceder o ejercer el poder con la misma actitud orientada al éxito¹¹⁹.

En cambio, para la visión republicana, la formación de la opinión y de la voluntad política en la esfera pública y en el Parlamento no obedece a la estructura de un mercado, sino a la de una comunicación pública orientada al mutuo entendimiento. Aquí el paradigma no es el mercado, sino el diálogo. “Esta concepción dialógica imagina la política como respuesta ante cuestiones de valor y no simplemente como una cuestión de preferencia.”¹²⁰ Por lo tanto, el diálogo cumple un papel insustituible porque sólo a través

¹¹⁷ Vid: Ibid., p. 274.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Ibid., todas las citas.

¹¹⁹ Vid: Ibid., p. 275.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. Ibid.

de la deliberación se podrán contrastar las razones que cada quien aporte y elegir entre ellas a las mejores. En ese escenario:

“Una concepción dialógica entiende la política como un proceso de razón y no exclusivamente de voluntad, de persuasión argumentativa y no exclusivamente de poder, dirigido hacia la consecución de un acuerdo relativo a una forma buena o justa, o por lo menos aceptable, de ordenar aquellos aspectos de la vida que se refieren a las relaciones sociales de las personas y a la naturaleza social de las personas.”

“Precisamente por eso, la disputa de opiniones sostenida en el terreno de la política tiene fuerza legitimadora no sólo en el sentido de una autorización para ocupar posiciones de poder y para pasar a la lucha para conservar y acrecentar ese poder; sino que ese discurso político, que se desarrolla sin solución de continuidad, tiene también la capacidad de ligar la forma de ejercer el dominio político. El poder administrativo sólo puede emplearse sobre la base de las políticas que surgen del proceso democrático y en el marco de las leyes que surgen también de ese proceso.”¹²¹

Esta es la tradición republicana que sigue PECES-BARBA sobre una democracia abierta hacia esquemas deliberativos para construir una sociedad bien ordenada. Un modelo donde cada ser humano, en cuanto miembro de la sociedad donde se desarrolla, se encuentra implicado en los procesos políticos, el bienestar de su comunidad y la consecución del proyecto común. Un proyecto donde el foro de deliberación por excelencia es el Parlamento, sin perjuicio de los demás ámbitos de discusión del espacio público. En sus “Reflexiones sobre el Parlamento” (1986) lo dice: “la razón principal del origen del Parlamento moderno es la de acoger a la representación, que es expresión de la participación de los ciudadanos en la vida política”; por ese motivo, “[e]l Parlamento es la institución donde, a través de la participación de los ciudadanos, se recoge la representación de la soberanía, y, por consiguiente, es la expresión del primero de los poderes del Estado.”¹²² Esto no significa desconocer que en un Estado constitucional o, si se prefiere, en un Estado de Derecho a la altura de nuestro tiempo, “el Parlamento [al igual que todo órgano del Estado] se somete al poder constituyente y a su expresión que es la Constitución”¹²³; pero sí reconocer que el Parlamento es el primero de los poderes del Estado por ser el representante de la soberanía popular; y, por tanto, el foro de deliberación por excelencia. Tampoco significa desconocer la creación judicial del

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Tres modelos de democracia, Sobre el concepto de una política deliberativa*, (Eutopías, Segunda época, Documentos de trabajo, 43), traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo, Centro de Semiótica y Teoría del Espectáculo, Universitat de València, Asociación Vasca de Semiótica, Episteme, Valencia, 1994, p. 7, ambas citas.

¹²² “Reflexiones sobre el Parlamento”, op. cit., pp. 209 y 209-210, respectivamente.

¹²³ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 24.

Derecho, ni el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa, allí donde exista, pero sí enmarcarlos dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.

“En una organización del Estado moderno [sostiene PECES-BARBA] es perfectamente compatible la coexistencia de un Parlamento representante de la soberanía popular, de un Parlamento representativo que produce leyes y de unos Tribunales de Justicia que crean Derecho. No existe ningún tipo de colisión, porque la creación normativa de los Tribunales de Justicia es Derecho igualmente y a veces realiza un papel importantísimo, pero no tiene el apoyo de la soberanía popular y, por consiguiente, no colisiona con el funcionamiento del Parlamento, que, a través de las leyes, puede modificar esa jurisprudencia en el caso que así se considere necesario. No se puede tampoco olvidar que son las leyes las que, como norma de organización en su función de identificación y de producción de otras normas, habilitan a los jueces para crear Derecho.

Los Tribunales Constitucionales son una culminación del Estado de Derecho. En España se han organizado bien, con algunos defectos que se han corregido, como la existencia inexplicable del recurso previo de inconstitucionalidad. Una vez que ese tema se ha resuelto, por el daño a la imagen del Parlamento que produce y por la capacidad que tiene de impedir la entrada en vigor de una ley, el Tribunal Constitucional aparece como una pieza clave que culmina el funcionamiento del Estado de Derecho.”¹²⁴

Nuestro autor ha puesto énfasis en la labor que le corresponde al Parlamento y al Tribunal Constitucional en la determinación y desarrollo de los contenidos de la ética pública que se encuentran incorporados en la Constitución, en la forma de valores, de principios y de derechos. Si bien considera que dichos contenidos materiales constitucionales “limita[n] la posibilidad de mandar del poder en el legislativo ordinario, y en el poder reglamentario”, al punto de que “[n]o podrán regular nada en contra de esos contenidos”; al mismo tiempo reconoce que dentro de ellos “suelen existir una pluralidad de opciones donde la elección de la adecuada la escoge el poder político ordinario.” Por lo tanto, es el Parlamento, y no el Tribunal Constitucional, quien tiene en su modelo una competencia preferente para determinar y desarrollar el contenido de la ética pública. “Solamente en el caso de zonas de penumbra o de textura abierta en los contenidos materiales incorporados a la Constitución, entra en juego la interpretación del Tribunal Constitucional, poder que crea Derecho en esos casos, al señalar el sentido correcto de las normas constitucionales controvertidas.” Sin perjuicio de ello, sostiene que, por la labor que cumple en un Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional es “no controlable en su actividad” (obviamente se refiere al control político y jurídico, porque el control social siempre será posible), “porque ningún órgano le puede corregir, sólo es controlable

¹²⁴ “Reflexiones sobre el Parlamento”, op. cit., pp. 217-218.

en su origen, por la forma de escoger a sus componentes, desde la teoría de los contrapesos, desde los ‘checks and balances’ de la cultura constitucional anglosajona.”¹²⁵

Para PECES-BARBA, el Parlamento se relaciona de manera necesaria con el binomio democracia y libertad. En su obra: “Parlamento, libertad civil y democracia” (2003) lo explica. Luego de reflexionar sobre la democracia y la libertad en su relación con el Parlamento, concluye: “la libertad es causa y efecto del parlamento. Sin libertad no habría parlamento libre, y el objeto del parlamento es precisamente la organización de una sociedad bien ordenada en libertad.” Por otro lado agrega: “[la] asociación entre Democracia y Parlamento favorece la igual libertad en la vida social y la posibilidad de la autodeterminación de las personas.”¹²⁶ Una relación que se encuentra insertada en el proyecto ilustrado y moderno y que supone el mejor sistema para limitar el poder y “para que los viejos ideales de la ilustración, la idea de que los hombres nacen y permanecen libres e iguales, que es lo que dice el artículo primero de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, sea posible en la práctica.”¹²⁷

“El parlamento, por consiguiente, resume e integra los ideales y los valores de la democracia y de la libertad como limitación del poder, como articulación de la representación política ante la imposibilidad soñada por Rousseau de la democracia directa en grandes dimensiones, que sí se podía realizar en núcleos pequeños, como a veces en el viejo [D]erecho castellano; y también como expresión de los valores de libertad y de igualdad. Porque el punto de partida de una situación parlamentaria normal, a la altura de este comienzo del siglo XXI, es la idea de la igual libertad de los ciudadanos, y como meta del parlamento, el parlamento supone el lazo de comunicación entre esa institución y la democracia.”¹²⁸

3. Un poder limitado y organizado por el Derecho

La idea de legitimidad del poder nos lleva a considerar los criterios de limitación y organización del mismo. Si el poder debe ser legítimo tanto en su origen como en su ejercicio, y si para ello el Derecho establece procedimientos, límites y estructuras de organización, con el propósito de justificarlo y de racionalizarlo; entonces, la limitación y

¹²⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 26, todas las citas.

¹²⁶ “Parlamento, libertad civil y democracia”, op. cit., pp. 478 y 480, respectivamente.

¹²⁷ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 480.

¹²⁸ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 477.

organización del poder son dimensiones necesarias para que el poder sea legítimo. Digamos que las razones de legitimidad de un Estado residen, en buena medida, en ser un poder limitado y organizado por el Derecho. Así lo afirma también nuestro autor: “[E]l poder necesario para esa trilogía” que relaciona la moral, la política y el Derecho “es el poder político, que asume frente a la poliarquía medieval el monopolio en el uso de la fuerza legítima, que en este modelo de la modernidad tiene distribuido y contrapesado el poder de esa fuerza. Por eso es un Estado limitado y organizado, y en esos rasgos arraigan las razones de su legitimidad.”¹²⁹

La historia del Estado moderno es la historia de la racionalización del poder político y de los intentos para evitarla. Es la lucha entre democracia y autocracia, entre poder limitado y poder sin límites, entre sociedad abierta y sociedad cerrada. Ante el poder absoluto que sucedió al pluralismo medieval, la nueva mentalidad, individualista, secularizada y racionalista pretenderá racionalizar el poder mediante la incorporación al Derecho de los contenidos de la ética pública para limitarlo y organizarlo.

Sobre la base de los aportes de la Modernidad –con antecedentes en el Tránsito a la misma– hasta la actualidad, PECES-BARBA considera que el proceso de racionalización del poder se produce desde dos dimensiones de actuación: desde los derechos fundamentales que lo limitan y desde la organización del poder que lo encauza y estructura. Se trata de dos dimensiones que, como desarrollo de los valores libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, son expresión de la moralidad pública que es asumida como moralidad política y luego positivizada como moralidad jurídica¹³⁰.

Sin perjuicio de esta distinción teórica o metodológica, cabe llamar la atención sobre el carácter organizativo que tiene la dimensión de limitación, y sobre el carácter de limitación que tiene la dimensión de organización. La limitación implica una forma de organizar el poder que deberá estructurarse o realizarse respetando esos límites o cumpliendo con las exigencias que ellos demanden. De la misma manera, la organización importa una forma de limitar el poder, pues éste sólo podrá ser originado y ejercido a través de los procedimientos y competencias como ha sido organizado¹³¹.

¹²⁹ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 82, ambas citas.

¹³⁰ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 23.

¹³¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 90.

La idea de limitación y de organización del poder, que está detrás de su racionalización, debe llevarnos también a la idea de *control*. Ya la moral cumple ese propósito –antes de ser asumida como ética política y ética jurídica– postulando los parámetros que debe respetar el poder para ser legítimo y el Derecho justo. Ese control puede ser también de tipo social, realizado por asociaciones, sindicatos, grupos de interés u otras organizaciones de la sociedad civil; y de tipo político, como es el caso del control parlamentario. Pero el control que le incumbe al Derecho es el jurídico: el Derecho controla al poder para asegurar que no sólo su origen sea legítimo, sino también para que su actuación sea legítima; y lo hace especialmente a través del control jurisdiccional, de tal suerte que no debería existir esfera de poder exento de este tipo de control –con excepción del poder soberano o constituyente– en especial si la actuación del poder amenaza o afecta derechos fundamentales. Lo explica Manuel ARAGÓN:

“No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, sino descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad. La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante, de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares (*drittwirkung*), o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del *ombudsman*), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación [...] de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos de control.”¹³²

¹³² *Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 41-42. Sobre el control del poder, vid también del mismo autor: “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 19, Año 7, enero-abril 1987, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 15 y siguientes; así como: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 17, Año 6, mayo-agosto 1986, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 85 y siguientes.

3.1. La dimensión de limitación. Los derechos fundamentales como límites al poder

La limitación del poder representa una garantía que actúa como una barrera frente a su extensión incesante. En el modelo de PECES-BARBA se trata de una dimensión marcadamente subjetiva, en el sentido de que limita al poder desde ámbitos individuales o desde los grupos que forman los individuos. Lo hace a través de la adscripción de derechos subjetivos, a través de la positivación de derechos fundamentales. Es el problema del poder contemplado desde la persona o el destinatario de las normas. Desde este punto de vista, la limitación del poder se sitúa especialmente en los derechos fundamentales que ponen de manifiesto formas de poder de las personas, basadas en los valores que derivan de su dignidad, y que contrapesan o limitan al poder político. “Lo hacen desde diversas plataformas, bien creando un ámbito de autonomía de la voluntad individual, de acción libre frente a intromisiones externas, bien impulsando plataformas de protagonismo de la sociedad civil y de los individuos que la integran, bien abriendo cauces para la participación de los individuos en la formación de la voluntad del poder”, o bien exigiendo del poder y de las personas una actuación para coadyuvar a satisfacer las necesidades básicas de los que menos tienen¹³³. “El objetivo de esta dimensión de limitación es realizar a través de los derechos los valores morales, de libertad, seguridad, igualdad y solidaridad que permiten el ejercicio individual de la moralidad privada.”¹³⁴

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que los derechos fundamentales poseen también una dimensión objetiva que los hace actuar como principios o valores. En ese sentido, limitan también al poder desde una vertiente objetiva. Según esa dimensión, los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos que otorgan una cuota de poder a sus titulares, sino también elementos esenciales del ordenamiento jurídico-político que orientan y regulan todo acto de poder, incluyendo las restantes normas jurídicas¹³⁵.

¹³³ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 27; vid también allí mismo: p. 28. Igualmente, del mismo autor, vid: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 86-89.

¹³⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 88.

¹³⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Fuerza”, op. cit., pp. 103-104. Cfr.: BARRANCO, María del Carmen. *La Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 76 y siguientes.

La idea de los derechos fundamentales como límites al poder no debe resultarnos extraña, sobre todo si se aprecia el origen histórico que tuvieron¹³⁶. Éste comienza con la lucha por limitar la actuación del poder político y religioso que afectaba a determinados ámbitos del ser humano. Es una idea que también está presente en el origen de la noción de Constitución. Ésta surge para limitar el poder político en aras de proteger una serie de pretensiones y libertades, así como para organizar el ejercicio de aquél¹³⁷. Sin embargo, desde sus orígenes, la idea de derechos fundamentales como límites al poder ha experimentado un desarrollo considerable, haciendo que la concepción que se tiene actualmente sobre ella sea mucho más rica y compleja. De conformidad con el modelo exigente de PECES-BARBA, esa nueva concepción implica de manera enunciativa lo siguiente:

1º. Advertir que si bien una primera impresión de la idea de los derechos fundamentales como límites al poder, podría llevar a pensar que el “límite” sólo se refiere a las exigencias emanadas de este tipo de derechos para que el poder se abstenga de realizar determinadas actuaciones; una lectura más detenida conduce al enriquecimiento de esa idea. Si bien es verdad que en un primer sentido la noción de los derechos fundamentales como límites al poder impide a éste intervenir en ciertos ámbitos y transgredir esos derechos; también es verdad que, en un sentido más completo, esa idea trasciende la consideración de este tipo de derechos como simples instrumentos de defensa. Una correcta lectura debe poner atención en que los derechos fundamentales exigen también la actuación positiva del poder para su garantía, promoción, protección, satisfacción y remoción de obstáculos, a través del cumplimiento de prestaciones de dar, de hacer y no sólo de no hacer. Como sugiere Rafael DE ASÍS: “[I]a fórmula ‘derechos fundamentales como límites al poder’, desde esta perspectiva, hace necesario un cambio en el significado de límite. No es tanto una limitación en la actuación sino una actuación delimitada.”¹³⁸ Quiere esto decir que el concepto de límite que se utiliza aquí no sólo está referido a la abstención, sino también al desempeño o la función. No se trata sólo de una restricción total de actuar, sino de una actuación obligatoria dentro de determinados

¹³⁶ Al respecto vid: PECES-BARBA, Gregorio. “La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII”, op. cit., pp. 21-76.

¹³⁷ Vid: MCILWAIN, Charles H. *Constitucionalismo antiguo y moderno*, traducción de J. J. Solozábal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 155 y siguientes.

¹³⁸ *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, op. cit., p. 69.

parámetros. En ese mismo sentido, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO considera que “los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”¹³⁹. Conforme a esto, la idea de los derechos fundamentales como límites al poder no sólo exige que éste se *abstenga* de intervenir en determinados ámbitos o que esté impedido de vulnerar los derechos, sino también que actúe, dentro de determinados parámetros, para la *promoción* de los derechos fundamentales, la *satisfacción* de sus demandas y exigencias, la *garantía* de su virtualidad y eficacia, así como para la *protección* de los mismos y la *remoción* de los obstáculos que impiden su goce y ejercicio real o efectivo. En definitiva, el poder (tanto en su sentido amplio: todas las personas, fuerzas, factores, grupos, etc.; como en su sentido restringido: el Estado) se encuentra obligado a la completa realización de los derechos fundamentales. Es también la posición de PECES-BARBA cuando, al referirse a este tipo de derechos, sostiene que ellos exigen “el *respeto*, o la *actividad positiva* de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de *reclamar su cumplimiento coactivo* en caso de desconocimiento o violación.”¹⁴⁰

2º. Postular que en una organización política democrática, los derechos fundamentales deben incorporar a su conjunto el derecho al disenso que implica, por definición, no aceptar la ética pública de la mayoría que ha sido asumida por el poder e incorporada a su Derecho. Ocurre que en un poder democrático el reconocimiento y respeto de la conciencia individual por parte del sistema político-jurídico no sólo es esencial para su consideración como legítimo, sino también para el aseguramiento de los planes de vida de las personas (ética privada). De esa manera se contribuye también a fortalecer la eficacia del Derecho, pues respetando la conciencia de las personas se contará con más razones para que sea obedecido. Como ya se dijo, no se trata de un disenso generalizado a las reglas del juego democrático, ni a la obediencia a sus normas jurídicas; sino de una objeción de conciencia sobre ámbitos concretos de la moralidad de la mayoría, que han sido identificados o aceptados por el poder y su Derecho. De esa

¹³⁹ *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 21.

¹⁴⁰ *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 469, la cursiva es mía.

manera se llega a un equilibrio que evite la destrucción del fundamento mismo del sistema democrático¹⁴¹.

3°. Reconocer que la idea de los derechos fundamentales como límites al poder, aunque resulte paradójico, no es opuesta a la necesidad de que el poder establezca, desde el Derecho, cuál es el contenido, los alcances y, en general, el estatuto jurídico de este tipo de derechos. PECES-BARBA lo reconoce al referirse a las normas que conforman el subsistema de los derechos fundamentales (normas que regulan su producción, normas que regulan poderes para acceder a su ejercicio, normas que regulan el ejercicio de los mismos y normas garantizadoras de los derechos)¹⁴². Y es que la vaguedad o ambigüedad que presentan los enunciados que los recogen, generalmente requieren de una actividad normativa posterior que precise su significado y alcances (sin que eso signifique que los derechos no obliguen o vinculen jurídicamente desde el momento mismo de su positivación). Es una paradoja porque si bien los derechos fundamentales limitan al poder, “es éste el que los regula y desarrolla jurídicamente, tanto desde el legislativo como desde el judicial y el ejecutivo.”¹⁴³ Como lo ha anotado Juan José SOLOZÁBAL,

¹⁴¹ Desde otro punto de vista, Giovanni SARTORI ha hecho referencia a este problema al hablar de absolutismo democrático: “La legitimidad democrática en sí no exige limitación del poder. La soberanía popular, un poder limitado mientras se enfrenta o resiste a otro poder, se convierte en la victoria (en ausencia de otros contrapoderes) en una fuente de poder ilimitado. Más específicamente, si sostenemos que la democracia se logra arrebatando el poder al déspota y entregándolo al pueblo, en realidad esa mera operación produce un absolutismo de signo contrario. Y en ese caso está perfectamente justificado afirmar que es precisamente la legitimidad democrática la que otorga una sanción absoluta al poder”. (*Teoría de la democracia*, versión española de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 239-240). Si no se matizara esta idea podríamos caer en lo que se ha dado por llamar “la tiranía de la mayoría”. De ahí que SARTORI expresa la necesidad de una “regla de retroalimentación” en el ideal democrático. En vista de que el principio democrático resumido en la expresión “todo el poder para el pueblo”, no indica necesariamente limitación alguna de poder; se hace necesario establecer un conjunto de estructuras intermedias que optimicen el principio democrático bajo la fórmula “todo el poder para nadie” (Vid: *Ibid.*, pp. 100 y 101).

¹⁴² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 370-380.

¹⁴³ DE ASÍS, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, op. cit., p. 79.

Sobre el particular ha dicho PECES-BARBA: “Los derechos fundamentales se originan en el ámbito de la moralidad, oponen un concepto histórico del mundo moderno que nace en el ámbito de los valores morales, es decir, en el ámbito de las normas que orientan el desarrollo integral del hombre. Pero sin el apoyo del Estado, no se convierten en Derecho Positivo y, por consiguiente, carecen de fuerza para orientar la vida social en un sentido que favorezca su finalidad moral: el impulso progresivo de la condición humana. Por eso Pascal pone el dedo en la llaga; lo que es fuerte tiene que ser justo, es decir, el Poder tiene que estar limitado por los derechos fundamentales y actuar en las orientaciones que los derechos fundamentales señalan al servicio de la persona.

Al mismo tiempo, lo que es justo tiene que ser fuerte, es decir, los derechos fundamentales tienen que ser Derecho positivo, apoyados en esa condición, en la fuerza del poder efectivo para ser eficaces en la

para cumplir mejor con sus funciones los derechos fundamentales requieren de una actuación de los poderes públicos en su régimen efectivo¹⁴⁴; actuación que en primer lugar es de carácter normativo. Aún así, la idea de los derechos fundamentales como límites al poder se mantiene. En primer lugar, exigiendo al Estado su actuación normativa para desarrollar los alcances y el contenido de los derechos, encontrándose obligado a normar lo concerniente a ellos, dotando de juridicidad a su significado y proyecciones. En segundo lugar, estableciendo determinados parámetros que el Estado no puede vulnerar en esa regulación: la idea misma de derechos exige que la regulación esté orientada hacia determinados fines y valores, que no se olvide el sentido de los derechos y su significado, ni los valores en los que se fundamentan, y que se respete los mecanismos que limitan la actuación reguladora de este tipo de derechos (como el contenido esencial, el principio de proporcionalidad, etc.)¹⁴⁵

4°. Afirmar que si bien los derechos fundamentales incorporan una serie de exigencias dirigidas al poder en sentido restringido (el Estado), obligándolo jurídicamente a su actuación; eso no significa que no obliguen o vinculen también al poder en sentido amplio (las personas privadas o particulares, los grupos económicos o sociales, las organizaciones paraestatales o internacionales, etc.). Así, los derechos fundamentales no sólo aparecen “como limitadores del poder estatal, sino también como limitadores de los poderes privados” (en el sentido de no-estatal)¹⁴⁶. Con relación a estos últimos cabe preguntarse si, al igual de lo que ocurre con el Estado, ellos se encuentran obligados a actuaciones positivas con relación a los derechos fundamentales. Queda claro que respecto a las llamadas obligaciones negativas no hay mucha dificultad para trasladarlas también a los particulares y, en general, a los poderes no estatales. Existe una

realización de sus objetivos sociales.” (“Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., pp. 219-220).

¹⁴⁴ “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en: *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, N° 71, enero-marzo de 1991, p. 100.

¹⁴⁵ Cfr.: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 114 y siguientes.

¹⁴⁶ DE ASÍS, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, op. cit., p. 93. Continúa este autor con señalar que: “En definitiva, cuando se habla de derechos fundamentales como límites al poder, no habrá que entender que se está haciendo referencia exclusiva al poder político o alguno de los poderes clásicos. Más bien, por poder habrá que entender todo tipo de fuerza que pueda afectar a ciertas pretensiones o necesidades humanas. La incidencia de esta fuerza dependerá ciertamente de su medida, de ahí que pueda hablarse del poder del Estado como uno de los posibles sujetos, eso si no el único, que pueden interferir en el disfrute de los derechos.” (Ibid., p. 98).

obligación jurídica elemental de respeto al goce y ejercicio de este tipo de derechos, tanto por parte del Estado como de las personas, grupos y entes no estatales. La dificultad se presenta con relación a las llamadas obligaciones positivas. Se argumenta que exigir a los particulares el cumplimiento de determinadas prestaciones de dar o de hacer es atentar contra su autonomía o afectar el valor libertad. A contrario, se alega que la extensión de las obligaciones positivas a ámbitos no estatales favorecería el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades¹⁴⁷. La respuesta debe encontrarse en la visión que se tenga sobre el ser humano y sobre la sociedad donde se desarrolla, en los valores que se asuman como ética pública, así como en la concepción del poder y del Derecho de las que se partan. En el modelo de PECES-BARBA el ser humano, si bien goza de un valor preeminente, no se encuentra aislado, se encuentra comprometido con el bienestar de los demás; y la comunidad, que se encuentra conformada por diversos individuos, se encuentra orientada a contribuir con el desarrollo integral de cada persona. Por su parte, el valor libertad no sólo se expresa en la libertad como no interferencia, sino también en la libertad promocional, ambas matizadas y completadas por los valores igualdad y solidaridad, sin perjuicio de la seguridad. A su turno, el poder y el Derecho, involucrados en la legitimidad y justicia que cada uno persigue, asumen de la ética pública esos cuatro valores –destacando la solidaridad para lo que aquí respecta– orientándose a la humanización de cada persona y de la sociedad en su conjunto. En ese contexto, la adscripción de obligaciones positivas a cargo de los privados o, en general, de los sujetos o entes no estatales, es parte de las consecuencias del propio modelo. Ellos también se encuentran obligados jurídicamente a cumplir con las prestaciones negativas o positivas, que según los casos, los derechos fundamentales les demanden. Naturalmente, la determinación concreta de la prestación a la que están obligados dependerá del tipo de derecho fundamental que se trate y de su concurrencia con otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. De presentarse alguna colisión entre unos y otros, ésta deberá ser resuelta por los mecanismos de solución previstos para ello. Es la postura que también suscribe PECES-BARBA:

“Un problema teórico que se ha planteado en el ámbito de la Teoría jurídica de los derechos fundamentales, pero que se extiende también, como veremos, al núcleo esencial del concepto y del fundamento, es el de la extensión de la validez de los derechos a las

¹⁴⁷

Vid: DE ASÍS, Rafael. *Ibid.*, p. 94.

relaciones jurídicas entre particulares. Para un observador imparcial, con un velo de ignorancia, sólo la evolución de la cultura jurídica en el mundo moderno, y que hiciera una aproximación exclusivamente racional al tema, resultaría sin duda evidente que los derechos fundamentales, regulan tanto las relaciones de los particulares con el poder, como también las relaciones de los particulares entre sí.”

“[Una de las razones para esa conclusión la encontramos en que] [e]l poder político no es el único capaz de dañar a las personas en los ámbitos protegidos por los derechos, no son los únicos maleficios los que pueden venir del Estado, de la autoridad y de sus funcionarios. Existen poderes sociales, e incluso otros individuos capaces de producir maleficios y daños de los que debemos protegernos con los derechos fundamentales.”

“Por otra parte la consideración exclusiva de los derechos como límites al poder estatal, es propia de un momento de predominio del positivismo estatalista en la cultura jurídica, situación que hoy ha cambiado profundamente. El creciente protagonismo de la sociedad civil, la actuación de colectivos corporativos como los colegios profesionales, como los profesionales de los medios de comunicación, las asociaciones de todo tipo que se agrupan en torno a intereses sectoriales, ha reorientado el centro de gravedad del poder y consiguientemente, de los peligros para los derechos humanos.”¹⁴⁸

3.2. La dimensión de organización. Los principios que organizan el poder

En el modelo de PECES-BARBA la dimensión de organización es marcadamente objetiva, en el sentido de que limita el poder desde sí mismo. Implica “la creación de estructuras racionales que aseguren un trato libre e igual para todos y una toma de decisiones objetivas y razonables”¹⁴⁹. Concentra toda la racionalidad de la moralidad pública, para organizar al poder y equilibrar su protagonismo en la creación del Derecho¹⁵⁰. Su finalidad es racionalizar el poder desde las premisas de la ética pública, organizando su estructura y los procedimientos para su nacimiento y actuación. Es el problema del poder contemplado desde la perspectiva del gobernante o de la autoridad que lo ejerce u ostenta. Son varios los instrumentos para racionalizar el poder desde esta dimensión. El modelo en estudio contempla especialmente los siguientes¹⁵¹:

¹⁴⁸ *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 617, 624-625 y 625, respectivamente.

¹⁴⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 86.

¹⁵⁰ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 91.

¹⁵¹ Sigo aquí, básicamente, lo expuesto por PECES-BARBA en: “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado”, op. cit., pp. 24-27; *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 91-94; “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., pp. 24-26; “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., pp. 321-322; y, “Ética pública-ética privada”, op. cit., pp. 542-543.

1º. El *consentimiento de los ciudadanos* a través de su participación en la formación del poder, mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, que es una condición de la legitimidad de origen que determina su organización. Sobre esa base, se trata de organizar el acceso, el funcionamiento y la sucesión en el ejercicio del poder, desde el pluralismo democrático de los partidos políticos, las elecciones periódicas y libres, conforme al principio de las mayorías y con respeto a las minorías, de la manera más representativa posible para hacer real la máxima: “un individuo un voto”.

2º. El *poder sometido al Derecho*, que es expresión de la legitimidad de ejercicio, limita la voluntad del poder racionalizando su actuación en el tiempo con competencias regladas y preestablecidas, cerrando las puertas a la arbitrariedad. Es el sistema del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres, del sometimiento del poder al Derecho que ha contribuido a crear, y de la prohibición de la arbitrariedad¹⁵².

3º. La *separación de poderes*, por ser un mecanismo adecuado para la organización del poder, tanto en su manifestación funcional (legislativo, ejecutivo, judicial, entre otros) como territorial (Estado Federal, Regional, Autonómico, etc.). Refleja la idea de que el poder debe detener al poder para que quien lo ostente no abuse de él. Es expresión de la doctrina de los contrapesos o equilibrio de poderes.

Se postula especialmente la democratización institucional del Estado a través de la distribución racional de sus órganos y competencias entre los poderes centrales y los poderes federados o descentralizados, conforme a las reglas de juego constitucionales y en base a los principios de solidaridad y no discriminación.

4º. El *sistema parlamentario representativo*. El modelo en estudio racionaliza la separación de poderes, a través del equilibrio entre todos ellos, pero con la supremacía del legislativo (Parlamento) “como [el] más genuino representante de la soberanía popular”¹⁵³.

5º. Las *garantías frente al abuso del poder y los mecanismos de control*, en especial el control jurisdiccional.

¹⁵² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes”, en: *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº 3, junio de 2000, pp. 3-16.

¹⁵³ PECES-BARBA, Gregorio. “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado”, op. cit., p. 24.

6°. La *independencia del Poder Judicial*, llevada hasta sus últimas consecuencias, así como de los demás organismos constitucionalmente autónomos, sin que eso signifique caer en la autarquía.

7°. La *garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales* a través de un órgano definitivo y último con competencia para ello, en especial, a través de un Tribunal Constitucional.

8°. Las *garantías adecuadas para el goce y ejercicio, real y efectivo, de los derechos fundamentales*, así como su protección adecuada –incluyendo la judicial–, en especial de los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Lo cual incluye, según sea el caso, las prestaciones de dar, de hacer y de no hacer por parte del Estado y de los privados –o, en general, de los sujetos o entes no estatales–, así como la remoción de las dificultades que impiden su desarrollo.

9°. La *neutralidad de la Administración* y, de ser necesario, sus mecanismos de reforma racional para evitar la formación de privilegios injustificados y otros defectos estructurales o endémicos que impidan su correcto funcionamiento.

10°. El *pluralismo jurídico y organizativo interno al poder estatal, especialmente a cada uno de los poderes del Estado*, siempre desde la perspectiva moderna que sigue este modelo y que exige la idea del monopolio en el Estado, y en su Derecho, de la producción jurídica; o al menos de la recepción y delegación como jurídicas de las normas creadas desde otros grupos sociales¹⁵⁴. Este pluralismo jurídico interno es una técnica de organización del poder que lo estructura y limita con los mismos criterios de los contrapesos dentro del marco de la separación de poderes. Se encuentra, entre otros ámbitos, en el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En el Poder Legislativo se manifiesta a través del estatuto de los grupos parlamentarios y de sus respectivas competencias y derechos. En el Poder Judicial a través de las sucesivas instancias, de los principios de independencia, imparcialidad y del derecho a impugnar, etc., que impide a un órgano

¹⁵⁴ Para los defensores de un pluralismo jurídico externo al poder estatal “no existe ese monopolio y se afirma la existencia de otros ordenamientos distintos de los del Estado, que se encuentran en otros ámbitos de la sociedad civil, del económico, el religioso, el cultural, etc.. Es una forma de limitar al poder político incompatible con este modelo que propugnamos [dice PECES-BARBA] y desde luego con el Estado social y democrático de Derecho y representa un cierto antimodernismo que recuerda a las poliarquías medievales y un retorno al Estado de Naturaleza.” (*Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 92-93).

jurisdiccional ser el único y supremo intérprete –a excepción del Tribunal Constitucional–. En el poder ejecutivo a través de las competencias que se distribuyen entre los distintos organismos y órganos administrativos, etc.¹⁵⁵

A partir de estos postulados, y como parte de un proyecto del socialismo democrático a la altura de nuestro tiempo, PECES-BARBA formula varias propuestas para contribuir a la organización del poder¹⁵⁶. Así, en su vinculación con la participación democrática propone la ampliación del poder político desde el Estado hacia la sociedad, para lo cual el Estado debe compartir funciones y actividades con los grupos sociales y los individuos. Se trata de trasladar al tejido social y a sus agentes la acción política que hasta ahora se encuentra reservada a las instituciones del Estado (por ejemplo, en educación, salud, seguridad social, etc.), así como potenciar la participación de los grupos e individuos en la gestión y control de los servicios públicos (como transportes, comunicaciones, etc.).

En materia económica defiende la extensión de la acción del Estado al ámbito de la economía, en colaboración con los agentes sociales de ese medio, a través de la planificación y la racionalización, incluso mediante la socialización de empresas o sectores que se considere adecuados. También estructurar un sistema fiscal basado principalmente en impuestos directos, que sea capaz de recaudar eficazmente y de manera justa, de acuerdo con las posibilidades de cada uno, que suponga además un sistema de redistribución de la riqueza que equilibre las desigualdades y promueva la igualdad¹⁵⁷.

En el ámbito de la educación, cultura y asuntos sociales, exige que el Estado asegure la paz pública y la existencia de un nivel de servicios suficientes en todos los campos (transportes, comunicaciones, etc.), especialmente para satisfacer las necesidades

¹⁵⁵ Vid: *Ibid.*, p. 94.

¹⁵⁶ Sigo, en lo que continúa, las propuestas que expone PECES-BARBA en: “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado”, *op. cit.*, pp. 25-27.

¹⁵⁷ No se trata de afectar la propiedad ni la libertad económica, sino de mantenerla en sus cauces racionales para alcanzar la libertad en igualdad. Recuérdese que en *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo* (1995) PECES-BARBA lo explica claramente. Luego de advertir que se trata de conquistas históricas del individuo contra el poder económico de las corporaciones, los gremios y una estructura económica llena de privilegios, reconoce en ellas mecanismos adecuados para conseguir la liberación económica del ser humano, siempre que se racionalicen con la intervención estatal del Estado como un contrapeso para impedir que den lugar a nuevos monopolios económicos y conseguir la libertad en igualdad (Vid: *Ibid.*, pp. 84-85).

básicas de las personas (alimentación, vivienda, empleo, etc.). Demanda una especial atención a la educación y a la cultura, porque la formación e información son elementos esenciales para la participación y la asunción de responsabilidad por parte de los ciudadanos. “Especialmente debe fomentarse una pedagogía de la libertad para explicar el valor del sistema democrático, de las reglas de juego y de las libertades y sobre todo para llevar al ánimo de los ciudadanos del [sic] rechazo de la violencia como medio de acción social y del terrorismo como desestabilizador e importante enemigo de la democracia.”¹⁵⁸

Finalmente, en el campo internacional, postula que el Estado asuma como política internacional los principios de cosmopolitismo universalista y, por consiguiente, que favorezca y apoye las iniciativas a favor de la paz, de la democracia, de los derechos humanos, “incluido [...] el llamado derecho al desarrollo de los países del tercer mundo”¹⁵⁹.

4. Un poder que funciona según el principio de las mayorías y el de la negociación. Límites y patologías

La moralidad pública, como se ha visto, es previa al poder y al Derecho. Pero, al mismo tiempo, no se presenta en el modelo en estudio como verdad moral única, ni como única respuesta correcta a los problemas del individuo o a la organización de la vida social. Es una moralidad sobre la que existen diversas ofertas en el contexto de una sociedad democrática erigida sobre la base del pluralismo. Pero tampoco es cualquier tipo de moralidad. Es una ética pública cuyos contenidos arraigan en la dignidad del ser humano, ayudándolo a desarrollarse y desenvolverse a plenitud. Una postura moral que contiene la razón histórica, dentro del gran proceso de racionalización y de humanización que caracteriza al mundo moderno, y que al estar sustentada en la idea de la dignidad humana y los valores: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, es un modelo que limita y excluye a otros.

¹⁵⁸ PECES-BARBA, Gregorio. “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado”, op. cit., pp. 26-27.

¹⁵⁹ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 27.

Si bien esa ética pública tiene una dimensión unitaria, de consenso, en la que todos, o la gran mayoría coinciden y aceptan para la convivencia –las reglas de juego democrático–; tiene también una dimensión más diversificada donde, desde el pluralismo, se sitúan las distintas concepciones ideológicas que suponen diferentes puntos de vista sobre el bien común, en definitiva, sobre las proyecciones concretas de los valores que integran la ética pública¹⁶⁰. Por eso explica nuestro autor:

“[L]a interpretación y los matices de la moralidad pública, que va a formar la moralidad política, se formula en plurales puntos de vista, y esa misma pluralidad se traslada a los mecanismos de producción normativa. En efecto, los órganos de producción normativa, el Parlamento, el Gobierno, la Administración y los Tribunales, no tienen una única solución para regular situaciones o para resolver casos, sino que tienen que elegir. A su vez la propia formación de esos órganos, en unos casos directamente, como el Parlamento, y en otros indirectamente como el Gobierno [entiéndase al Gobierno nombrado por el Parlamento u otra autoridad similar] es producto de una elección. En el primer caso se elige entre diversas soluciones y en el segundo entre diversas personas agrupadas en los partidos políticos, que ofertan a su vez plurales soluciones”¹⁶¹.

En la efectividad y operatividad de la ética pública, en sus desarrollos políticos y jurídicos, están una serie de sujetos y de órganos competentes que expresan una voluntad de acuerdo con un procedimiento. Este procedimiento culmina con una decisión y, en el modelo de PECES-BARBA, se expresa por el “principio de las mayorías”, que es completado por el “principio de la negociación”. Son dos criterios dinámicos que actúan coordinadamente y se potencian mutuamente en su interacción como normas funcionales o de funcionamiento del poder, que lo limitan, a través de una serie de criterios de racionalización en la formación de la voluntad de los órganos colegiados (Parlamento, órganos jurisdiccionales, organismos de la Administración, entre otros). Son imprescindibles en el funcionamiento de las sociedades democráticas, aunque existen también en otras sociedades, en otros momentos históricos, así como en el ámbito privado –en las sociedades civiles y mercantiles, por ejemplo–, pero su actuación conjunta es característico de la convivencia social en democracia¹⁶².

Tanto el principio de las mayorías como el de la negociación requieren, para su realización, de un ámbito donde se respeten los valores de la ética pública, y de un poder

¹⁶⁰ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., pp. 29-30.

¹⁶¹ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 98.

¹⁶² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 30; y *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 98-99.

que, asumiéndolos, los proyecte en el Derecho a través de derechos fundamentales y de los principios que se derivan de ellos. Sin ese presupuesto no hay, para el modelo, principio de las mayorías ni de la negociación adecuados.

Ambos principios ocupan un papel relevante en la toma de decisiones. Son dos criterios dinámicos que actúan coordinadamente y se potencian mutuamente. Así, el principio de las mayorías se aplica teniendo siempre presente el de la negociación y éste en el marco del de las mayorías. No excluyen el debate, ni la confrontación, pero se oponen a la ideología del odio amigo-enemigo, que debe desaparecer del ámbito político. En la vida política en general el uso combinado y armónico de estos dos principios contribuye a la estabilidad política y a la pacífica convivencia. De la misma manera, “en la producción normativa el principio de las mayorías es necesario para la creación de un Derecho válido, mientras que el principio de la negociación, al ampliar la base del consenso, favorece la creación de un Derecho eficaz”¹⁶³.

El *principio de las mayorías* sirve como criterio para distinguir las formas de gobierno, especialmente para identificar a la democracia, indicando cuantos y quiénes mandan; pero aquí se utiliza como regla técnica para establecer cómo se manda al señalar que las decisiones se adoptan por mayoría¹⁶⁴. Desde un punto de vista jurídico, se presenta como expresión del valor seguridad que ha sido incorporado al Derecho, como un criterio procedimental de la producción normativa para la formación del Derecho válido, siempre dentro del ámbito de lo opinable y de lo negociable. Desde un punto de vista político, se presenta como un criterio para la formación de la voluntad colectiva, como un principio final que supone el procedimiento para la toma de decisiones por parte de los órganos y de las instituciones públicas, empezando por el Parlamento, y que se aplica en el cierre o tramo último para la toma de la decisión (aunque es también un criterio ideológico, que se aplica, incluso, en aquellos supuestos no especialmente previstos)¹⁶⁵. Por eso es equivocado pensar que el principio de las mayorías es un

¹⁶³ PECES-BARBA, Gregorio. “El protagonismo del Parlamento”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 149-150.

¹⁶⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 99.

¹⁶⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., pp. 149-150; y, *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 102-103.

instrumento más propio del ámbito político que del jurídico, o que sólo se utiliza en aquellas decisiones jurídicas más próximas a la política. Tal idea es equivocada porque, en general, es difícil separar lo político de lo jurídico; y porque el principio de las mayorías es también un instrumento en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho (si es que no se acepta la teoría de la única respuesta correcta, y no se llevan a sus últimos extremos las teorías de la argumentación o de la formalización racional de la decisión judicial), puesto que detrás de toda norma, y también de las producidas por los jueces, hay una voluntad que exige el uso de la regla de las mayorías¹⁶⁶.

Naturalmente, el principio de las mayorías no es infalible. No supone que la decisión adoptada sea justa o moralmente correcta, tampoco que sea políticamente conveniente, pues la mayoría se puede equivocar. Pero también se puede equivocar la minoría, y resulta siendo minoría. El modelo asume esa situación como presupuesto, por eso, en cualquier caso, sea cual fuere la decisión adoptada por la mayoría, el papel crítico de la moral nunca desaparece¹⁶⁷. Tampoco el de la política. Siempre se podrá juzgar desde la moralidad crítica o desde la discrepancia política la decisión de la mayoría. Pero también la posición de la minoría. Además, siempre queda latente la posibilidad de que, tras nuevas deliberaciones, o ante una nueva mayoría, la decisión inicialmente adoptada se reconsidere o se sustituya por una alternativa que se considere mejor. Sin perjuicio, claro está, del ámbito de validez –temporal, espacial, etc.– de la decisión, así como del respeto de las restantes reglas de juego. Es lo que corresponde a una sociedad libre, abierta, plural y democrática.

El principio de las mayorías puede expresarse en una mayoría calificada u otra ordinaria, según las exigencias que se hubieren establecido para cada caso. Para su uso adecuado el modelo postula una serie de criterios acordes con el proceso de racionalización política y jurídica de las sociedades democráticas modernas, a saber¹⁶⁸:

1º. Inmunidad del principio de las mayorías frente a su modificación por mayoría. Quiere decir, en términos sencillos, que la democracia no puede destruirse a sí misma por

¹⁶⁶ Vid.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 100-101.

¹⁶⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre el Parlamento”, op. cit., p. 211.

¹⁶⁸ Sigo aquí, básicamente, los criterios expuestos por PECES-BARBA en: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 99-100 y 102-104.

decisión mayoritaria. Si la democracia tiene como uno de sus pilares que las decisiones colectivas se tomen por mayoría, sería un contrasentido lógico que la mayoría decida eliminar el principio de las mayorías y, al mismo tiempo, pretender continuar en un régimen democrático. Se afectaría el consenso que estableció las reglas del juego democrático, entre ellas, la de las mayorías; así como la libertad, pues no se puede elegir dejar de ser libre.

2º. Voto igual para todos. Sin él no estaremos en un régimen democrático sino en uno de privilegios, antagónico con la idea de igual dignidad de todos los seres humanos.

3º. Una estructura de libertad y de pluralismo para impedir los condicionamientos a la elección o a la toma de decisiones, especialmente a través de la libertad de expresión, reunión y asociación, y con exclusión de monopolios informativos.

4º. Una estructura de igualdad y solidaridad para evitar que las dificultades sociales y económicas –pobreza, incultura, etc.– impidan la existencia de personas ilustradas y con la autonomía moral suficiente para realizar un voto libre, conciente y con las condiciones mínimas para permitir una elección real.

5º. Posibilidad real de escoger entre diferentes alternativas y unas normas que protejan adecuadamente a las minorías excluidas frente a las mayorías que se quieran imponer sobre ellas.

6º. Protección de la conciencia individual frente a las mayorías, a través de la juridificación puntual y específica de la objeción de conciencia, y la exclusión de los deberes jurídicos correspondientes, cuando la norma apoyada en el principio de las mayorías pueda interferir en la ética privada de las personas.

7º. Finalmente, la eliminación del poder invisible que sustrae parcelas de la realidad al conocimiento, creando zonas de penumbra que distorsionan la capacidad de elección y consiguientemente la formación de los criterios mayoritarios.

Sin una presencia adecuada o suficiente de estos parámetros en una sociedad, no se puede garantizar que las mayorías que se formen obedezcan a criterios de racionalidad propios de una cultura democrática.

No debe perderse de vista que el principio de las mayorías se encuentra limitado. En algunos casos existen materias que lo restringen (como las exigencias de la moralidad legalizada en la Constitución, a menos que se trate del poder constituyente) y en otros prevalece el criterio de autoridad para la toma de decisiones (como puede ocurrir, en el caso del Parlamento, con algunas competencias de su Presidente para la toma de ciertas decisiones¹⁶⁹). En el modelo de PECES-BARBA presenta básicamente los siguientes límites¹⁷⁰:

1º. Límites en relación con los destinatarios: referidos a las minorías religiosas, étnicas, raciales, etc. y en el ámbito del sistema parlamentario a las minorías políticas¹⁷¹. Unas y otras deben estar protegidas por normas que regulen sus derechos y los procedimientos para defenderlos, considerándoselos inmunes frente al principio de las mayorías –verbigracia, cuando pretendan eliminarlos o prescindir de ellos–, entre otras razones porque tienen derecho a coexistir en una sociedad bien ordenada y porque pueden convertirse en mayorías. Sin perjuicio de ello, las minorías tienen que reconocer el valor de la mayoría en democracia para evitar el anarquismo y la supresión de la idea misma de la mayoría.

2º. Límites en relación con la conciencia individual de los destinatarios de las normas aprobadas por mayoría, siempre que estén expresamente reconocidos en el propio Derecho positivo como excepciones al deber de obediencia de las normas válidas.

3º. Límites en relación con los contenidos, esto es, con la ética pública que ha sido positivizada en la forma de valores jurídicos, derechos fundamentales y otros principios, los cuales deben ser respetados por el principio de las mayorías. Esto no significa que las mayorías no puedan determinar su contenido, regular su ejercicio o decidir sobre su estatuto jurídico. Significa que deben hacerlo respetando su sentido, su significado, la moralidad en la que se fundamentan, el fin último que persiguen (la

¹⁶⁹ Vid al respecto: PECES-BARBA, Gregorio. “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., p. 156 y siguientes.

¹⁷⁰ Cfr. sus obras: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 99-100 y 104-107, con: “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., pp. 150-151.

¹⁷¹ “[L]as mayorías, que saben también el carácter temporal y revisable de [su] situación en una sociedad democrática, deben intentar que sus decisiones tengan la más amplia aceptación posible, y para ello es de su máximo interés y no sólo una concepción de poderosos contar, al menos, con la comprensión de las minorías que se encuentran en cada momento en la oposición. Por esa razón ambas, en las Cámaras y también fuera de ellas, deben estar interesadas en aplicar el principio de la negociación en sus relaciones.” (PECES-BARBA, Gregorio. “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., p. 150).

humanización de la sociedad y del individuo), así como los criterios jurídicos que rigen la actuación reguladora de la ética pública incorporada al Derecho. Si no se hiciera así, aún cuando la decisión de la mayoría resultase formalmente válida, no se correspondería con el modelo propuesto por PECES-BARBA: Resultaría siendo moralmente injusta (porque vulneraría los valores o preceptos que integran la idea de justicia que el modelo defiende), políticamente inconveniente (porque impediría la construcción o el fortalecimiento de la sociedad libre, abierta, plural y democrática, que este proyecto persigue) y materialmente inválida desde la perspectiva jurídica (por contravenir las normas materiales constitucionales que están recogidas en el Derecho al que este modelo pertenece).

4°. Límites en relación con la escasez, que convierte en imposibles a decisiones que no cuentan con un respaldo real desde el punto de vista de las posibilidades económicas; entre otros.

En cuanto al *principio de la negociación*, éste se presenta como un principio medial, de comunicación, de diálogo, de transacción, de acercamiento de posiciones que sirve para favorecer el consenso. A veces es expresión de una norma jurídica, pero, sobre todo, es un espíritu que procede de la tolerancia, del pacto en la vida política, que debe inspirar los comportamientos de los actores políticos y jurídicos en la sociedad democrática. Es un principio que conduce al comportamiento negociador, al espíritu de consenso, que es un elemento imprescindible en una democracia deliberativa, con un diálogo y comunicación entre posiciones plurales¹⁷². Este principio busca que las decisiones sean el producto de un diálogo deliberativo, de una contraposición de argumentos que revise todas las opciones posibles y escuche las ideas de los actores políticos o jurídicos involucrados. Con todo, se trata también de un principio limitado¹⁷³: (i) Sólo puede activarse legítimamente hasta el momento inmediatamente precedente para la toma de la decisión, es decir, antes de que el principio de las mayorías haya empezado a funcionar para conformar la voluntad colegiada; y, (ii) Si bien busca, en la medida de lo posible, que las decisiones colectivas sean el resultado de un consenso, de

¹⁷² Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 149-150.

¹⁷³ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 150-151.

no conseguirse ese objetivo el principio de la negociación cede ante el principio de las mayorías.

Con estos matices, tanto el principio de las mayorías como el de la negociación son elementos centrales en la construcción de la relación entre ética pública, poder y Derecho que postula PECES-BARBA.

Estos dos principios, que nuestro autor considera decisivos para la ordenación justa de las sociedades democráticas, sufren desviaciones en la práctica que se convierten en auténticas patologías, muy dañosas para el funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas. Al principio de las mayorías le afecta una patología que nuestro autor denomina “de autoridad”, mientras que al principio de la negociación le afecta una patología que designa como “de la autonomía”, aunque en un sentido diferente al utilizado para calificar la independencia individual como criterio de corrección moral¹⁷⁴.

La *patología de autoridad* surge de una convicción militante y puede tener dos vertientes posibles, según se trate de una desviación de la mayoría o de un obstáculo injustificado frente a ella.

En el primer caso la patología de autoridad surge desde la propia mayoría, al darle a ésta un valor excesivo que desborda sus límites y descarta el principio de la negociación y/o la participación de las minorías en la formación de la voluntad colegiada, bajo la creencia de que las normas aprobadas por la mayoría son además de válidas, justas (expresión del positivismo ideológico); identificándose así mayoría con justicia material o con verdad (por ejemplo, determinado cuál es el contenido de los derechos fundamentales, cuáles sus límites y sus regulaciones, lo que está permitido y lo que está prohibido, todo ello muy a pesar del interés y la libertad del individuo), a pesar de que la mayoría no lleva necesariamente a soluciones de verdad o de justicia material¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 151.

¹⁷⁵ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Ética pública-ética privada”, *op. cit.*, p. 543; y, “El protagonismo del Parlamento”, *op. cit.*, pp. 151-152.

“Los demócratas defensores del principio de las mayorías, pueden tener la tentación más justificada, al menos aparentemente, que Hobbes, de pensar que la justicia de una norma se construye sobre la base de su aprobación mayoritaria. Es naturalmente mejor un sistema donde las normas las aprueban las mayorías, y mejor aún si se actúa incorporando, en el proceso de producción normativa, el principio de negociación. En esos supuestos estaríamos ante actos más conformes a la justicia procedimental, es decir, a la seguridad jurídica, que cuando las aprueba una persona o una minoría. Sin embargo, esa constatación no afecta a la justicia material, vinculada a una moralidad, que el poder jurídico, que se expresa por la

En el segundo caso la patología de autoridad es un modelo externo y enfrentado al principio de las mayorías, impidiendo o dificultando el protagonismo de ésta al sostener que ella se encuentra limitada por concepciones del bien, de la felicidad, de la virtud, es decir, por la ética privada, pretendiendo condicionar así la razón pública¹⁷⁶. Quienes la postulan consideran que su concepción del bien, su ética privada, sirve también como criterio para limitar la ética pública, es decir, la política y el Derecho, impidiendo inclusive que en esos ámbitos se puedan deliberar sobre ciertos temas que se consideran contrarios a esa verdad o idea del bien que defienden¹⁷⁷. Para nuestro autor se trata de una patología propia de una ética autoritaria, expresión de una cultura premoderna, que pretende imponer una determinada idea del bien limitando la soberanía popular y a sus representantes¹⁷⁸. Expresa así su posición:

“Naturalmente que las posiciones políticas y las normas jurídicas pueden ser criticadas desde razonamientos morales, pero ninguno de esos razonamientos puede convertir en inválidas a normas establecidas con arreglo a los criterios de validez de un Ordenamiento. Igualmente se podrán utilizar los recursos legales para impugnar su validez, pero no se podría pretender impedir el uso del principio de las mayorías, por esta forma de entender la relación política por una institución –minoría, o personas– que pretende el monopolio de la verdad. Como existen normas secantes entre la justicia del Derecho, la ética pública, y la ética privada de cada uno, hay que reconocer que es posible que en ciertos casos, no muy amplios ni numerosos, una obligación positiva general derivada de una norma jurídica, puede interferir en opciones de ética privada, relevantes para hacer posible el desarrollo moral de esa persona. Estamos en ese caso en el ámbito de la objeción de conciencia, que sólo es jurídicamente relevante, si está reconocida por la Constitución, la ley o la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.”¹⁷⁹

Para PECES-BARBA no hay cotos vedados, ni política ni jurídicamente, para la deliberación, que no sean las provenientes de las reglas del juego democrático:

“Lo que no es posible [afirma] es que ‘una verdad’ puede impedir la deliberación o la decisión por mayorías. No hay cotos vedados, ni política, ni jurídicamente, a la deliberación por mayorías, que no sean los que están en normas superiores –principio de jerarquías– o en materias para las que no está habilitado el órgano que pretende deliberar –principio de competencia–”¹⁸⁰.

mayoría, no crea, sino que es un producto previo de la deliberación racional del hombre situado en la historia.” (PECES-BARBA, Gregorio. “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., p. 152).

¹⁷⁶ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid.

¹⁷⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *La España civil*, op. cit., p. 36.

¹⁷⁸ Ibid., p. 37.

¹⁷⁹ “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., p. 154.

¹⁸⁰ Ibid. Idea que reitera en *La España civil*, op. cit., p. 37.

Sin embargo, reconoce que hay exigencias morales sobre las que no se pueden dispensar ni se pueden transigir (como por ejemplo, las que se refieren a la inviolabilidad de las personas), existiendo así un coto vedado para el acuerdo. Específicamente se refiere al caso del terrorismo. Lo explica de esta manera¹⁸¹:

“En ese contexto [se refiere a la situación suscitada por la violencia terrorista y a las tratativas iniciadas para ponerle fin], mi posición personal como profesor y como socialista es inseparable de mi condición de alto comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo. Creo que aún existen muchas incógnitas que despejar, y por eso los posicionamientos tajantes son poco prudentes si llevan a posturas desde las que es difícil, si no imposible, volver atrás. En esas conversaciones hay exigencias morales que no se pueden dispensar y sobre las que no se pueden transigir. No se puede negociar con ellas ni forman parte de acuerdos y transacciones posibles. Lo primero es alcanzar el cese de la violencia de ETA y esto no se puede conseguir de cualquier modo. Todo paso o acuerdo debe producirse con el máximo respeto a las víctimas y dentro de lo establecido por la Constitución.”¹⁸²

¹⁸¹ Ernesto GARZÓN VALDÉS es uno de los conspicuos defensores de la existencia de un coto vedado, desde el punto de vista ético, que limita la discusión parlamentaria. Considera que “la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o del ámbito del mercado parece estar éticamente impuesta.” Entre los criterios que permiten determinar cuáles son esos temas básicos, y cómo debe efectuarse la exclusión, menciona los siguientes: (i) “Deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”; (ii) “La determinación de este campo de exclusión no puede quedar librada al consenso fáctico ni de los representados ni de los representantes. El consenso fáctico determina sólo el campo de la moral positiva de una determinada colectividad en un determinado momento de su historia. Del hecho de que los miembros de una colectividad coincidan en la aceptación de determinadas pautas de comportamiento no se infiere sin más que ellas están también permitidas desde el punto de vista de una moral esclarecida o ética. La fundamentación racional de las normas morales requiere recurrir al artificio de situaciones hipotéticas en las que se aceptan criterios marco como son los de la imparcialidad y la universalidad”; (iii) “Por lo que respecta a la vigencia efectiva de los derechos en el ‘coto vedado’ de los bienes básicos, es indiferente la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad. Aquí está plenamente justificada una actitud paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos. Y ello es así porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico [y, por tanto, susceptible de una protección paternalista]”. Llevando esta reflexión al plano jurídico, el mismo autor afirma que: “Desde el punto de vista jurídico positivo, la conclusión, también obvia, es que los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de [D]erecho.” (“Representación y democracia”, en: en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 6, 1989, pp. 156 las dos primeras citas; y, 156-157, 157 y 162 las demás, respectivamente).

¹⁸² *La España civil*, op. cit., p. 117.

Elías DÍAZ parece conforme con PECES-BARBA en que si bien no hay limitaciones o cotos vedados para la deliberación en términos políticos y jurídicos, que no sean los provenientes de las reglas del juego democrático, sí los hay en el plano ético para poder llegar a un acuerdo, aunque prefiere llamar a estas últimas: imperativos de coherencia con los propios principios éticos y políticos que definen las democracias. Concretamente dice lo siguiente: “Estimo que aquél [se refiere a PECES-BARBA] está del todo en lo cierto cuando habla [de que no hay limitaciones o cotos vedados, ni política ni jurídicamente, a la deliberación por mayorías, que no sean las establecidas en normas superiores –principio de jerarquía– o sobre materias para las cuales no está habilitado el órgano que pretende deliberar –principio de

En el caso de la *patología de autonomía*, que afecta al principio de la negociación, ella consiste en convertir a la negociación en el único procedimiento para la toma de decisiones, al margen del principio de las mayorías¹⁸³. Según nuestro autor, esta patología favorece el aislacionismo de quienes lo practican; rompe la dialéctica equilibrada entre el principio de las mayorías y el de la negociación; y reduce de forma exagerada el espacio de la ley. Suele fundamentarse en el corporativismo –como el de un colegio profesional o el de un sindicato– pretendiendo la autorregulación de materias que afectan a terceros y que sólo pueden ser competencia del Derecho –como la autorregulación de la huelga o en el caso del ejercicio de una profesión–. También puede ser el efecto de un culturalismo que lleva el respeto de las minorías hasta la supresión de la idea misma de las mayorías. Esta patología subordina la acción política y el principio de las mayorías a un criterio político corporativo, nacional, lingüístico, social, etc., enfrentado a la racionalidad de la acción política. Pretende sustraer esta acción del orden de las sociedades, basado en la razón y regulado por el Derecho, para trasladarlo al orden de las comunidades, que –en palabras de nuestro autor– es un orden basado en los sentimientos y en los afectos. Así las cosas, tendríamos el obstáculo de unos poderes autónomos y exentos que impondrían en su medio, aislado del de los demás, su autoridad, no acatando o incumpliendo las normas aprobadas por mayoría. Estaríamos ante un principio de la negociación llevado a la exageración, que excluiría al de las mayorías, y que convertiría a la sociedad política en un ambiente de potencial anarquía¹⁸⁴. Es pues una patología que lleva al desconocimiento del principio de las

competencia–], como es su caso, en términos políticos y jurídicos en el marco de soberanías y/o mayorías ya constituidas, es decir constitucionales. Sin embargo, cuando se plantea con mayor radicalidad la cuestión de esos límites no sólo política y jurídicamente sino desde el punto de vista ético y en un marco constituyente –en él es donde, me parece, se sitúa nuestro común amigo Ernesto Garzón Valdés cuando habla de ‘coto vedado’, cláusula que con todo yo también evitaría–, entonces no cabe duda que la tal cuestión se hace más compleja exigiendo otras imprescindibles y complementarias argumentaciones. Yo casi lo dejaría aquí señalando, como por lo demás vengo haciendo desde siempre [...], que mejor que de ‘límites’ o ‘limitaciones’ de la democracia –tan malévolamente utilizados por muchos limitadores que nunca limitan a las dictaduras– yo preferiría hablar, digamos, de exigencias coherentes o, mejor, de imperativos de coherencia con los mismos principios éticos y políticos que definen y justifican a las democracias. Con ello, por supuesto, que para nada pretendo yo dar por zanjada la discusión ni, mucho menos, resuelta sin más la cuestión.” (“La filosofía política de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 422).

¹⁸³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., p. 151.

¹⁸⁴ Vid: Ibid., pp. 155-156.

mayorías, a la imposición de un poder antidemocrático, impropio de las sociedades modernas¹⁸⁵.

III. LA JUSTICIA DEL DERECHO: EL ESTADO DE DERECHO EN SU VERTIENTE JURÍDICA

En el modelo de relación entre la moral, el poder y el Derecho que postula PECES-BARBA no basta con que el ordenamiento jurídico presente una estructura formal y un funcionamiento predecible o seguro para ser justo –aunque sea una condición necesaria para alcanzar ese objetivo, pues sin seguridad no puede haber justicia–. La moral exige que el Derecho presente ciertos contenidos materiales para su realización y no simples cualidades meramente formales o de carácter estructural y funcional. Si sólo se atendiese a lo formal el Derecho no pondría, necesariamente, a disposición del individuo diversas opciones moralmente aceptables o, incluso, podría no poner ninguna. Por esa razón, la Teoría de la Justicia de nuestro autor, que propugna una serie de criterios para alcanzar la legitimidad del poder, se completa con una tercera afirmación de la Justicia: el poder político debe positivizar un determinado contenido para que su Derecho sea justo¹⁸⁶.

En ella el Derecho es abordado desde una perspectiva que destaca su carácter multidimensional y con una concepción positivista abierta a la moral y a la realidad social. Una postura que permite hablar de la justicia del Derecho como expresión de la ética pública de la Modernidad, en el campo jurídico, y que tiene por objetivos la racionalización del poder y la humanización de la sociedad y del individuo. Un Derecho al que el poder político ha incorporado –a través de la positivación– contenidos de la ética pública que previamente ha asumido como ética política. Tal Derecho es concebido como un ordenamiento jurídico sustentado por el poder político, que presenta las características de sistema a partir de una norma fundante básica que hace posible su unidad y que incorpora como moralidad legalizada a los valores que integran el

¹⁸⁵ Sobre este tema, confrontado con la noción de abuso, véase: DE ASÍS, Rafael. “El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 6, Año III, febrero 1998, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 266 y siguientes.

¹⁸⁶ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Nota sobre la Justicia”, op. cit., p. 216.

paradigma de la Modernidad: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, así como a los derechos fundamentales, los principios de organización y otros principios que se derivan de aquéllos.

1. Un Derecho concebido como fenómeno tridimensional. El Derecho como conjunto de normas y subsistemas jurídicos

Decir que el Derecho es un fenómeno multidimensional significa que puede ser analizado desde varias perspectivas, a partir de las cuales se llega a diversas conclusiones, todas ellas útiles pero no necesariamente idénticas. Cada una influye en la definición que se formule sobre el Derecho¹⁸⁷. El modelo de nuestro autor es expresión de esta tendencia. En él las dimensiones axiológica, normativa y fáctica aparecen como tres aspectos presentes en los fenómenos jurídicos. En su trabajo “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios” (1975) anuncia ya –aunque de manera todavía inicial– esta perspectiva tridimensional para analizar los fenómenos jurídicos¹⁸⁸. Lo confirma definitivamente en el exordio de su libro *Derecho y derechos fundamentales* (1993) donde, luego de explicar que su *normativismo realista*, expuesto en su

¹⁸⁷ Así, Carlos Santiago NINO explica que “no existe un concepto de [D]erecho que sea verdadero, en tanto que los demás son falsos”. “Hay conceptos de [D]erecho que remiten necesariamente a estándares extrajurídicos, que bajo ciertas condiciones pueden ser considerados morales. Hay otros, en cambio, que sólo designan propiedades de hecho y que no remiten a principios morales que constituyen propiedades valorativas del fenómeno identificado como [D]erecho” (*Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 41-42). El concepto de Derecho que se asuma o postule dependerá de la perspectiva y del tipo de discurso que se use; verbigracia: o un discurso descriptivo –propio de la Teoría del Derecho– o uno prescriptivo –propio de la Teoría de la Justicia– o una combinación de ambos.

¹⁸⁸ En aquella oportunidad decía PECES-BARBA: “¿Es cierta la conexión tridimensional del Derecho o no es sino una fórmula tranquilizadora que retrasa y evita el problema?”

Lo cierto es que en esta indagación del concepto del Derecho, los juristas y los filósofos del Derecho, especialmente, tenemos que auxiliarnos con todos los descubrimientos que desde otras ciencias, como la Sociología, la Historia, la Antropología y la Psicología, entre otras, se nos puedan aportar. En este sentido, por ejemplo, la aportación de la Sociología jurídica para descubrir las conexiones entre los sistemas sociales y los sistemas normativos y entre los primeros y los valores que esos sistemas normativos pretenden realizar o asumen en sus normas es muy importante para que no nos movamos siempre en puras elucubraciones teóricas.

Creo, por consiguiente, en la posibilidad de un conocimiento científico sobre el Derecho, aunque por lo dicho me incline por una concepción integradora de los aspectos sociologistas o realistas y de los aspectos normativistas o formalistas. Se tratará, sobre todo, de un análisis del Derecho válido, es decir, el análisis de la legitimidad [entiéndase moralidad] legalizada, aunque no abandonando [sic] exclusivamente a la Sociología jurídica, sino interpretando con los aspectos normativos la realidad social, contenido de las normas jurídicas.” (“Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, op. cit., pp. 247-248).

Introducción a la Filosofía del Derecho (1983), se ha ido matizando, corrigiendo y completando por una apertura a la moral (en particular por la ética pública de la Modernidad) dando lugar a lo que denomina como *positivismo corregido, flexible* e incluso *dúctil* o *ético* (en el sentido de abierto a la moral, no en el de positivismo ideológico), considera ya a la perspectiva tridimensional como el punto de vista adecuado para analizar el Derecho¹⁸⁹. Así, en el exordio de aquel libro explica:

“Es la visión en la que me he venido situando en estos años [se refiere a su concepción del Derecho], con matizaciones y correcciones respecto a la que se desprende de la ‘Introducción a la Filosofía del Derecho’ de 1982 [1983], aunque con una fundamental lealtad a esa idea abierta, que he llamado *normativismo corregido*, situado en una perspectiva positivista, completada por un interés para el Derecho de la moralidad pública de la modernidad, en la que los derechos fundamentales ocupan un papel central.”¹⁹⁰

Luego añade:

“Me parece razonable escoger como dimensión central para definir al Derecho su consideración como sistema normativo u ordenamiento jurídico, con lo que descarto las reducciones exclusivamente sociológicas y axiológicas que desembocan en puntos de vista parciales. Es necesario, sin embargo, añadir inmediatamente que la dimensión normativa debe considerar, por un lado, la realidad social y, por otro, los valores y fines del Derecho, la moralidad pública de la modernidad, para abarcar integralmente todo el fenómeno jurídico. Es un *normativismo abierto* que disiente de una estricta teoría pura del Derecho, tal como es presentada por Kelsen.”¹⁹¹

De la mano con esta perspectiva, en su *Derecho y derechos fundamentales* (1993) señala que: “[l]a comprensión correcta del Derecho exige, a [su] juicio, entender tres dimensiones: la relación entre Poder y Derecho, la relación entre Derecho y moral, y la condición del Derecho como conjunto de normas y también de subsistemas de normas, de conjuntos normativos ordenados en torno a una idea, en el seno del sistema general.”¹⁹²

El primero de los supuestos (la relación entre poder y Derecho) se encuentra vinculado con la dimensión fáctica o la realidad social del Derecho, que permite explicar su relación con el poder. Esa relación cambia sustancialmente en el mundo moderno,

¹⁸⁹ La referencia hecha a su nueva postura jurídica como un *positivismo corregido, flexible* e incluso *dúctil* o *ético* (en el sentido de abierto a la moral, no en el de positivismo ideológico), aparece en sus “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 123 y la nota a pie de página N° 17.

¹⁹⁰ *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 12.

¹⁹¹ Ibid., p. 13.

¹⁹² Ibid.

pues la forma propia del poder político, el Estado, rompe con el pluralismo medieval de poderes, y obtiene el monopolio de la fuerza, y también del Derecho, que será a partir de entonces Derecho estatal. La primera de las funciones del Estado será producir el Derecho, entendido como instrumento para organizar la vida social, integrar a la sociedad, resolver o prevenir conflictos, cumplir un rol promocional, etc. Naturalmente, el Estado no inventa los comportamientos necesarios en que consiste el Derecho, sino que recibe la influencia de la realidad social, de las ideologías, la cultura jurídica, etc., y, en definitiva –en el modelo en estudio– de la ética pública de la Modernidad. Sin embargo, como hecho fundante básico, es el que finalmente define las normas que son consideradas dentro del sistema, el que actúa como centro de imputación normativa, el que sostiene la validez del Derecho y garantiza su eficacia. El Derecho, por su parte, actúa organizándolo y limitándolo para contribuir a su racionalización y legitimación, convirtiéndolo en un poder jurídico¹⁹³.

El segundo supuesto (la relación entre Derecho y moral) está vinculado con la dimensión axiológica del Derecho. Nuestro autor considera que, tras los aportes de la Modernidad hasta la actualidad, es posible superar la controversia entre iusnaturalismo y positivismo para construir una nueva relación entre Derecho y moral, a través de la mediación del poder político. De lo contrario, afirma, se dificulta una visión plena de la legitimidad del poder y de sus límites, haciéndose además insostenible un proyecto de derechos fundamentales. Ello implica, en su modelo, que el poder “asume una determinada moralidad, la moralidad pública de la modernidad, que es la de la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica y la traslada a su ordenamiento jurídico”¹⁹⁴. Al postular esa ética pública de la Modernidad y no cualquier tipo de moralidad, nuestro autor asume una posición propia de la Teoría de la Justicia para proponer un Derecho justo (es decir, el Derecho que *debe ser*), y no de la Teoría del Derecho (que se ocupa del Derecho que *es*); sin perjuicio de que también es posible afirmar que su Teoría de la Justicia se enmarca dentro de una particular Teoría del Derecho, ya que sus reflexiones sobre el Derecho justo son inseparables de sus reflexiones sobre el Derecho válido, constituyéndose así en una especial forma de

¹⁹³ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 13 y siguientes.

¹⁹⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 15. Vid también, del mismo autor: “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, *op. cit.*, p. 20.

desarrollar la filosofía jurídica¹⁹⁵. Ese punto de vista, en el que se sitúa, le permite “abordar el problema de la justicia, del Derecho justo, que es el de la relación actualizada entre Derecho y moral”¹⁹⁶. Tal punto de vista supone, según sus palabras:

1º. “Que se acepte que el Derecho existe independientemente de su reconocimiento de una determinada forma de moralidad.”¹⁹⁷ Queda claro así que si bien, desde un punto de vista propio de la Teoría del Derecho, el ordenamiento jurídico expresa siempre alguna opción moral, no necesariamente tiene que incorporar lo que se denomina como ética pública de la Modernidad.

2º. “Que se acepte que las diversas moralidades privadas, de Iglesias, de confesiones o de escuelas filosóficas, no son la moralidad pública que un Ordenamiento jurídico debe asumir”, sino que la moralidad pública “es una moralidad procedimental, basada en la dignidad del hombre y en los valores que la hacen posible –la libertad, la

¹⁹⁵ Lo dice el propio PECES-BARBA: “Esta coincidencia en abordar temas de Teoría de la Justicia en el marco de la Teoría del Derecho, es una marca propia del grupo de profesores que trabajamos juntos desde hace varios años, con la común influencia de Ruiz Giménez y de Elías Díaz. No somos los únicos que han arrancado de esa raíz. Hay otros colegas y amigos como Francisco Laporta, Manuel Atienza o Alfonso Ruiz Miguel, con los que tenemos otros muchos puntos en común, pero esta idea de que en la Filosofía del Derecho actual, reflexiones sobre el Derecho justo son inseparables de las del Derecho válido, nos identifican con carácter propio en la Filosofía del Derecho de nuestro país.” (“Prólogo”, en: LLAMAS, Ángel. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, p. 8).

Quizás por esa razón Liborio L. HIERRO considera que la “teoría del Derecho [de PECES-BARBA] es una teoría del Derecho del ‘Estado constitucional’ lo que [...] le incluye en una corriente que no resulta hoy nada extravagante.” Sustenta esta afirmación en que los planteamientos de PECES-BARBA sobre el poder legítimo y el Derecho justo “no se refieren a cualquier forma de poder ni a cualquier sistema jurídico, sino al sistema jurídico de un Estado democrático de Derecho, lo que solemos hoy llamar un ‘Estado constitucional’.” (“En busca del arca perdida: Diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico”, op. cit., pp. 650 y 649, respectivamente). Si se tiene en cuenta que la Teoría del Derecho pretende realizar una *descripción abstracta* del Derecho existente, independientemente de su identificación con un ordenamiento jurídico *concreto*, no parece acertado calificar los planteamientos teóricos de PECES-BARBA sobre el poder legítimo y el Derecho justo como una Teoría del Derecho del Estado constitucional. Más adecuado resulta calificar dichos planteamientos como integrantes de una Teoría jurídica del Estado constitucional, es decir, de la explicación o dilucidación teórica de una determinada organización jurídico-política particular; o, mejor aún, de una Teoría de la Justicia, porque esta última no busca describir un ordenamiento jurídico concreto, sino *prescribir* una determinada organización jurídico política, a la que considera justa, independientemente de que exista o no en la realidad. Esta última es la senda seguida en este trabajo porque los planteamientos de PECES-BARBA sobre el poder legítimo y el Derecho justo integran un modelo teórico prescriptivo orientado a organizar la vida social de manera justa. Sin perjuicio de ello, es posible afirmar, como se ha visto, que su Teoría de la Justicia se enmarca dentro de una particular Teoría del Derecho, ya que sus reflexiones sobre el Derecho justo son inseparables de sus reflexiones sobre el Derecho válido.

¹⁹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 15.

¹⁹⁷ Ibid.

igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica—, para construir un sistema de convivencia que permita a cada uno elegir libremente su plan de vida, su moralidad privada”¹⁹⁸.

“[L]os derechos fundamentales, como desarrollo de esos valores, son la vertiente subjetiva central de la moralidad pública para alcanzar ese objetivo. Los principios de organización que establecen los criterios éticos de estructura de los poderes y del Derecho como Ordenamiento, con la misma finalidad, [además de los principios que establecen criterios para la acción] son la dimensión objetiva de esos valores, y el otro elemento central de esa ética procedimental incorporada al Derecho.”¹⁹⁹

Será esta ética pública de la Modernidad la propuesta de PECES-BARBA, desde la Teoría de la Justicia, para que el poder político que la asuma sea legítimo y el Derecho que la incorpore sea justo.

En este planteamiento la justicia del Derecho tiene una raíz común con la legitimidad del poder y la ética pública con la que se relacionan: la dignidad del ser humano. Todos los objetivos deben converger en favorecer el desarrollo de la condición digna de la persona en todas las esferas de su vida, en especial de fijar y realizar por sí misma su ética privada. Por consiguiente, afirma nuestro autor, la justicia del Derecho no puede contener la obligación de comportamientos conducentes directamente al bien, a la salvación, a la virtud y a la felicidad. Debe situar a cada persona en condiciones suficientes para que pueda hacer uso de su libertad de elección a fin de decidir, por sí misma, sobre su plan de vida. También evitar —en lo posible— que obligaciones jurídicas derivadas de criterios de justicia puedan confrontarse con deberes de conciencia en el ámbito de la ética privada²⁰⁰.

3º. “Supone asimismo una distinción, en la relación entre Derecho y moral de la moralidad crítica, cuando no está incorporada a un sistema de Derecho positivo, y de la moralidad legalizada, cuando a través de los mecanismos de producción normativa forma parte de este sistema y se convierte en un criterio material, además de los formales, para identificar al Derecho.” El caso de la moralidad crítica “constituye un punto de vista para juzgar al Derecho como justo e injusto y representa un depósito de criterios, de objetivos y de fines que se pueden ir incorporando paulatinamente a ese Derecho positivo.”²⁰¹

¹⁹⁸ Ibid., ambas citas.

¹⁹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., pp. 15-16.

²⁰⁰ Vid su trabajo: “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 322.

²⁰¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 16, ambas citas.

Queda claro, entonces, que la moralidad sólo será un criterio material de validez jurídica cuando ha sido incorporada como tal al ordenamiento jurídico, es decir, cuando ha sido positivizada o instituida como moralidad legalizada. De lo contrario no será más que una moralidad crítica que, en cualquier caso, servirá para valorar y criticar al Derecho y para presionar al poder a fin de que incorpore nuevos o mejores contenidos de justicia.

El tercer supuesto (la condición del Derecho como conjunto de normas y también de subsistemas de normas) es propio de la dimensión normativa del Derecho. Consiste en considerarlo como “un sistema de normas que se puede, a su vez, descomponer en diversos subsistemas, uno de los cuales es el de los derechos [fundamentales].”²⁰² De esta manera el Derecho aparece como un conjunto de normas y de subsistemas jurídicos, por lo que frente a las tesis que lo consideran como un ordenamiento formado por normas jurídicas, PECES-BARBA agrega:

“[A]demás está formado por subsistemas normativos, que son conjuntos de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige no considerar a las normas que lo forman como autónomas, independientes y vinculadas sólo a través de la cadena de validez al Ordenamiento, sino como dependientes de un subsistema y de los criterios que lo identifican.”²⁰³

Esta consideración aumenta la complejidad del Derecho y la dificultad de su análisis por el pensamiento jurídico, ya que no sólo se deberá considerar el puesto, la jerarquía y, en general, las relaciones de las normas en el ordenamiento, sino también las de los subsistemas jurídicos. En esta concepción, la unidad interna de todo el ordenamiento se produce por medio de una norma básica (de la que dependen todas las normas y subsistemas que integran el ordenamiento), que es considerada en el modelo como una norma puesta, es decir creada por el poder, y no supuesta –a través de una hipótesis racional–, cuya función principal es establecer los criterios formales y materiales de producción normativa, que a su vez servirán como parámetros para identificar las normas jurídicas válidas, esto es, pertenecientes al ordenamiento jurídico. Norma básica ella que nuestro autor denomina como “norma fundante básica” o “norma de identificación de normas”²⁰⁴.

²⁰² PECES-BARBA, Gregorio. Ibid.

²⁰³ *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 355.

²⁰⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 16.

Esta perspectiva tridimensional es confirmada por PECES-BARBA en su trabajo: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante” (1999). En dicha obra el propio autor perfila los elementos de su actual concepción, que ha dado en llamar –como veíamos– *positivismo corregido, flexible e incluso dúctil o ético*. En ella destaca especialmente lo siguiente:

1º. “Para el positivismo corregido o ético, los criterios de validez del Derecho también deben ser establecidos por una norma de identificación de normas que sea norma básica puesta del sistema. Sin embargo, la que he llamado ética o moralidad pública es relevante para identificar el Derecho; o, dicho de otra forma, unos criterios de moralidad forman parte de la norma de identificación de normas.”²⁰⁵

2º. La norma básica de identificación de normas expresa la existencia en el Derecho de criterios de validez, tanto formales como materiales, para producir e identificar las normas jurídicas²⁰⁶.

3º. “La moralidad no es una creación del poder ni de su [D]erecho, sino que es previa al mismo hasta que se convierte en moralidad legalizada a través de las dos únicas puertas que existen para entrar en el [D]erecho, la legalidad y la jurisdicción.”²⁰⁷

4º. La moralidad que se propone para que el poder sea legítimo y el Derecho sea justo no es cualquiera, es la ética pública de la Modernidad entendida como “creación histórica de la razón humana que establece los criterios de justicia, los fines o los objetivos que el Derecho debe cumplir al servicio del desarrollo de la persona”; y que se expresa a través de los valores libertad, igualdad, seguridad y solidaridad; la misma que, al ser “asumida por un tipo de poder político compatible, y que se identifica con esos criterios” y ser positivizada o incorporada al ordenamiento jurídico, “actúa en el Derecho a través de los valores, de los principios de organización de otros principios y de los derechos fundamentales”²⁰⁸.

²⁰⁵ “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 123.

²⁰⁶ Vid: Ibid., p. 124-125.

²⁰⁷ Ibid., p. 126.

²⁰⁸ Ibid., pp. 127, 128 y 129, respectivamente.

2. Un Derecho concebido como sistema normativo estatal, a partir de una norma fundante básica de identificación de normas

La idea de que el Derecho es un “sistema normativo” que presenta unidad o identidad, así como cierta coherencia interna, cuyo fin es la regulación de la organización social, está muy difundida entre los juristas y es ampliamente aceptada por ellos. Pero también suele estarlo la idea de que las normas jurídicas no se presentan aisladas, sino que forman parte de un conjunto más vasto, llamado “orden jurídico”. Si ambas ideas fuesen correctas tendríamos que un orden jurídico es un sistema formado por un conjunto de normas jurídicas –o por un conjunto de subsistemas y normas jurídicas– que se relacionan entre sí, guardando una cierta unidad o identidad y coherencia interna. Si esto fuera así no podría explicarse lo que ocurre cuando se introducen –crean o promulgan– nuevas normas al sistema o cuando se eliminan –derogan– alguna de las ya existentes. En ese caso, es evidente que el sistema jurídico ya no es el mismo, pues cada vez que se crea una nueva norma o se deroga otra el conjunto normativo es distinto al originario. Sin embargo, no parece correcto afirmar que el ordenamiento jurídico ha cambiado, porque eso significaría que nos encontramos ante un Derecho diferente. Tal cosa resultaría contraria a la realidad y a lo que nos dice el sentido común. Parece claro, entonces, que si concebimos al ordenamiento jurídico como un sistema jurídico –o como un conjunto de subsistemas y normas jurídicas–, no es posible mantener la identidad del ordenamiento jurídico cuando se produce una modificación del conjunto normativo –por creación o derogación de normas–. Por consiguiente, como la noción de identidad del ordenamiento es necesaria para caracterizar al Derecho de nuestro tiempo, resulta necesario modificar la idea de ordenamiento jurídico como sinónimo de conjunto normativo o de sistema jurídico.

ALCHOURRÓN y BULYGIN proponen distinguir por ello entre “sistema jurídico” y “ordenamiento jurídico”. Un sistema jurídico será “un conjunto de normas válidas en un cierto momento conforme a algunos criterios de pertenencia”. Un orden jurídico, en cambio, será “una secuencia de sistemas jurídicos”²⁰⁹. De esta manera el orden jurídico

²⁰⁹ BULYGIN, Eugenio. “Tiempo y validez”, en: ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 197.

no es un conjunto de normas jurídicas, sino una familia de sistemas jurídicos. Dicho de otra manera, un ordenamiento jurídico es un conjunto formado por una sucesión de sistemas jurídicos que, a su vez, están integrados por normas jurídicas –o por subsistemas y normas jurídicas– que pertenecen al sistema en virtud de criterios de validez que no son otros que los criterios de identidad del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuando se crea o deroga una norma jurídica lo que cambia es el sistema, no el ordenamiento jurídico, pues el criterio de identidad se mantiene.

El concepto de Derecho de PECES-BARBA es compatible con estas ideas, aunque use indistintamente los términos “ordenamiento” o “sistema jurídico” para calificar al Derecho. Cuando los usa, lo hace para significar que el Derecho es un ordenamiento jurídico estructurado por el Estado bajo la idea de sistema, es decir, con sus rasgos de unidad, plenitud y coherencia, aunque con los matices que introduce al respecto. Por eso en este trabajo respetamos el uso indistinto que hace de las locuciones “sistema” u “ordenamiento” para referirse al Derecho, como si fueran sinónimos, sin perjuicio de la observación que hacen ALCHOURRÓN y BULYGIN al respecto.

Dicho ello, resulta patente que la concepción del Derecho en el modelo de PECES-BARBA es propia de la cultura occidental y moderna. Concibe al Derecho como un ordenamiento jurídico estructurado por el Estado bajo la idea de sistema. En un plano teórico, este Derecho suele ser definido como un conjunto de normas jurídicas –o de normas y subsistemas formados por grupos de ellas– que, en alguna medida, resultan siendo públicas, generales, claras, estables, de cumplimiento posible, irretroactivas y no contradictorias²¹⁰, que posee rasgos de unidad, coherencia y plenitud²¹¹, aunque en el modelo en estudio presenta algunos matices que nuestro autor se encarga de señalar. Así, en este modelo, la unidad del ordenamiento jurídico está dada por la “norma básica de identificación de normas” (que en este modelo es una norma puesta y no presupuesta). Ésta permite la reconducción de la pluralidad de normas que integran el ordenamiento jurídico a esa norma primaria o fundamental, a través del principio de jerarquía normativa. Esto supone que las normas inferiores dependen de las superiores, y así

²¹⁰ Son los ocho elementos de la moral interna del Derecho. Vid: ESCUDERO, Rafael. *Positivismo y moral interna del Derecho*, op. cit., p. 29 y siguientes.

²¹¹ Cfr.: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 165 y siguientes; y PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*, (Estructuras y Procesos, Serie Derecho), Trotta, Madrid, 2005, pp. 113-142.

sucesivamente hasta llegar a la norma básica de identificación de normas, en una relación de regulación de la producción normativa²¹². De esta manera la norma básica de identificación de normas posibilita la unidad sistemática del Derecho, diferenciándolo de cualquier otro ordenamiento sea de tipo jurídico o de signo distinto, y permite identificar –como veremos– las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico a través de los criterios de validez jurídica.

La plenitud y la coherencia del Derecho son, por su parte, de naturaleza formal en este modelo. Por un lado, nuestro autor se aparta de aquella concepción dogmática que atribuye al Derecho el rasgo de coherencia, al admitir la presencia de contradicciones normativas internas; y, por otro, considera necesario superar la ilusión de plenitud del Derecho, al admitir la presencia de lagunas normativas en su interior y apartarse de las posturas que intentan mantener a toda costa el postulado de su plenitud (como aquellas que caen en un fetichismo de la ley al considerarla, como norma abstracta y general, capaz de regular cualquier supuesto). Para él la coherencia y la plenitud serán siempre formales porque ante cualquier vacío o defecto que se pueda producir, incluyendo la solución de antinomias y demás problemas que se produzcan vinculados con la coherencia del sistema, siempre habrá un operador jurídico competente para darle solución a través de las herramientas que le proporciona el Derecho.

“La plenitud es una plenitud formal [afirma], puesto que siempre hay un operador jurídico competente para resolver y pronunciarse sobre los hechos. En muchos casos tendrá que resolver desde una norma concreta o desde un grupo de éstas, pero en otros lo hará partiendo de valores, principios de organización y derechos, es decir, desde lo que yo llamo normas principales, con lo que éstas proporcionarían criterios para resolver el caso concreto. [...]. Esa es la plenitud y la coherencia derivada de que siempre hay una respuesta a cada caso que se presente, pero no porque la suministre necesariamente el Derecho en sus regulaciones, sino porque debe proporcionarla un operador competente”²¹³.

²¹² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., pp. 124-125.

“A partir de la norma fundamental, que es norma de producción de otras normas, se construye la estructura jerárquica puesto que las normas inferiores ejecutan lo establecido por las normas superiores y producen normas inferiores. Todas las normas son así ejecución de las superiores y producción de inferiores, con sólo dos excepciones, la norma fundamental que es norma de producción de inferiores, pero no de ejecución de superiores (se agota la remisión a normas y se apoya en el poder) y las normas del último escalón del Ordenamiento que son sólo ejecución de superiores y no producción de inferiores (son los actos ejecutivos).” (PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 126-127).

²¹³ “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 125.

Con esta forma de concebir el ordenamiento los análisis tópicos y la ponderación de valores, derechos o principios sólo serán posibles aquí si se acepta previamente la idea de sistema, y si se efectúan dentro del marco del sistema jurídico y no al margen del mismo²¹⁴. En todo caso, si el Derecho incorpora como normas jurídicas una serie de principios –que presentan una “textura abierta”, o cierto grado de indeterminación– las condiciones de la cultura jurídica y política moderna impiden un uso de esos aspectos igual al que se hacía antes de ella. Su determinación, así como el trabajo que se realice con ellos, deberá realizarse dentro del marco del sistema jurídico y no fuera de él. En ese contexto, afirma nuestro autor, la ponderación de valores y de principios como interpretación dentro del sistema jurídico no es incompatible con un positivismo flexible y abierto a la moralidad. La tópica y el análisis de los casos desde el problema también pueden hacerse en el Derecho moderno, siempre y cuando se hagan a partir del sistema²¹⁵.

Este Derecho es un ordenamiento jurídico estatal porque es creado y estructurado por el Estado, único poder que –conforme a una visión moderna– es el que tiene la legitimidad y el monopolio para hacerlo. Se trata de una concepción que excluye o no reconoce como jurídicas (en el sentido de integrar el Derecho así considerado) a otros ordenamientos distintos al del Estado (sin perjuicio de la importancia que puedan tener en sus respectivos ámbitos), y que pueden encontrarse en otros escenarios de la sociedad como el económico, el religioso, el cultural, etc. (es el llamado pluralismo jurídico externo al ordenamiento estatal), por no ser coherentes con el modelo jurídico de la Modernidad, que exige la idea del monopolio en el Estado y su Derecho de la producción de las normas jurídicas, o al menos de la recepción y delegación como jurídicas de normas creadas por otros grupos sociales²¹⁶. De no ser así –dice PECES-BARBA– estaríamos ante un planteamiento antimoderno que recordaría a la poliarquía medieval²¹⁷:

²¹⁴ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 248.

²¹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 120.

²¹⁶ André-Jean ARNAUD y María José FARIÑAS, explican al respecto lo siguiente: “Los autores del Movimiento del Derecho libre contribuyeron a consolidar en el siglo XX el paradigma del ‘pluralismo jurídico’. En la casi totalidad de los autores del referido Movimiento, el paradigma del ‘pluralismo jurídico’ se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del Derecho, que dichos autores propugnaron. Dicho paradigma implica la idea de que, junto al Derecho estatal, existen otros ‘[D]erechos’ u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquél, unas veces armónicamente y otras en conflicto, pero que, en cualquier caso, viven ‘con independencia del Derecho estatal’. Para los autores pertenecientes

“Esto no supone negar, sería absurdo, que ciertas formas de Derecho puedan generarse inicialmente al margen del Derecho Estatal. Así por delegación de éste, en el sentido de delegación externa al Ordenamiento jurídico, se pueden crear normas, que se reconocen al producirse la delegación si no infringe otros criterios sistemáticos (jerarquía, competencia etc...). Es el caso del contrato o de la contratación colectiva, por poner ejemplos más claros. (Hay un sentido de normas delegadas usado por el Derecho Administrativo, que es una delegación interna del sistema y que no se debe confundir con éste).

También este fenómeno se da por recepción de normas en el Ordenamiento, que antes se habían generado en el ámbito social, y a las que con la recepción se les reconoce validez jurídica. El caso más claro, que no deja por ello de ser un residuo premoderno, es el de la costumbre. De esta distinción nace el criterio que clasifica a las normas jurídicas en directas (estatales), recibidas o delegadas”²¹⁸.

Este Derecho concebido como sistema se edifica, en el modelo en estudio, a partir de la “norma básica de identificación de normas”, también llamada “norma fundante básica” o “norma fundante básica de identificación de normas”. Se trata de una construcción doctrinal que expresa la existencia, principalmente en la Constitución (o en un cuerpo normativo con funciones similares), pero a veces con prolongaciones en leyes y reglamentos, de criterios de producción normativa que permiten identificar la validez jurídica de las normas que pertenecen a ese Derecho. Es un concepto jurídico interno de éste que además hace posible la unidad sistemática del ordenamiento jurídico apoyado en el hecho fundante básico²¹⁹. Así, un ordenamiento jurídico continuará siendo el mismo, es decir, mantendrá su identidad, mientras continúe teniendo el mismo criterio de identificación de normas –norma fundante básica–. Cuando cambia dicho criterio de identificación –por ejemplo, por sustitución de la Constitución mediante un “golpe de

al Movimiento del Derecho libre existe tanto un ‘pluralismo social’ como un ‘pluralismo jurídico’, ya que el Derecho siempre se ha manifestado en la vida de los distintos grupos sociales, cada uno de los cuales puede disponer de un sistema jurídico propio. En este sentido, el Estado no es sino un *grupo social* más de los que crean Derecho, aunque en la sociedad moderna ha logrado imponerse sobre los demás grupos sociales y monopolizar la producción formal del Derecho, garantizada por su fuerza coactiva y basada en el paradigma individualista de la modernidad. Pero en la realidad social, el Derecho estatal no es todo el Derecho existente [tesis que es rechazada por el modelo de PECES-BARBA]. Esto implica también un concepto de ‘juricidad’ más amplio que el que había sido utilizado tradicionalmente por la ciencia jurídica. El ámbito de lo ‘jurídico’ no sólo se reduce al Derecho estatal, sino que lo supera y se extiende a otros sistemas normativos de la vida social. Con lo cual es necesario aceptar la existencia de diferentes ‘sistemas jurídicos’, los cuales coexisten con el Derecho estatal. Esta concepción del paradigma ‘pluralismo jurídico’, dada por los autores del Movimiento del Derecho libre, implica, a su vez, una concepción ‘dualista’ del Derecho, ya que junto al Derecho estatal existe otro ‘[D]erecho alternativo’, que ellos denominan ‘social’ o ‘libre’.” (*Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 86-87).

²¹⁷ *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 92-93.

²¹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 93.

²¹⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., pp. 124-125.

Estado”– cambia todo el ordenamiento jurídico. En definitiva, “[h]echo fundante básico –poder que apoya la validez y la eficacia del Ordenamiento– y norma fundante básica –expresión jurídica del hecho fundante básico– son los dos cimientos en los que anda todo el conjunto del Ordenamiento jurídico”, según este modelo²²⁰.

La relación entre la norma básica de identificación de normas y el hecho fundante básico expresa el problema de la relación entre la moral, el poder y el Derecho, visto tanto desde la Teoría del Derecho como desde la Teoría de la justicia²²¹. Desde la Teoría del Derecho porque la idea del poder como hecho fundante básico del ordenamiento, se completa con la idea de norma fundante básica de identificación de normas, para permitirnos identificar el Derecho, así como a las normas o subsistemas que lo integran, a través de los criterios que están en esa norma fundante básica y cuya eficacia es posible por ese poder o hecho fundante básico que la sostiene²²². Bastará con atender a los criterios de esa norma fundante básica para identificar lo que *es* jurídico. Desde la Teoría de la Justicia porque al considerarse que no basta con que el ordenamiento jurídico presente una estructura formal y un funcionamiento predecible o seguro para ser justo (aunque esa sea una condición necesaria para alcanzar ese objetivo, pues sin seguridad no puede haber respeto ni promoción de la persona); se colige que es necesario que el Derecho presente ciertos contenidos materiales para su realización y no simples cualidades formales, pues si sólo se atendiese a lo formal el ordenamiento jurídico no podría poner a disposición del individuo diversas opciones moralmente aceptables o, incluso, podría no poner ninguna²²³. Los criterios materiales que puede incorporar la norma fundante básica como criterios de producción de lo jurídico, permiten así la reflexión sobre la dimensión de moralidad que *debe* incorporarse al Derecho para que éste sea justo²²⁴.

²²⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 16.

²²¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 94.

²²² Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 344.

²²³ Por ejemplo, no sería moralmente aceptable que el Derecho pusiese a disposición de los extranjeros sólo dos opciones: o aceptar trabajar para los nacionales más de 12 horas diarias durante todos los días del año o ser expulsados a sus países. En tal caso, la justicia del Derecho sería una farsa.

²²⁴ Vistas así las cosas, dice PECES-BARBA: “Esta tercera dimensión del Derecho como ordenamiento, con su integración en la norma básica de identificación de la moralidad legalizada, a través de la respuesta a la pregunta ¿qué se manda?, aborda desde un positivismo abierto a la moralidad, sin necesidad de

Es por eso por lo que, en el modelo de PECES-BARBA, esta norma fundante básica tiene una dimensión formal y otra material. Esta característica es muy importante. En el modelo positivista formalista la identificación de las normas pertenecientes al Derecho se producía sólo a través del poder creador de las normas –competencia– y de los procedimientos establecidos para producirlas. En dicho esquema la norma fundante básica era sólo formal y respondía a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?; o, dicho de otra manera, ¿quién tiene poder de producción normativa?, y ¿con qué trámites se debe producir esa decisión normativa? En el positivismo formalista una norma era válida y pertenecía, por tanto, al ordenamiento jurídico si era producida por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento establecido, independientemente de su moralidad o contenido. Se establecía así sólo una relación entre poder y Derecho²²⁵.

En cambio, para el modelo prescriptivo que defiende PECES-BARBA –propio de su positivismo flexible o abierto a valores– se sostiene que es posible una vinculación entre el hecho fundante básico y la norma fundante básica que tenga en cuenta la triple relación entre moral, poder y Derecho:

“Eso supone frente al positivismo clásico, la consideración de la moralidad para identificar al Derecho y frente al iusnaturalismo que esa consideración de la moralidad pasa necesariamente por la norma fundante básica. Ésta se amplía, e incorpora frente al modelo formalista, una dimensión material que expresa un tercer criterio adicional, junto al poder normativo y al procedimiento, para identificar al Derecho. Se trata del contenido de las normas y consiguientemente de los límites, *a sensu contrario*, que éstas no pueden traspasar. Los valores superiores, es decir la moralidad del hecho fundante básico y sus prolongaciones, derechos fundamentales, principios de organización y otros principios, constituyen la norma material básica de identificación de normas. Representa la respuesta a la pregunta ¿qué se manda?”²²⁶.

planteamientos iusnaturalistas, el problema del Derecho justo.” (*Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, p. 18).

²²⁵ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 95-96.

²²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 96. Vid, además, del mismo autor: *Derecho y derechos fundamentales*, op. cit., Introducción, pp. 16-17.

Sobre este punto afirma Liborio L. HIERRO: “Peces-Barba sostiene que ‘lo que diferencia a este planteamiento del formalismo kelseniano es que para éste sólo eran relevantes las dos primeras preguntas [¿quién manda? y ¿cómo se manda] y la tercera [¿qué se manda?] no tenía cabida en una `teoría pura del Derecho’ [...] [H]e de señalar que Kelsen no merece esta crítica. Ciertamente es que Kelsen no sostiene que las normas constitucionales necesariamente tengan que introducir criterios materiales o de contenido para la identificación y que es suficiente, para que cumplan su función como normas originarias o superiores de las que derivarán su validez las normas derivadas o inferiores, que establezcan quién está autorizado a dictar normas y cómo ha de ejercer esa autorización. Lo que ocurre es que también aquí la descripción de Kelsen pretende ser neutral y servir para cualquier tipo de sistema jurídico. Pero Kelsen no desconoce que en muchos sistemas jurídicos las normas constitucionales también introducen criterios materiales o de

Por eso se puede hablar también de una norma básica material y de una norma básica formal de identificación de normas que, en conjunto, conforman la norma básica de identificación de normas. No basta, por lo tanto, la relación entre poder y Derecho, ambos deben vincularse también con la moral.

Esta adscripción de una moralidad legalizada como criterio material de identificación de lo jurídico, significa reconocer que el Derecho no es sólo un sistema dinámico –como postulaba Hans KELSEN– sino también un sistema estático, es decir, un *sistema mixto*²²⁷. No sólo es dinámico porque la norma fundante del sistema además de establecer como requisitos de validez el establecimiento de un órgano productor de normas y de un procedimiento para producirlas, contiene también un contenido que las normas creadas según ese criterio formal deben respetar para ser jurídicas, como ocurre en un sistema estático. Pero no es sólo estático porque sus normas no son válidas en tanto sus contenidos puedan ser deducidos lógicamente de otra superior que pertenezca al sistema, sino porque son producidas por un órgano competente y conforme a un procedimiento establecido para ello, como ocurre en los sistemas dinámicos. En síntesis, el ordenamiento jurídico en el modelo de PECES-BARBA corresponde a la idea de sistema mixto porque las normas jurídicas no sólo son válidas porque han sido creadas por el órgano competente y conforme al procedimiento preestablecido, sino porque, además, sus contenidos se corresponden con criterios materiales, o de moralidad legalizada, establecidos por el poder político en la norma fundante básica del sistema.

contenido sobre lo que se debe, se puede y no se puede mandar y, cuando esto ocurre, la validez de las normas derivadas depende también de que satisfagan estos criterios.” (“En busca del arca perdida: Diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico”, op. cit., p. 656, los dos primeros corchetes pertenecen al autor citado).

²²⁷ Cfr.: KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, op. cit., pp. 203-205.

Francisco Javier ANSUÁTEGUI es de similar opinión: “El problema surge [nos dice, al referirse a la propuesta kelseniana de establecer una separación entre sistemas estáticos y dinámicos, para diferenciar a los sistemas normativos morales de los jurídicos] cuando [...] se contrasta con la configuración real y efectiva de los sistemas jurídicos, adquiriéndose conciencia de que, ciertamente, la caracterización señalada no sirve para referirse a los sistemas jurídicos y diferenciarlos de los sistemas normativos morales. Por lo tanto, cabe plantear la cuestión de si no caben otras posibilidades o modelos teóricos para referirse a los sistemas jurídicos.” Y continúa: “La inclusión de contenidos sobre derechos fundamentales –es decir, contenidos materiales– en las normas superiores de los Ordenamientos es uno de los factores que hace que, en realidad, el sistema jurídico sea un sistema mixto, en el sentido de que la pertenencia de las normas al sistema está en función de la materialización de relaciones tanto de legalidad como de deducibilidad.” “La consideración del sistema jurídico como un sistema normativo mixto, es una razón suficiente que permite plantear la cuestión de la imposibilidad de seguir manteniendo tajantemente la distinción kelseniana entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos.” (*Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, op. cit., pp. 84, las dos primeras, y 85, la última).

Esta norma fundante básica cumple, a su vez, dos funciones, una prescriptiva y otra descriptiva. La función prescriptiva se realiza *a priori* y la descriptiva *a posteriori*. Por la *función prescriptiva* la norma fundante básica establece los requisitos formales y materiales que una norma debe cumplir para ser válida, y sirve de guía para la producción, aplicación e interpretación de otras normas que deban realizar los operadores jurídicos –especialmente legisladores y jueces–, así como de límite para las mismas. Por la *función descriptiva* se constata si una norma existente cumple con esos requisitos y, en consecuencia, si es válida. Esta función es realizada por los órganos competentes, básicamente por el Tribunal Constitucional y demás órganos jurisdiccionales en el control de constitucionalidad, así como en la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado para saber si una norma es válida y aplicable a la solución de un conflicto o controversia (sin perjuicio de la potestad del legislador para derogar o modificar la norma si considera que hay razones para dudar de su validez)²²⁸.

Siendo consecuentes con esta posición, si la determinación de validez o invalidez de una norma jurídica se encuentra a cargo de los órganos competentes a los que el ordenamiento jurídico ha encargado esa función, puede ocurrir que una norma jurídica, “aparentemente” contraria a la Constitución, o a las demás normas que integran la norma básica de identificación de normas, sea declarada válida por el órgano competente por considerar que esa vulneración no se produce. Si a pesar de ello, se advierte que esta decisión es contraria a la moral crítica o al consenso social, estaremos ante una norma válida pero injusta –en el sentido de ser contraria a la ética pública o la moral crítica– y/o ante una norma válida pero que carece de legitimación –en el sentido de no gozar del apoyo social–. Cuando eso ocurre, la moralidad crítica puede servir como criterio para juzgar al Derecho y como programa para alcanzar el poder o lograr que éste proceda a la modificación de aquél. No obstante, resulta oportuno indicar que un sector de la doctrina distingue entre validez y aplicabilidad de una norma jurídica, señalando que puede haber normas válidas pero inaplicables, aunque también puede haber normas aplicables pero inválidas. Es el caso de José Juan MORESO quien, sobre la base de esta distinción, sostiene que cuando un Tribunal Constitucional –por poner un ejemplo– declara que

²²⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 124; *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 96; y, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., pp. 346-347.

determinada norma violatoria de la Constitución es válida; entonces –afirma– estamos ante una norma irregular que, por vulnerar la Constitución, sigue siendo inválida aunque por mandato del Tribunal Constitucional los jueces y demás operadores jurídicos tienen el deber de aplicar. Concretamente dice: “Las normas irregulares son inválidas, y no las convierte en válidas el hecho de que un tribunal diga que lo son, ahora bien, en determinadas circunstancias (a través del pronunciamiento de un tribunal) pueden devenir aplicables para determinados órganos”; y “si un Tribunal Constitucional establece que determinada norma inválida es conforme con la constitución, entonces los tribunales tienen la obligación de aplicarla”²²⁹. Para examinar el acierto de esta afirmación debe considerarse previamente el sentido con el que se utiliza el concepto de validez (pues caben diversas acepciones en la ciencia y la filosofía jurídica, como las que se refieren a ella como sinónimo de exigibilidad, aplicabilidad o fuerza normativa). Si por validez entendemos, tal como lo hace PECES-BARBA, la pertenencia de una norma al ordenamiento jurídico; entonces, no parece explicable que una norma inválida –la norma irregular– y, por ende, no perteneciente al ordenamiento jurídico, deba ser finalmente aplicada a un caso regulado por dicho ordenamiento. La única razón posible parecería ser de tipo fáctico o una razón de fuerza, cosa que nos alejaría de una justificación jurídica. En cualquier caso, esa no sería una postura compatible con la tesis de nuestro autor.

La norma de identificación de normas en este modelo responde a las tres preguntas: ¿quién manda?, ¿cómo se manda?, ¿qué se manda? En conjunto sirve para manifestar tanto la legitimidad del poder, o del hecho fundante básico, como la justicia del mismo Derecho, respondiendo así a otra pregunta: ¿por qué se manda? Finalmente esa legitimidad del poder y esa justicia del Derecho, llevaría a los ciudadanos a la convicción de que es más razonable obedecer a las normas de ese ordenamiento jurídico que desobedecerlas (sin perjuicio de los casos puntuales de objeción de conciencia que establecería el propio Derecho para no obedecer). Estaríamos ante la justificación de la obediencia con la respuesta a la pregunta ¿por qué se obedece?²³⁰ En definitiva, la

²²⁹ *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 159.

²³⁰ Sobre el tema de la obediencia del Derecho ha escrito Rafael HERRANZ, desde un punto de vista que consideramos prescriptivo, que: “del mismo modo que sin la existencia de ciertas prácticas y normas sociales no es posible la moralidad, ni la convivencia, sin la existencia de instituciones democráticas no es posible el desarrollo de una moral crítica. La democracia constituye la única ‘positivación’ posible de la

respuesta sucesiva a estas cinco preguntas: ¿quién manda?, ¿cómo se manda?, ¿qué se manda?, ¿por qué se manda? y ¿por qué se obedece?, representa el *íter* de desarrollo de la relación entre la moral, el poder y el Derecho, entre el hecho fundante básico y la norma fundante básica, en el modelo que PECES-BARBA postula y defiende²³¹.

Especial consideración merece el contenido de este Derecho, específicamente la dimensión material de la norma fundante básica de identificación de normas, que en el modelo analizado comprende a los cuatro valores de la ética pública que han sido positivizados pero también a los derechos fundamentales y demás principios que se derivan de aquéllos. El modelo es exigente porque al partir de la consideración conjunta y equilibrada de los cuatro valores de la Modernidad, la tipología de los derechos fundamentales y de los principios que aquéllos producen será la máxima posible, con consecuencias trascendentales para la organización social, la legitimidad y racionalización del poder, así como para el contenido de justicia del Derecho. En suma, para la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo.

3. Los valores superiores

Los cuatro valores de la Modernidad: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, incorporados al ordenamiento jurídico, son los elementos esenciales de la justicia del Derecho de este modelo. Cuando son positivizados suelen recibir el nombre de “valores superiores”. Es un uso similar al que les brinda el artículo 1.1 de la Constitución española; respecto al cual nuestro autor se ha preocupado en explicar: “[u]no de los motivos principales [...] de esa utilización en el artículo 1.º-1 de la expresión ‘valores

moral crítica, porque introduce la libertad como fundamento del orden jurídico. El principio de imparcialidad y juego limpio genera una obligación de cumplir las reglas de las instituciones; si la institución es moralmente justificable, la obligación es una obligación moral. La obligación moral de obedecer a las normas jurídicas en una democracia, surge de ese principio de imparcialidad, conectado con los de reciprocidad y solidaridad. La democracia facilita a todos los ciudadanos, sin excepción, unas ventajas sustanciales y unos beneficios políticos con los que todos cuentan, y por ello es posible exigir a todos, *prima facie*, el respeto de las normas democráticamente aprobadas.” (“La justificación de la democracia y la obligación moral de obedecer el Derecho”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 2, Año I, octubre 1993–marzo 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 242).

²³¹ Vid: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 97.

superiores' es precisamente la de superar la antítesis iusnaturalismo-positivismo [...]. No es un planteamiento positivista, ya que habla de los valores, ni tampoco iusnaturalista, porque están positivados y son históricos.”²³² Unos valores que responden a la tradición humanista de la cultura occidental y moderna, aunque sin agotarse en ella. Su positivación supone:

- “1. Una teoría de la justicia no iusnaturalista, [...] que propugna la positivación de una moralidad, con un fundamento histórico y racional suficiente en el mundo moderno y que se concentra en los valores superiores.
2. Una teoría de la justicia no positivista, puesto que no deja en libertad al órgano supremo de producción del Derecho para la construcción voluntarista de un sistema de valores del Ordenamiento jurídico.
3. Una teoría del Derecho basada en el sistema, pero que no reduce el sistema a su dimensión formal –modelo kelseniano– sino que incorpora elementos materiales como básicos para la construcción de ese sistema.
4. Una teoría del Derecho que incorpora principios, pero que no tiene que ser tópica y problemática, sino que puede ser sistemática.”²³³

PECES-BARBA se ha ocupado de ellos en su libro *Los valores superiores* (1984-1986), en su artículo del mismo nombre (1987), en su trabajo sobre la “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española” (1992), y en su *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (1995-1999), entre otras publicaciones. A través de ellas se advierte la evolución que su pensamiento ha experimentado al respecto. Así por ejemplo, mientras que en su libro *Los valores superiores* (1984-1986) la solidaridad y la seguridad no aparecen como elementos integrantes de los mismos (aparentemente, en el primer caso, por una omisión provocada por la decisión del constituyente español y, en el segundo, por considerársele más un dato referido a la forma del Derecho que un valor con contenido material); en su *Curso de Derechos*

²³² *Los valores superiores*, op. cit., p. 53.

El artículo 1, numeral 1, de la Constitución española dice lo siguiente: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

Refiriéndose a los valores “pluralismo político” y “justicia”, presentes en el artículo 1.1. de la Constitución española, PECES-BARBA ha expresado: “[E]n puridad lo que el pluralismo político supone podría integrarse dentro del valor libertad, uno de cuyos rasgos en una sociedad democrática es precisamente el pluralismo y especialmente el político. Por fin, me parece, que el concepto de justicia [...] es ambiguo, puede carecer de contenido específico, sino es precisamente la realización de los valores de libertad e igualdad, y no sólo puede no resultar imprescindible, sino incluso ser perturbador en la fijación de los contenidos del sistema de valores.” (*Los valores superiores*, op. cit., p. 118).

²³³ PECES-BARBA, Gregorio. “Los valores superiores”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, 1987, p. 378. Publicado posteriormente en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 239-260. Aquí se cita tal como apareció en la primera de las obras nombradas.

Fundamentales. Teoría General (1995-1999) la solidaridad y la seguridad aparecen como valores superiores que, junto con la libertad y la igualdad, se encuentran en la base del ordenamiento jurídico y como sustento de los derechos fundamentales²³⁴. Una consecuencia del análisis del desarrollo histórico de los valores, así como de sus respectivas dimensiones racionales, lo que le lleva a concluir: “la solidaridad es un valor superior” que se desarrolla por las aportaciones del liberalismo progresista, del personalismo comunitario y del socialismo democrático; y “la seguridad jurídica es, sin duda, un valor superior en el mundo moderno [pues...] el primer objetivo de toda la cultura jurídica y política desde la formación del Estado moderno será la realización de la seguridad a través del Derecho, como objetivo político prioritario”²³⁵.

“La seguridad jurídica es un objetivo del Estado Moderno, y también coincidente en el liberal y en el social. [...]. Por el contrario la solidaridad, para ser considerada como valor superior, es decir, como un objetivo del Poder para ser realizado a través de su Ordenamiento jurídico, tal como aquí [sic] lo hemos estipulado, se sitúa necesariamente en el Estado Social o en el Estado Democrático [...], pero en ningún caso en el Estado liberal. El valor seguridad jurídica es comun [sic] a todas las familias del pensamiento liberal democrático, mientras que la solidaridad sólo [a] alguna de ellas, vinculadas al liberalismo progresista, al personalismo comunitario o al socialismo democrático.”²³⁶

Estos valores se derivan racionalmente de la idea de dignidad del ser humano, máximo objetivo del ámbito social, político y jurídico, cuyas actuaciones deben estar orientadas a su desarrollo y promoción a plenitud. Buscan concretar en la realidad las exigencias de la dignidad humana a través de la realización de esos valores para favorecer la autonomía moral o el desarrollo integral de las personas. No actúan de manera homogénea: se orientan a dimensiones materiales, formales y relacionales, no de manera pura sino muchas veces mezclados o integrados entre ellos²³⁷. “Así, en unos casos encontramos a la libertad y la igualdad, en otros a la libertad y la seguridad, a la libertad y la solidaridad, a la solidaridad y la igualdad, y por fin [...], a la solidaridad y a

²³⁴ Cfr. Sus obras: *Los valores superiores*, op. cit., especialmente pp. 66-67; y *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., pp. 207-294.

El propio PECES-BARBA indica que, si se aplicase su concepción actual sobre los valores superiores, al artículo 1, numeral 1, de la Constitución española, éste tendría que tener el siguiente tenor: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico a la seguridad jurídica, la libertad, la igualdad y la solidaridad.” (“Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 272).

²³⁵ “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., pp. 270 la primera cita, y 254 la segunda.

²³⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 255-256.

²³⁷ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 213.

la seguridad jurídica”²³⁸. En función a ello nuestro autor considera que es posible aislar tres tipos de valores posibles:

1°. Los *valores formales*, “como la seguridad jurídica, que comprende la igualdad formal, y que inciden en la estructura formal y en la dinámica de funcionamiento del Derecho, como justicia procedimental.” Se refiere a los órganos de producción del Derecho, a los procedimientos, a la dinámica de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, a la creación de dimensiones de certeza que permitan a las personas saber a qué atenerse ante la posible opresión, arbitrariedad o desesperanza que se pueda producir en la vida social y que puede afectar a su dignidad o a su autonomía moral²³⁹.

2°. Los *valores materiales*, “como la libertad o la igualdad material, que podríamos integrar en la idea de libertad igualitaria”. Se refieren a los contenidos del Derecho, en relación también con la dignidad humana, para favorecer la autonomía moral o el desarrollo integral de las personas, creando una sociedad bien ordenada con exigencias que favorezcan la libertad y la igualdad²⁴⁰.

3°. Los *valores relacionales*, “como la solidaridad o fraternidad que se refieren a los sujetos, y a las formas de vida social, a los comportamientos, entre ellos, que favorezcan desde esa dimensión de las relaciones entre las personas, la realización de los ideales de libertad y de igualdad que conducen a la libertad moral o autonomía moral.”²⁴¹

PECES-BARBA se ha ocupado con solvencia de dar respuesta al sentido que otorga en su modelo a los valores superiores, tanto en lo que respecta a lo que son como a la función que cumplen en el ordenamiento jurídico. Desde su punto de vista suponen por lo menos lo siguiente:

1°. “Son la norma básica material del sistema jurídico”²⁴². Integran la norma fundante básica o norma de identificación de normas, por lo que cumplen con todas y cada una de sus funciones, en especial la de ser elementos identificadores del ordenamiento jurídico. “En su origen son [...] valores morales que un determinado poder

²³⁸ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid.

²³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 272.

²⁴⁰ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid.

²⁴¹ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid.

²⁴² PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 247.

asume como criterios políticos fundamentales.” Tras ser asumidos por el poder “[e]xpresan la relación entre el poder y el Derecho al ser valores políticos, los supremos de un Estado, que se pueden convertir en valores jurídicos, los superiores del Ordenamiento”, mediante su positivación como normas jurídicas²⁴³. “Esta inclusión en una norma jurídica de los valores superiores, supone la positivación de los fundamentos éticos de un sistema político a través de su Ordenamiento jurídico.”²⁴⁴ En ese sentido comunican al poder, o hecho fundante básico, que pretende realizar como objetivos esos valores superiores, con el Derecho que los recibe de manos de ese poder como integrantes de su norma fundante básica. Al ser positivizados se convierten en auténticas normas jurídicas, gozando de la mayor jerarquía al incorporarse a la Constitución (o al cuerpo jurídico que cumpla con sus funciones). No son, en consecuencia, simple retórica. Lo recuerda PECES-BARBA: “Los valores superiores tienen carácter normativo. No son un consejo, un ideal, una orientación, sino que son obligatorios para todos los destinatarios de las normas”²⁴⁵; y lo expresa así Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA:

“[N]o son –de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros– simples ‘principios programáticos’, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación [...] comenzando por la Constitución misma”²⁴⁶.

2º. “Los valores superiores representan los máximos ideales que una sociedad decide erigir en objetivos del poder político a realizar a través del Derecho.”²⁴⁷ Siendo coherentes con el modelo en estudio, tanto la elección de esos valores como la determinación de su contenido puede darse en el ámbito moral a través del procedimiento de las Éticas comunicativas o el de las Éticas contractualistas –aunque el modelo se muestra más armonioso con el primero–; y en el ámbito político a través de los

²⁴³ PECES-BARBA. Gregorio. Ibid. p. 248, las dos últimas citas.

²⁴⁴ PECES-BARBA. Gregorio. “Los valores superiores”, op. cit., p. 380.

²⁴⁵ *Los valores superiores*, op. cit., p. 42.

²⁴⁶ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión a la tercera edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 98-99.

²⁴⁷ PECES-BARBA. Gregorio. “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 248.

Refiriéndose a la Constitución española, nuestro autor expresa: “la situación de los valores superiores en el artículo 1.º, auténtico pórtico normativo de nuestra Constitución, y la relación que se hace con el ordenamiento en su conjunto permiten concluir que se utilizan como los objetivos generales a alcanzar por el Estado social y democrático de Derecho a través del ordenamiento jurídico. Son el fundamento y la meta, el fin del Derecho, que el legislador constituyente, expresión de la soberanía, se propone.” (*Los valores superiores*, op. cit., pp. 37-38).

mecanismos de la democracia representativa abierta a esquemas deliberativos. Su incorporación al Derecho se dará a través del órgano competente mediante el procedimiento jurídico establecido. Como se ha visto en el capítulo anterior, la propuesta de PECES-BARBA es que los valores superiores tengan como núcleo a la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica; asimismo, que tengan como contenido el que se ha examinado al revisar la ética pública que el modelo postula.

3°. En este modelo los valores superiores “son expresión de una racionalidad cristalizada históricamente, que el Estado social y democrático de Derecho asume como guía material del Derecho.”²⁴⁸ Por esa razón, la determinación o interpretación de sus respectivos contenidos no puede prescindir de la tradición cultural y humanista donde los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad se originan: la cultura democrática occidental y moderna –aunque sin reducirse a ella–. Una muestra más del uso de la razón situada en la historia que caracteriza al modelo. Insiste así PECES-BARBA:

“La interpretación de los valores superiores [...] por legisladores y por jueces, como por los demás operadores jurídicos, es importante, pero no puede olvidar que parte del dato previo, que no se inicia desde la nada. Y ese dato previo de los valores, no es una fórmula vacía, sino que tiene un núcleo central de sentido formado por la reflexión racional y por la tradición histórica de la cultura democrática.”²⁴⁹

4°. Como consecuencia de la primacía que le reconoce al Parlamento, nuestro autor considera que en el ámbito jurídico “los valores superiores, [y, en general] los contenidos materiales de las Constituciones se desarrollan, en primer lugar, por medio de la ley y sólo subsidiariamente por medio de los Tribunales, aunque también por ellos.” Y añade: “El Estado no es o legislativo o jurisdiccional, sino que, a través de la teoría del ordenamiento, se entiende la integración de esas dos formas principales de producción normativa, con predominio, en un sistema democrático, del primero por ser la sede de la representación de la soberanía.”²⁵⁰ Eso no excluye la competencia del Tribunal Constitucional para actuar como intérprete supremo, cuando se produzca un conflicto al respecto, en su condición de garante de los valores superiores y, en general, de la Constitución; pero sin que eso signifique una invasión en la competencia del Parlamento

²⁴⁸ PECES-BARBA. Gregorio. “Los valores superiores”, op. cit., p. 380.

²⁴⁹ Ibid., p. 385.

²⁵⁰ *Los valores superiores*, op. cit., p. 70, ambas citas.

para poder desarrollar esos valores como el principal representante de la soberanía popular. Lo explica así nuestro autor:

“Hay que entender, por consiguiente, muy matizadamente el significado que [...] cumplen los valores superiores. Ciertamente, son la base de los contenidos materiales del ordenamiento que se construye a partir de ellos, pero lo son a partir de las decisiones de unos operadores jurídicos –legislador y juez, y de manera específica el Tribunal Constitucional– que reciben competencia para ello y que naturalmente pueden equivocarse en la interpretación de los valores, aunque en determinadas circunstancias, en conflictos estrictamente jurídicos, esa misma norma otorga a uno de ellos –el Tribunal Constitucional– la decisión definitiva en cuanto preservación de la Constitución. Es indudable, sin embargo, que la formulación explícita de los valores superiores da [...] una mayor objetividad y limita la libertad de esos operadores jurídicos en la construcción de los contenidos materiales del ordenamiento.”

“Cuando se producen las leyes, principal forma de producción normativa general, se están desarrollando los valores superiores y sólo en determinados supuestos el Tribunal Constitucional puede rectificar la interpretación que de los valores da el Poder legislativo, a través del recurso de inconstitucionalidad o de amparo, sin perjuicio del papel que le corresponde al juez, habilitado para ello por una ley, para completar el ordenamiento jurídico.”²⁵¹

En cualquier caso, el poder jurídico del juez, del legislador y del Tribunal Constitucional no provienen de los contenidos de los propios valores, sino de la norma fundante básica de identificación de normas que los habilita para cumplir esa función. Se verifica así, una vez más, que el modelo en estudio se aparta de los esquemas iusnaturalistas para situarse dentro de los moldes positivistas, aunque abierto a valores que han sido incorporados por el poder al Derecho²⁵².

5°. Como quiera que esos valores proceden de la moral, no se agotan en su contenido jurídico, sino que “suponen también una dimensión crítica, con un sentido dinámico, que no se perfeccionan exclusivamente con su inclusión en el Derecho legal, sino que se va ampliando, concretando y estipulando en el Derecho judicial.”²⁵³ Como

²⁵¹ Ibid., pp. 72 y 81, respectivamente.

²⁵² “Si pensásemos, ingenuamente, que la Constitución material se construye por deducción lógica de los valores superiores del artículo 1.º-1, estaríamos de nuevo cayendo en los errores iusnaturalistas, en la arbitrariedad de unos contenidos materiales que cada uno interpretaría a su manera. [...]. Si los operadores jurídicos –el legislador y el juez– [por tanto, también el Tribunal Constitucional] construyen, a partir de los valores superiores, los contenidos materiales del ordenamiento es porque una norma de producción de normas –de identificación– les da la competencia para ello.” (PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 71).

²⁵³ PECES-BARBA, Gregorio. “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 248.

moralidad crítica, la parte de esos valores que no ha sido positivizada, presiona “sobre la parte de esos valores ya positivizados para ampliar y profundizar su sentido.”²⁵⁴

“Así se puede hablar de valores superiores positivizados y de valores superiores críticos que se enriquecen en la cultura y la historia, por el esfuerzo y por la reflexión del hombre y que pretenden convertirse en valores legalizados. El cauce para la positivación de las dimensiones de esa moralidad crítica no será ya la Constitución, sino la legislación y la jurisprudencia que la interpreta y la aplica. En ese sentido se puede decir que los valores superiores contienen todas las virtualidades de posibles desarrollos posteriores, o dicho de otra manera, que la moralidad legalizada incluye también a todas las posibilidades de la moralidad crítica que sean coherentes con el sistema sin perjuicio de la dimensión creadora que toda norma supone.”²⁵⁵

Por tanto, no son una pieza acabada y definitiva. Al ser normas morales asumidas por la política y positivizadas como normas jurídicas, seguirán modelándose y desarrollándose a través de la deliberación racional en cada uno de esos tres ámbitos.

6°. “Son guía para la creación e interpretación del Derecho”²⁵⁶. Al ser parte de la norma fundante básica de identificación de normas y gozar de la mayor jerarquía, sirven de guía para la producción jurídica y para informar con carácter general a todas las normas del ordenamiento, que deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de esos valores. También como criterio “al que tienen que ajustar su actuación todos los operadores jurídicos.”²⁵⁷ Por ese motivo tienen una dimensión de totalidad en relación con el ordenamiento jurídico y actúan como guía y referente ético para la interpretación y desarrollo del mismo, además de servir como límite. Proporcionan una guía acerca de cómo y cuando usar las normas jurídicas, qué alcance darles, qué contenidos otorgarles y qué contenido no darles, cómo combinarlas y cuando otorgar preferencia a alguna de ellas²⁵⁸. Actúan como “límite a la acción del poder, con lo que [se] refuerza el control y el sometimiento del poder al Derecho”²⁵⁹.

7°. “Son [...] raíz de los derechos fundamentales y de los principios de organización”, además de los otros principios que establecen criterios para la acción²⁶⁰.

²⁵⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*, op. cit., p. 42.

²⁵⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Los valores superiores”, op. cit., p. 380.

²⁵⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 248.

²⁵⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*, op. cit., p. 38.

²⁵⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Los valores superiores”, op. cit., p. 380.

²⁵⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 384.

²⁶⁰ Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 248.

En el modelo los valores superiores se presentan como el sustento inmediato de tales derechos, como consecuencia de una deliberación racional apoyada en una evidente base histórica. Por lo menos la historia de los derechos fundamentales en la cultura occidental y moderna lo confirma: su desarrollo arranca de los cuatro valores modernos: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, apareciendo como fundamento de los derechos, muchas veces mezclados o coincidiendo en su justificación²⁶¹. Sin embargo, en el modelo no sólo aparecen como el sustento de los derechos fundamentales, sino también como el fundamento de los principios de organización y de los otros principios que establecen criterios para la producción, interpretación y aplicación normativa, como consecuencia también del uso de una razón situada en la historia. “Son valores que fundamentan derechos [...] pero son también valores que fundamentan formas de organización constitucional o, más genéricamente, del ordenamiento jurídico.”²⁶² Lo explica PECES-BARBA:

“[E]stos valores superiores, raíz de los derechos, no agotan su función en la prolongación por medio de éstos. Además de informar con carácter general a todas las normas del Ordenamiento que deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de estos valores, generan otro tipo de normas que son también su prolongación y que preferimos llamar principios de organización, como criterios que se deducen directamente de los valores y que orientan y regulan con carácter general a los poderes, a las instituciones, como criterios básicos de sus subsistemas jurídicos. Así, el principio de las mayorías, el de separación de poderes, que no están expresamente formulados por ejemplo en la Constitución española, junto con otros que sí lo están, como los de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de la Administración, los de unidad jurisdiccional e independencia del Poder Judicial, los de autonomía de los municipios, y Comunidades autónomas, etc... Junto a los principios de organización aparecen los principios de interpretación, que ayudan a la producción o a la aplicación de otras normas o a la solución de casos difíciles en caso de ausencia de normas-regla, directamente aplicables al caso. Así, los derechos fundamentales son la prolongación subjetiva de los valores superiores y los principios de organización y de interpretación, su prolongación objetiva”²⁶³.

Bien puede decirse, entonces, que los valores superiores se desarrollan al interior del ordenamiento jurídico en derechos fundamentales, principios de organización y otros

²⁶¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 213.

²⁶² PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 211.

“Así, la llamada igualdad formal está en la raíz de instituciones como el proceso, y la libertad, en el principio de las mayorías o en la separación de poderes. Los principios de interpretación o de producción normativa, intervienen en la dinámica del Derecho, en su aplicación para ayudar a aclarar el sentido de normas, reglas, o de otros principios más concretos en el primer caso, y para acotar la producción de otras normas en el segundo. Podemos señalar entre ellos, el principio del abuso del derecho, del fraude a la ley, *in dubio pro reo*, de la buena fe, etc...” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, la cursiva no es mía).

²⁶³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 359.

principios que coadyuvan a la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, constituyendo todos ellos las normas jurídicas con mayor densidad ética.

8°. Por ese motivo, los valores superiores son diferentes de los derechos fundamentales y de los otros principios que suponen criterios generales del conjunto del ordenamiento jurídico o que integran algún subsistema del mismo. Es el caso, por ejemplo, de los principios rectores de la política económica y social que pueda contemplar el Derecho²⁶⁴.

“A mi juicio los valores y los principios [incluyendo los derechos fundamentales] tienen un origen común en la moralidad pública que se positiviza, pero los primeros recogen las dimensiones más fundamentales de ésta que el poder político, como hecho fundante básico, asume como el núcleo de su moralidad y del consenso, que junto con la fuerza, pone en pie la norma fundante básica (que se concreta especialmente en la Constitución) [...]. Así se puede decir que los valores son las normas principales que relacionan al Poder y al Derecho, al hecho fundante básico, con la norma fundante básica. Son los identificadores del sistema y tienen vida que trasciende al ámbito interno del Derecho positivo. Las restantes normas principales tendrían varios escalones pero siempre internos al Ordenamiento, como prolongación o derivación de los valores superiores.”²⁶⁵

9°. “Finalmente los valores superiores son expresión de la legitimidad del sistema político y de la justicia de un Derecho y en ese sentido en ellos se basan las razones posibles para la obediencia.”²⁶⁶ Es la respuesta a la pregunta: ¿por qué se manda?, que permite dar razones para justificar por qué se debe obedecer al Derecho desde el propio ordenamiento jurídico. Una función a la que también ha hecho referencia Ángel LLAMAS: “El ‘¿por qué se manda?’ se sitúa por encima del ‘¿cómo se manda?’ y conecta al Estado de Derecho formal con los contenidos materiales del ‘¿qué se manda?’ desde la función legitimadora.”²⁶⁷ Una conexión que, en el modelo prescriptivo y exigente de PECES-BARBA, permite hablar del Estado social y democrático de Derecho, al integrar e impulsar, conjunta y equilibradamente, los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad para alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que se

²⁶⁴ Vid: PECES-BARBA. Gregorio. “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 248.

²⁶⁵ PECES-BARBA. Gregorio. “[Reseña de] Prieto Sanchís, Luis, ‘Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico’. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992.”, en: *Revista de las Cortes Generales*, Nº 28, 1993, p. 430.

²⁶⁶ PECES-BARBA. Gregorio. “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, op. cit., p. 248.

²⁶⁷ “Notas sobre los valores superiores de Gregorio Peces-Barba”, en: AA. VV. *El fundamento de los derechos humanos*, (Serie de Derecho, Colección Universitaria), edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1989, p. 224.

persiguen. Así, “[l]os valores superiores son el contenido de justicia material que el Poder, organizado en Estado social y democrático de Derecho, propugna, y participan, por consiguiente, de los rasgos de ese modelo. Son la faceta jurídica de esa organización política.”²⁶⁸

Como consecuencia de todo lo dicho podemos decir que, desde la perspectiva jurídica, los valores superiores fundamentan todo el ordenamiento, en la medida de que son su base normativa, dando lugar a que no sólo inspiren y dirijan la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas –de todo acto jurídico en general–, sino a que tengan propia fuerza normativa de la mayor jerarquía. Asimismo, como elementos axiológicos, orientan el ámbito jurídico y político hacia fines predeterminados, de tal suerte que hacen ilegítimos aquellos actos de poder, e injustas aquellas normas jurídicas, que persigan fines distintos u obstaculicen su concreción. Y por último, como integrantes de la norma fundante básica, sirven de criterios para evaluar los hechos y las conductas de los individuos, así como la de los órganos del Estado, dando lugar a que todo acto u omisión contrario a su contenido deba ser invalidado o sancionado²⁶⁹. En sentido similar, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO considera que: “[l]os valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico *fundamentador* o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para *orientar* la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el *criterio* para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad”²⁷⁰.

²⁶⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*, op. cit., p. 65.

²⁶⁹ Al respecto dice PECES-BARBA: “Creo que si incluimos a la nulidad o a la invalidez entre el genérico sanción se puede también afirmar que el incumplimiento por los operadores jurídicos [...], al producir o aplicar el Derecho, del artículo 1-1 [de la Constitución española que recoge los valores superiores], en cuanto propugna para todas las normas inferiores a la Constitución su producción acorde o no opuesta con los valores superiores, supone normas inválidas o nulas. Esta invalidez debe ser declarada en un proceso ante los Tribunales ordinarios, o ante el Tribunal Constitucional según el tipo de norma de que se trate.” (“Los valores superiores”, op. cit., p. 379).

²⁷⁰ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 288-289.

4. Los derechos fundamentales. Del dualismo al trialismo en la concepción de los derechos

Los derechos fundamentales son otro de los elementos esenciales del modelo que integran el contenido de justicia del Derecho. Tienen como fin último contribuir a que las personas puedan alcanzar el máximo nivel posible de humanización, en cada momento histórico²⁷¹. Son instrumentos para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran la dignidad humana y la elección libre de la moralidad privada.

Según la concepción sobre los derechos fundamentales que PECES-BARBA expresa en su *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (1995-1999), el concepto de este tipo de derechos debe ser abordado desde un punto de vista objetivo y desde un punto de vista subjetivo. El punto de vista objetivo coincide con la función de tales derechos en tanto normas jurídicas integrantes de la norma de identificación de normas; y el punto de vista subjetivo con su función de derechos cuya titularidad es atribuida por el Derecho a las personas a fin de que puedan elegir y realizar libremente sus planes de vida:

“Desde el primer punto de vista, los derechos fundamentales son el conjunto de normas de un Ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión de la dignidad del hombre, que forman parte de la norma básica material de identificación del Ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada [entiéndase ética pública legalizada], que legitima al Estado Social y Democrático de Derecho.

Desde el punto de vista subjetivo se les puede definir como aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el Ordenamiento positivo establece, de protección a la persona, en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o grupos sociales, con posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación.”²⁷²

²⁷¹ Vid.: PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, op. cit., 221-222.

²⁷² PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 469.

“En resumen, podemos afirmar que los derechos suponen un subsistema directamente derivado de los valores superiores, que actúa [sic] como atribución de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades, que además prolongan y concretan la norma básica de identificación de normas, y que como tal subsistema dentro del ordenamiento, ocupan una jerarquía muy preeminente, fronteriza con la norma

Se trata, en este último caso, de una aplicación de las cuatro modalidades de los derechos subjetivos de las que nos habla W. N. HOHFELD, y que asume PECES-BARBA al reflexionar sobre este tipo de derechos²⁷³. Así, un derecho fundamental es un *derecho subjetivo* –propriadamente dicho– cuando su titular puede exigir una prestación a otro sujeto que, a su vez, tiene la obligación o el deber de cumplirla. Por ello el correlativo de un derecho subjetivo es un *deber* o una *obligación*. Es el caso de los derechos que sirven para satisfacer necesidades básicas y promocionar a la persona.

Un derecho fundamental es una *libertad* cuando su titular es libre de adoptar o no adoptar un determinado comportamiento. Eso equivale a decir que los otros sujetos no tienen el derecho subjetivo a que el titular de la libertad adopte o no adopte esa conducta. Por ese motivo su correlativo es un *no-derecho* de la otra parte de la relación. “[N]o tenemos el derecho a que el otro se obligue a no interferir en nuestro de libertad, sino que nadie tiene derecho a interferirnos”²⁷⁴. Se sitúan aquí los derechos fundamentales que cumplen un rol de protección de la persona.

Un derecho fundamental es una *potestad* jurídica cuando su titular puede obligar y producir, mediante un acto, efectos jurídicos sobre la situación de otra persona. Su correlativo es una *no-inmunidad* o un vínculo jurídico de *sujeción*. Corresponde a este grupo, entre otros, el derecho a la participación política porque los poderes públicos no pueden impedir los efectos de su ejercicio.

Finalmente, un derecho fundamental es una *inmunidad* cuando su titular no puede ser afectado por los actos de otra persona, es decir, cuando ésta es incompetente para

básica y son guía de [producción,] aplicación y de interpretación de los restantes subsistemas y normas.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 360).

²⁷³ Vid: HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, (1913), (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), tercera edición, traducción de Genaro R. Carrió, Fontamara, México D. F., 1995, p. 45 y siguientes.

Manuel ATIENZA aplica los conceptos de HOHFELD –introduciendo algunas leves modificaciones y ciertos desarrollos– para elaborar una clasificación estructural de los derechos humanos. Vid, al respecto, su trabajo: “Una clasificación de los derechos humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 4, 1986-87, –Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez–, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 29-43.

Sigo en la explicación de las modalidades de los derechos subjetivos lo expuesto por PECES-BARBA en: “De la función de los derechos fundamentales”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 143-144.

²⁷⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 144.

modificar a través de ese acto la situación jurídica del titular. Por eso se dice que el correlativo de una inmunidad es la *incompetencia*; esto es, la ausencia de un poder político para exigir un determinado comportamiento, sea una acción o una abstención. Pertenecen a este grupo los casos de derecho al disenso puntualmente reconocidos por el ordenamiento.

Según el modelo, los derechos fundamentales cumplen funciones al exterior del ordenamiento jurídico y otros al interior de éste. En el primer caso la función principal de tal tipo de derechos es orientar la organización de la sociedad, principalmente del poder y del Derecho, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que puedan realizar los valores y demás contenidos que identifican a esa dignidad²⁷⁵. Se trata de servir como instrumentos adecuados que favorezcan que la persona pueda transitar por el dinamismo de la libertad: desde la libertad de elección hasta la libertad final, hasta su desarrollo integral.

“Hoy podemos decir que los derechos fundamentales colaboran con esa finalidad moral, creando un ámbito de autonomía para que los hombres actúen libremente –derechos civiles–, estableciendo cauces de participación en la organización y en el funcionamiento del poder –derechos políticos– removiendo los obstáculos que mantienen la discriminación e impiden la igualdad y promoviendo las condiciones que hagan posible la igualdad real –derechos económicos, sociales y culturales–. Si tuviéramos, en resumen, que calificar telegráficamente la función de los derechos fundamentales en este primer nivel desde la moralidad [...], diría que crean condiciones de libertad igualitaria para hacer posible el dinamismo desde la libertad inicial, o libertad de elección hasta la libertad final o libertad moral.”²⁷⁶

En el segundo caso los derechos fundamentales desempeñan dos funciones dentro del Derecho, según nos situemos en un punto de vista objetivo o en uno subjetivo. Desde el punto de vista *objetivo*, los derechos fundamentales son un subsistema jurídico e integran, junto con los valores superiores y los otros principios que se derivan de éstos, la norma fundante básica del ordenamiento; por lo tanto, al igual que ellos, cumplen con sus

²⁷⁵ Vid.: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 132.

²⁷⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, *op. cit.*, p. 222.

“Lo relevante y previo al Derecho positivo, como dimensión moral radical de los derechos, es esta función de contribuir a la autonomía moral, desde la libertad psicológica, a través de la necesidad de una libertad social que se articula en los derechos fundamentales. [...]. Así, no sólo no se excluyen los derechos económicos, sociales y culturales, sino que se incluyen necesariamente.”

“Los derechos económicos, sociales y culturales por consiguiente, forman parte también del concepto integral de los derechos.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, *op. cit.*, p. 202, ambas citas).

funciones, sirven de guía para la producción, aplicación e interpretación del Derecho, así como criterio para identificar las demás normas del ordenamiento jurídico²⁷⁷. No se trata de un subsistema cerrado, que se agote en sí mismo, o que sólo influya en aquellas dimensiones fronterizas con otros subsistemas jurídicos. Por el contrario:

“[E]s un subsistema abierto, expansivo que se filtra e influye en todos los demás. En ese sentido se puede decir que es un subsistema activo para las tareas de [producción,] aplicación y de interpretación de todas las normas y de los subsistemas que forman el Ordenamiento, especialmente en tanto en cuanto forma parte de la norma básica de identificación de normas.”²⁷⁸

Desde el punto de vista *subjetivo*, los derechos fundamentales traducen en normas jurídicas pretensiones morales justificadas de los individuos o de los grupos en que éstos se integran, bajo la forma de derechos subjetivos, de libertades, de potestades jurídicas y de inmunidades, actuando además como límites al poder, como cauces para la participación política y social y como medio de establecer prestaciones para la satisfacción de necesidades básicas de sus titulares²⁷⁹.

“Si se quiere, se puede decir en esta dimensión más subjetiva, apropiable por individuos y grupos sociales, que son cauce para ámbitos de no interferencia por parte de los poderes de otros grupos o de otros ciudadanos, cauce de participación en la formación de la voluntad del poder político y jurídico, y que lo son para la promoción y la satisfacción de necesidades básicas a través de prestaciones positivas de los poderes públicos y de otros sujetos obligados a ello.”²⁸⁰

PECES-BARBA se ha ocupado con amplitud de los derechos fundamentales como normas integrantes de un subsistema jurídico. Resumiendo el sentido de su estructura y de sus funciones, en tanto integrantes de ese subsistema jurídico, señala que ellos se concretan en los siguientes aspectos²⁸¹:

1º. El subsistema de los derechos fundamentales se sitúa jerárquicamente en una posición muy relevante del ordenamiento. Sus influencias desbordan sus propias

²⁷⁷ En cuanto a la función de los derechos fundamentales en la interpretación jurídica, señala Rafael DE ASÍS: “toda interpretación de una norma para poder ser válida desde un punto de vista jurídico, deberá respetar los criterios de validez material del sistema, es decir, los derechos. Pero además, estos criterios pueden también ser utilizados como instrumentos para la atribución de un significado a un enunciado” (*Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 17, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, p. 9).

²⁷⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 360.

²⁷⁹ Vid.: PECES-BARBA, Gregorio. “De la función de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 136; y, “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., pp. 129-130.

²⁸⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 360.

²⁸¹ Vid: *Ibid.*, pp. 379-380.

fronteras para extenderse a todas las normas jurídicas y situarse, inclusive, en las fronteras exteriores del ordenamiento estatal, en contacto con la realidad social, con la moralidad a la que pertenece y con el ordenamiento internacional.

2°. En el Derecho positivo dicho subsistema suele encontrarse en la Constitución; “se desarrolla en la ley –orgánica u ordinaria– y también a través de la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional, que es también su intérprete supremo.”²⁸²

3°. Se presenta como la prolongación de la norma básica de identificación de normas y, al mismo tiempo, como normas jurídicas que atribuyen a sus titulares –sea personas físicas, pero en algunos casos también a personas jurídicas–, derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.

4°. La jerarquía interna entre las normas del subsistema de derechos fundamentales sólo es posible en su dimensión formal, aunque pueden señalarse criterios interpretativos para solucionar los casos de eventual colisión de derechos. “Así prevalecen los derechos que más protegen al individuo y a su dignidad, que se puedan aplicar a un número más amplio de titulares, que satisfagan necesidades radicales, o que afecten al núcleo esencial de la organización y del funcionamiento de una sociedad democrática.”²⁸³

5°. “Los criterios formales de jerarquía se establecen por el tipo de normas exigidas para su desarrollo y por el tipo de protección que tienen.”²⁸⁴

6°. “Las normas del subsistema están entrelazadas y son las que regulan la producción de derechos, las que establecen poderes para acceder a la titularidad de un derecho, las que establecen sus contenidos y comportamientos posibles en base a ellos y por fin las que regulan desde diversos puntos de vista las garantías de los derechos.”²⁸⁵

Desde la perspectiva que considera al Derecho como instrumento racionalizador del poder, los derechos fundamentales hacen que esa racionalización tenga en ellos su elemento inspirador. El origen, la actuación y organización del poder no podrán ser contrarios a los derechos fundamentales. Estos rigen tanto su origen como su ejercicio y

²⁸² PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 380.

²⁸³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

²⁸⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

²⁸⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

organización. Por consiguiente, el poder debe omitir aquellas actuaciones que puedan amenazarlos o vulnerarlos, cumplir con aquellas prestaciones necesarias para su realización efectiva, eliminar las barreras que dificulten o impidan su completa realización, así como promocionarlos y dotarlos de las garantías adecuadas para lograr dichos propósitos.

A pesar de todo, los derechos fundamentales no son ilimitados²⁸⁶. El modelo reconoce que pueden ser regulados, limitados, en la medida de que el límite o regulación sea válido, en especial que persiga un fin constitucionalmente legítimo y las medidas adoptadas para alcanzarlo sean proporcionales (tanto desde la perspectiva del bien o valor que tutela, como desde la perspectiva del bien o valor que limita o regula)²⁸⁷. Si una norma o decisión que involucra derechos fundamentales no cumple con estos requisitos, entonces será inválida por contravenir la norma fundante básica o de identificación de normas.

“Los límites jurídicos de los derechos fundamentales pueden ser límites del sistema jurídico en general, del subsistema de los derechos fundamentales, de cada derecho considerado en general, o también los del caso concreto que serían no tanto límites al derecho, sino a su ejercicio. Los límites de cada derecho considerado en general se pueden encontrar en la Constitución y en las leyes, y los límites de los derechos

²⁸⁶ Vid: DE ASÍS, Rafael. “Sobre los límites de los derechos”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 3, Año II, mayo-diciembre 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 111 y siguientes. También: PRIETO SANCHÍS, Luis. “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 8, Año V, enero-junio 2000, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 429 y siguientes.

²⁸⁷ La exigencia del fin constitucionalmente legítimo significa que cualquier medida o decisión que involucre a los derechos fundamentales debe perseguir una finalidad que responda a causas objetivas de justificación y resulte legítima desde la propia perspectiva constitucional. Por ejemplo, debe responder a la función y naturaleza del derecho sobre el cual se incide o a la necesidad de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido. Por lo tanto, “si no existe tal fin y la actuación pública es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la propia perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación” (PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 199).

Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean necesarios, adecuados y proporcionales en sentido estricto; es decir, que además de ser imprescindibles e idóneos para alcanzarlo, exista una adecuada correspondencia, armonía o proporción entre la limitación, regulación o decisión y el fin que pretende alcanzarse. Conforme a ello, el análisis de proporcionalidad de la norma o decisión involucrada debe efectuarse tanto desde la perspectiva del bien o derecho que tutela, como desde la perspectiva del bien o derecho que limita o lesiona (Cfr.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 111 y siguientes; del mismo autor: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, traducción de Manuel Atienza, Nº 5, 1988, p. 147 y siguientes; y, GAVARA DE CARA, Juan C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 333).

concretos, aparecerán en la resolución judicial que resuelva, de manera definitiva, el conflicto planteado”²⁸⁸.

Sobre la base de los cuatro valores superiores, el modelo incorpora, en una síntesis armoniosa e integral, los aportes liberales, socialistas y democráticos en la construcción de los derechos fundamentales. Según una clasificación que atienda a su contenido o a la protección que otorguen a la dignidad del ser humano, el modelo considera como derechos fundamentales, de manera enunciativa, especialmente los siguientes²⁸⁹:

1º. Los *derechos personalísimos*, que buscan proteger a la persona en sí, como tal, con independencia de la vida social y de sus relaciones con los demás. Podemos mencionar entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y religiosa, al honor, a la propia imagen y el derecho a la objeción de conciencia, entre otros. En terminología más tradicional son referidos como derechos individuales.

2º. Los *derechos de sociedad, comunicación y participación*, son aquellos que buscan proteger a la persona en el ámbito de la comunidad, favoreciendo la sociabilidad y el libre intercambio entre todos sus miembros, así como su intervención en las relaciones sociales. Entre ellos se encuentran, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la libertad de cultos, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de expresión y de información, el derecho a la creación literaria, científica, artística y técnica, la libertad de cátedra, y de enseñanza, el derecho de asociación, etc. En una terminología más antigua se les denomina también derechos civiles.

3º. Los *derechos políticos*, aquellos que favorecen la participación de sus titulares en la formación de la voluntad estatal, y en la configuración de los poderes y de los organismos del Estado. Comprenden además el derecho a intervenir en los asuntos públicos y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, entre otros. Tradicionalmente son conocidos también como derechos de participación política.

²⁸⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, op. cit., p. 590.

²⁸⁹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 453-458.

4°. Los *derechos de seguridad jurídica*, referidos a aquel tipo de derechos que tiene como propósito principal proteger a la persona frente a las normas sancionadoras, otorgándole garantías procesales que le produzcan tranquilidad y certeza al saber a qué atenerse, poder formular eficazmente su pretensión o defensa, y asegurarse que la interpretación, aplicación y ejecución de las mismas sean adecuadas. Podemos ubicar aquí el derecho a la libertad y a la seguridad, así como los derechos integrantes del debido proceso, etc.

5°. Los *derechos económicos, sociales y culturales*, son aquellos que protegen determinadas dimensiones con contenido económico o cultural, o que permiten crear condiciones, en esas dimensiones, para favorecer y hacer posible que las personas puedan desarrollar libremente su personalidad, a través de la elección de sus planes de vida (moralidad privada). Cabe mencionar entre ellos, al derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, etc.

Una de las críticas que puede formularse contra esta aproximación es la ausencia de una mayor reflexión sobre los nuevos retos que inciden sobre los derechos²⁹⁰. Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO lamenta, por ejemplo, que salvo algunas alusiones referenciales, PECES-BARBA no haya brindado una mayor importancia a las nuevas tecnologías “para una consideración actualizada de los derechos fundamentales”²⁹¹:

“La revolución tecnológica [sostiene] ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos y libertades, y constituyen el contexto ineludible para afrontarlos y comprenderlos en tiempo presente. De ahí que el estudio de los derechos relativos al medio ambiente, al desarrollo, o a la paz, que Peces-Barba aborda en alguna de sus principales obra [sic] [...], hubieran hallado un cauce de estudio más adecuado en un capítulo referido al impacto de la revolución tecnológica en las libertades.”²⁹²

En cualquier caso, el problema se presenta a la hora de determinar qué derechos o qué contenidos normativos pueden ser considerados como derechos fundamentales. La

²⁹⁰ Algunos de esos retos son abordados por PECES-BARBA, pero sólo de manera sucinta, en su trabajo: “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 1, Año I, Febrero-October 1993, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 76-86. En dicho trabajo se refiere específicamente a la juridificación de la desobediencia, a la especificación de los titulares de los derechos, a los derechos que se convierten en poderes excesivos y a los derechos económicos, sociales y culturales como límites al poder.

²⁹¹ “Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba”, op. cit., p. 1087.

²⁹² Ibid., p. 1088.

obra de PECES-BARBA presenta dos respuestas en función a los dos momentos por los que ha transcurrido su concepción al respecto. Se trata del paso de su teoría dualista (que comprende la positivación más la fundamentación en la definición de los derechos), a una teoría que podríamos denominar de “trialista” al incorporar a la eficacia como un nuevo elemento para lograr una visión integradora de este tipo de derechos.

4.1. La concepción dualista de los derechos fundamentales. La dimensión ética y jurídica. El rol del poder político

La concepción dualista de PECES-BARBA sobre los derechos fundamentales aparece como una alternativa para superar la polémica surgida entre el iusnaturalismo y el positivismo a la hora de definir esos derechos²⁹³. Para el iusnaturalismo (de corte ontológico), los derechos fundamentales lo son y, por tanto, integran el Derecho, independientemente de su recepción positiva por parte del Estado, ya que son anteriores a él y derivan de la propia naturaleza del ser humano. Para el positivismo (voluntarista), los derechos fundamentales lo son siempre y cuando hayan sido positivizados como tales por el poder, a través de una norma jurídica creada según el criterio de competencia y el procedimiento previamente establecido en el propio Derecho. El problema se presenta al

²⁹³ Entre otros autores, Rafael DE ASÍS considera a PECES-BARBA como el “principal exponente de una propuesta conceptual y justificatoria comúnmente denominada como modelo dualista.” (“La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, p. 391).

Al respecto cabe señalar, que PECES-BARBA reúne los planteamientos que ha venido aportando a lo largo del tiempo para terminar de configurar su concepción dualista en su *Derechos Fundamentales* (1983-1986), op. cit. (cuarta edición de 1983; hay una reimpresión de 1986). Un libro que incorpora dentro de su contenido otras de sus obras (luego de su correspondiente revisión y modificación para conseguir una síntesis armoniosa), como son: (i) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973-1976); (ii) “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales” (1977-1978), donde profundiza básicamente en el rol e importancia del poder; y, (iii) “Socialismo y Libertad” (1975-1978), donde se refiere a los aportes del socialismo a la cultura de los derechos fundamentales. Los planteamientos a los que hacemos referencia configuran la concepción dualista de nuestro autor, de la manera como será abordada en el presente trabajo; sin embargo, para advertir mejor cómo se produjo su gestación, haremos uso de algunas de sus obras que le sirvieron de referente para elaborar su *Derechos Fundamentales* (1983-1986).

A propósito de ello, cabe señalar que la cuarta edición de 1983, de este último libro, es prácticamente una reimpresión de la tercera edición. La tercera edición se sustenta a su vez en una segunda edición del libro original: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit. Por lo menos el primer capítulo de esta segunda edición contiene modificaciones respecto a la primera edición, básicamente referidos a profundizar en la tesis dualista de los derechos fundamentales y el rol del poder como nexo entre la moral y el Derecho.

advertir, por un lado, que el iusnaturalismo ontológico no logra conjugar su concepción con la historicidad de los derechos fundamentales, con la influencia que ejercen en ellos las diversas fuerzas y factores sociales que han ido modificando su contenido y su número, según el cambio de las condiciones históricas; y, por otro, que el positivismo voluntarista puede llevar a afirmar que cualquier contenido normativo puede ser un derecho fundamental, a pesar de ser inmoral o injusto, siempre que el poder que respalde al Derecho así lo decida, con el potencial peligro para la dignidad humana²⁹⁴.

Derechos Fundamentales, I. Teoría General (1973-1976), es la primera obra en la que nuestro autor pretende superar esa “aparente dificultad a través de una concepción dualista de los derechos humanos como valores o paradigmas de un [D]erecho futuro y como [D]erecho vigente positivo en una sociedad determinada.”²⁹⁵ Se trata de unos primeros pasos en los que intenta “discernir el concepto de los derechos humanos a través de un movimiento que aparecerá más claro al analizar su evolución histórica: el paso del problema del ámbito político y ético al ámbito jurídico.”²⁹⁶ Para tal efecto, busca “[d]istinguir para unir”: diferenciar entre “los derechos humanos como valores, como paradigmas o como programas” –correspondiente al ámbito ético, o a lo más político–, del “reconocimiento en el Derecho positivo” –perteneciente al ámbito jurídico propiamente dicho–²⁹⁷. Tras esa distinción los derechos fundamentales son definidos por él como aquellos que responden a la conjunción del plano ético con el jurídico, es decir, a la “conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en un

²⁹⁴ “De acuerdo con esa tesis cualquier contenido normativo podría pasar por Derecho de los derechos fundamentales con tal de que el Poder que respalda al Derecho así lo afirmase. Por ejemplo, se podría sostener que una hipotética norma jurídica, en el período nazi, en Alemania, que otorgase a los ciudadanos de raza aria la facultad de exterminar directamente a los judíos sin tener que pasar por órganos del Estado o del partido, y, por supuesto, sin que eso fuera constitutivo de delito, era un *derecho fundamental* de los ciudadanos alemanes.

Pero tales consecuencias no se pueden aceptar. Es evidente que esa norma que autorizase u obligase a los ciudadanos a exterminar a los judíos sería una auténtica *norma jurídica*. Aunque sea una norma jurídica profundamente inmoral, es una norma válida si cumple, en su génesis, todos los requisitos establecidos en su sistema jurídico para la creación de las normas. Hasta ahí el análisis positivista tiene razón. Pero lo que ya no es cierto es que se pueda decir que esa norma crea un derecho fundamental, porque los valores que aparecen en la historia como derechos humanos –aunque no sean Derecho sin su incorporación al sistema positivo– tienen una sustantividad propia, una realidad propia, un contenido objetivo que no se puede cambiar caprichosamente por la voluntad de un gobernante. Una cosa es, por consiguiente, que esos valores no sean Derecho, sin su incorporación a un sistema normativo, y otra cosa es que todo sistema normativo pueda crear, a su voluntad, su propio sistema de derechos fundamentales.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, op. cit., pp. 197-198).

²⁹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, op. cit., p. 55.

²⁹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 57.

²⁹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, las tres últimas citas.

[D]erecho positivo vigente”, incardinada en la tradición cultural en la que la idea de esos derechos tuvo su origen: la cultura occidental y moderna –aunque sin agotarse en ella–²⁹⁸. En estos momentos iniciales de su concepción dualista los derechos fundamentales son definidos así:

*“Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.”*²⁹⁹

Las fuerzas o factores sociales que condicionan e influyen en los derechos fundamentales, no se encuentran ausentes de la preocupación de nuestro autor en estos albores de su concepción, aunque los considera más propios de la sociología jurídica por lo que en ese momento todavía no los aborda de manera sistemática³⁰⁰.

Sus “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales” (1977-1978) constituyen una de las obras donde supera sus aportaciones iniciales y donde presenta una elaboración más consolidada sobre su concepción dualista³⁰¹. En ella critica al planteamiento iusnaturalista por ser demasiado idealista y vivir “separado de la realidad social con la que no se contrasta”, pudiendo ser utilizado incluso como “el

²⁹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 93.

“Los derechos fundamentales son, en definitiva, el punto de encuentro de una determinada concepción de la moralidad social propia del mundo moderno, una moral humanista de la libertad y de la igualdad, y de una concepción política también propia del mundo moderno, la democracia pluralista, el Estado democrático de Derecho. El engarce de esta concepción moral y de esta forma de organización política propia de un determinado tiempo histórico y de una determinada área cultural, el mundo europeo y atlántico, facilitará la plasmación de los derechos fundamentales. Su potencia y su atractivo les impulsan hacia una expresión generalizada a través del mundo” (PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, *op. cit.*, p. 220).

²⁹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, *op. cit.*, pp. 93-94. La cursiva no es mía.

³⁰⁰ “No se pueden olvidar, tanto en la génesis del primer momento de los derechos del hombre como ideología o como valores, ni en su recepción por el Derecho positivo –segundo momento–, las causas o factores sociales que están en el origen y que son determinantes de su aparición, aunque éste sea un tema de sociología del Derecho, a tratar sistemáticamente en otro lugar.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, nota a pie de página N° 7).

³⁰¹ Sobre el particular nos dice: “El problema del concepto de los derechos fundamentales es de suma complejidad. En anteriores trabajos me he referido a este tema y cuanto más medito sobre él, más consciente me hago, a la vez, de la insuficiencia de mi aportación anterior, aunque quizás en ella estuvieran esbozados o intuidos algunos problemas que intentaré plantear en estas notas, y de su propia dificultad objetiva.” (“Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 193). Los trabajos anteriores al que se refiere PECES-BARBA, según él mismo señala en su nota a pie de página N° 1, no son otros que su libro: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General* (1973-1976), *op. cit.*

enmascaramiento de una tiranía de hecho”. Se opone al iusnaturalismo porque considera que “[e]l fundamento absoluto, abstracto de los derechos fundamentales es imposible”, ya que se han ido modificando tanto en contenido como en número, y continúan modificándose, según el cambio de las condiciones históricas: necesidades, intereses y medios disponibles para su realización, entre otras³⁰². También formula una crítica contra el positivismo voluntarista por considerar que, si bien un derecho fundamental requiere ser positivizado para ser considerado como tal, también es verdad que el poder político no puede positivizar como derecho fundamental a cualquier contenido normativo. De hacerlo podríamos estar ante una norma jurídica injusta o ante una norma que no se corresponde con la tradición cultural y humanista de los derechos fundamentales. Lo explica de esta manera:

“Los valores de los derechos fundamentales tienen un contenido propio, no abstracto y genérico, ni permanente y vinculado a una problemática y cuestionada naturaleza humana, sino creación del hombre en la historia moderna en unas condiciones sociales, económicas, culturales y políticas dadas. Pero, con esos condicionamientos históricos, tienen un valor real, una finalidad propia: servir al desarrollo de la dignidad humana, y unas técnicas de organización propias, para conseguir esos fines, desde las libertades civiles y políticas hasta los derechos económicos, sociales y culturales. El Poder, punto de referencia último de todo sistema de Derecho positivo, podrá o no incorporar esos valores a sus normas, o podrá incorporarlos en parte, rechazando otra parte (por ejemplo sólo los derechos civiles y políticos o sólo derechos económicos, sociales o culturales) y *esos valores no serán Derecho si no están incorporados a un sistema de Derecho positivo*. Pero el Poder, que puede dar normas formalmente válidas, no puede, por su voluntad, crear fuera del contexto, e incluso con principios contradictorios, derechos fundamentales. Puede eso sí, en el propio contexto de los valores de los derechos fundamentales crear un nuevo derecho fundamental, y en ese sentido incluso, el Derecho positivo puede ser, un elemento de progreso en la teoría de los derechos fundamentales.

Pero no puede bautizar como derecho fundamental a aquello que está en las antípodas de estos valores creados en el mundo moderno, que no son permanentes, que son históricos, pero que no son arbitrarios.”³⁰³

Nuestro autor considera que su concepción dualista sobre los derechos fundamentales puede ser un camino más fructífero para formular y entender el concepto de este tipo de derechos, y con ello superar los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas³⁰⁴. Para ello considera que “los derechos fundamentales no son Derecho, sí

³⁰² PECES-BARBA, Gregorio. “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, op. cit., p. 194, las tres citas.

³⁰³ Ibid., pp. 198-199. La cursiva no es mía.

³⁰⁴ “Lo que he llamado el modelo dualista tiende por consiguiente a superar esas dos versiones unilaterales –iusnaturalismo y positivismo voluntarista– que por sus extremosidades respectivas han confundido y llenado de pasión este debate a lo largo de la historia. Y esa es quizás la mayor dificultad, o

son sólo valores, sin incorporar al Derecho positivo [es decir, si es que no han sido positivizados] como pretenden los iusnaturalistas, ni es tampoco derecho fundamental cualquier Derecho válido, sea cual sea su contenido, como pretenden los positivistas voluntaristas.”³⁰⁵ A partir de esta caracterización, postula que para definir los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, para determinar qué contenidos normativos lo son, deben tenerse en consideración dos niveles:

1º. Un primer nivel referido a la fundamentación de los derechos: “a los valores de los derechos fundamentales que deben, por consiguiente ser estudiados [...] como filosofía de los derechos fundamentales”³⁰⁶. Aquí interesa tanto la fundamentación moral que pueden proporcionar esos valores como el análisis de las fuerzas y factores sociales que han influido en su gestación, además del examen de las corrientes de pensamiento que han contribuido a desarrollar su actual sentido. Empiezan a integrarse ya, en el desarrollo de su concepción dualista, las fuerzas y factores sociales que inciden en este tipo de derechos. Esto lleva a interrelacionar una vez más la aproximación racional con la aproximación histórica, en lo que significará una razón situada en la historia³⁰⁷. Tal postura conduce a un análisis desde dos perspectivas:

“[D]esde la perspectiva de la situación económica, social, cultural y política de cada momento y desde la perspectiva del pensamiento político y filosófico, que influido por ese marco socio-económico, cultural y político, crea la filosofía de los derechos fundamentales.

A través de ese análisis se pondrá de relieve el carácter histórico, del concepto de derechos fundamentales que estando al servicio de la persona humana, se concreta en un momento que es a partir del tránsito a la modernidad sin que con anterioridad se pueda hablar sino de precedentes.”³⁰⁸

al menos una de las mayores, a la hora de construir el concepto: el carácter antagónico y excluyente con que han presentado el problema esos modelos.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 203).

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

³⁰⁷ Cfr.: *Ibid.*, pp. 203-204.

³⁰⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 204.

“No es que en la Edad Antigua y en la Edad Media no hubiera conciencia de la dignidad del hombre, pero sólo a partir del tránsito a la modernidad, se empieza a pensar que para servir a esa dignidad y al desarrollo de las personas hay que hacerlo a través de la teoría de los derechos fundamentales. La aparición de la economía dineraria y de mercado, la secularización, el individualismo (y su reflejo en el campo de Derecho que es la teoría del derecho subjetivo), la teoría del contrato social como explicación racional del origen de las sociedades, la aparición del Estado, son hechos históricos que aparecen en el mundo moderno y que son el marco para la filosofía liberal de los derechos fundamentales, más tarde matizada –con el industrialismo, el desarrollo capitalista, la toma de conciencia de la clase trabajadora de su explotación– por la filosofía socialista.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*).

Por la influencia que la razón situada en la historia va alcanzando cada vez más en su pensamiento, considera que los derechos fundamentales son un concepto histórico relativamente objetivo; es decir, que si bien responden a unos valores que se pueden ir amoldando o modificando a lo largo del tiempo (con lo que el número y el contenido de los derechos también pueden variar según los cambios históricos que se produzcan); también es verdad que no se trata de cualquier tipo de valores, sino de aquellos que se sustentan en la tradición cultural y humanista de la cultura occidental y moderna –aunque sin agotarse en ella–, donde la idea de esos valores y derechos tuvo su origen. Como consecuencia de ello, ni toda modificación de esos valores se corresponde con la tradición cultural y humanista en la que se insertan, ni todo contenido normativo que pretenda ser un derecho fundamental puede ser considerado como tal:

“En este primer nivel [nos dice] junto al carácter histórico, moderno y contemporáneo del concepto de derechos fundamentales, y por consiguiente a su relativismo, lo que supone un distanciamiento de la concepción iusnaturalista que afirma el carácter de abstracto y permanente, basado en la naturaleza del concepto de derechos humanos, es necesario afirmar la realidad de su objetividad. Aunque sea un *concepto histórico es un concepto relativamente objetivo*, al menos sentido como tal por los hombres en un momento histórico, o como dice Perelmann la filosofía de los derechos fundamentales tiene un fundamento suficiente. Está dentro de la filosofía democrática y tiene dos raíces, la liberal y la socialista. Así, los derechos de inspiración liberal son los civiles y políticos (aunque en este segundo aspecto el pensamiento socialista ha influido, por ejemplo, en relación con el derecho de participación política, poniendo de nuevo en valor el concepto de democracia directa y el concepto de autogestión) y los derechos de inspiración socialista son fundamentalmente los económicos, sociales y culturales, aunque exista una conexión y una interinfluencia entre ambos tipos de derechos y entre ambas fundamentaciones. Esta consistencia y esta objetividad válida para el tiempo en que vivimos, excluye la tentación del positivismo-voluntarista, ya criticada, de crear arbitrariamente, como derechos fundamentales, normas de derecho positivo, que estén en contradicción con esa objetividad antes señalada.”³⁰⁹

Si quisiéramos armonizar esta postura con las características que el modelo de PECES-BARBA postula para construir una sociedad bien ordenada, tendríamos que concluir que, al concebir a los derechos fundamentales como un concepto histórico relativamente objetivo, no se está dejando de lado la posibilidad de que su gestación, su contenido, su número, su interpretación y, en general, su estatuto normativo, puedan ser determinados a través de una deliberación racional en los ámbitos moral, político y jurídico, según corresponda. La afinidad de su modelo con las Éticas contractualistas y comunicativas, con el republicanismo, así como su apertura a la democracia deliberativa

³⁰⁹ Ibid., p. 205. La cursiva no es mía.

sugieren lo contrario. Lo que se hace es delimitar la posibilidad del consenso al que puede llevarnos la deliberación o el discurso –en una muestra más de la razón situada en la historia–, para que el acuerdo que determine lo concerniente a los derechos fundamentales se corresponda con la cultura humanista y moderna –aunque sin agotarse en ella– en la que la idea de los derechos fundamentales tuvo su origen. Una cultura en la que la dignidad del ser humano se presenta como el fundamento y fin último de la moral, la política y el Derecho. Así, si bien no hay coto vedado para la deliberación y el diálogo, sí hay un límite que no se debe rebasar a la hora de llegar al acuerdo: la eminente dignidad de la persona. Si no fuera así, y el poder político asumiera como derecho fundamental, o como parte de su contenido, una norma contraria a la dignidad humana, o que no se corresponda con el horizonte cultural y humanista en la que tal idea se inserta, no estaríamos –según este modelo– ante un derecho fundamental propiamente dicho. Estaríamos, en el primer caso, ante una norma jurídica válida pero injusta; y, en el segundo, ante una norma válida que, aunque pueda resultar justa –en función de la fundamentación moral que la apoye– no se corresponderá con lo que la cultura occidental y moderna ha dado por llamar “derechos fundamentales”. “Es indudable que esas normas serán jurídicas, sí son válidas, pero no serán normas de derechos fundamentales si no recogen esa filosofía surgida históricamente en el mundo moderno.”³¹⁰ Una vez más se aprecia que estamos ante un modelo prescriptivo, propio de una Teoría de la Justicia:

“A este nivel, al nivel de la filosofía de los derechos fundamentales, la principal tarea de la teoría general, de la construcción del concepto será razonar y fundamentar la objetividad de esta filosofía, para evitar la apropiación lingüística desde concepciones antidemocráticas, o simplemente la tentación del Poder de construir arbitrariamente unas normas que se llamasen de derechos fundamentales, sin serlo, por la simple voluntad de ese Poder.”³¹¹

2º. El segundo nivel para definir los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, para determinar qué contenidos normativos pueden ser considerados como pertenecientes a tal tipo de derechos, “supone el paso de la filosofía de los derechos fundamentales al *Derecho de los derechos fundamentales*, es decir, la inserción de esos valores en normas jurídicas, en el Derecho positivo”, su configuración como derechos

³¹⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

³¹¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 205-206.

fundamentales pertenecientes al ordenamiento jurídico³¹². Este nivel “supone ya la teoría jurídica de los derechos fundamentales”, donde se reflexiona sobre su estatuto, sus fuentes, sus garantías, etc., entendidos como auténticas normas jurídicas³¹³.

Aquí cobra importancia el rol del poder político para conseguir el paso del primer nivel (la filosofía de los derechos fundamentales) al segundo nivel (el Derecho de los derechos fundamentales); es decir, para conseguir que los contenidos normativos que se encontraban en el ámbito ético pasen al ámbito jurídico: para que una pretensión que goza de una fundamentación moral fuerte, sea asumida por el poder político y se convierta tras su positivación en una auténtica norma jurídica configurando un derecho fundamental. En sus “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales” (1977-1978), nuestro autor da cuenta de la poca o casi nula atención que había brindado en los inicios de su concepción dualista (*Derechos Fundamentales, I. Teoría General, 1973-1976*), al rol del poder político en el paso del primer al segundo nivel³¹⁴. Para corregir esa insuficiencia destaca la importancia del poder político para convertir las normas éticas que pretenden ser derechos fundamentales en auténticas normas jurídicas:

“En este concepto dualista de los derechos fundamentales es esencial tener en cuenta la realidad que acabamos de formular, porque no todo sistema de Derecho positivo asimilará los valores de los derechos fundamentales. Solamente el paso del momento filosófico o axiológico al momento normativo, y por consiguiente solamente la plenitud de un [d]erecho fundamental se producirá si al Poder que fundamenta a ese sistema de Derecho positivo tiene la *voluntad* de positivizar a ese valor. El impulso, pues, para el caso de los valores a las normas, de las que se deduzcan derechos subjetivos fundamentales, depende del Poder político, en última instancia, de la fuerza sustentadora de ese sistema, única capaz de producir la génesis normativa de esos valores y por consiguiente la única capaz de producir Derecho de los derechos fundamentales. Cierto es que ese Poder está condicionado por las circunstancias objetivas y por los intereses que le sostienen y que no es la voluntad pura, y que sobre todo en las sociedades democráticas, que son aquellas en que se pueden positivizar los derechos fundamentales, está fundado en la mayoría y tiene el control de la opinión pública.

³¹² PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 206. La cursiva no es mía.

³¹³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*

³¹⁴ “Cuando hablaba al principio de este trabajo de insuficiencia en la formulación del concepto por mi parte en ese anterior trabajo [se refiere a su: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General, 1973-1976*, op. cit.], me quería referir a la poca, casi nula, atención que dediqué a la forma del paso del primer nivel – filosofía de los derechos fundamentales– al segundo nivel –Derecho de los derechos fundamentales–.

Sin embargo, hoy comprendo la enorme importancia de este tema, determinante en la lucha por la positivación de los derechos fundamentales. [...].

En definitiva, y reduciendo al máximo su esencia, el problema planteado, en última instancia el Derecho positivo será el reflejo y el efecto del Poder que lo sostiene. Todo análisis de un sistema jurídico debe ir acompañado del análisis del sistema político que le sirve de fundamento.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 206-207).

De todo lo anterior se deduce la enorme importancia que tiene la consideración del Poder político para el estudio de la teoría dualista de los derechos fundamentales, en este momento del paso de los valores a las normas.³¹⁵

En resumen, la concepción dualista de PECES-BARBA sobre los derechos fundamentales postula que para definirlos, o para determinar qué contenidos normativos corresponden a tal tipo de derechos, deben examinarse dos ámbitos: el ético y el jurídico³¹⁶. Serán derechos fundamentales (o integrarán parte de los mismos) aquellos contenidos normativos que, gozando de una justificación moral fuerte en el ámbito ético para ser considerados como tales, se encuentran además positivizados por el poder político que los ha asumido, convirtiéndolos en auténticas normas del Derecho en el ámbito jurídico³¹⁷. Así considerados, en el modelo que aquí se examina, “[l]os derechos fundamentales son Derecho positivo que se genera en la moral del humanismo, de la libertad igualitaria y que la política democrática del Estado de Derecho asume e integra en su Ordenamiento jurídico.”³¹⁸ Por lo tanto, el poder político no debe positivizar como derechos fundamentales (ni considerar como parte de su contenido) cualquier contenido normativo, sino sólo aquellos que gozan de una justificación moral fuerte para ser considerados como pertenecientes a tal tipo de derechos. Esa justificación tendrá que ser coherente con la dignidad del ser humano y con la cultura occidental y moderna donde la idea de tales derechos tuvo su origen –aunque sin reducirse a ella–, a riesgo de ser, en

³¹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 207.

³¹⁶ De manera similar dice Rafael DE ASÍS: “El modelo dualista es denominado así por tomar en consideración dos perspectivas de los derechos a la hora de concebirlos y justificarlos: la ética y la jurídica. En este sentido, reúne a aquellas posiciones que vienen a afirmar que toda reflexión sobre los derechos, que quiera ser capaz de dar cuenta de éstos en su integridad, deberá integrar razones éticas y jurídicas. Dicho de otra manera, el discurso de los derechos se desenvuelve tanto en el ámbito ético como en el jurídico.” (“La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, *op. cit.*, p. 391).

³¹⁷ “Los derechos se conciben, en el dualismo, como instrumentos que se apoyan y se justifican en razones de índole moral. No cabe hablar así de derechos cuando no es posible aportar razones morales que sirvan para justificarlos. La consideración de los derechos como instrumentos justificados éticamente convierte el discurso de los derechos en un discurso complejo (empapado de todos los problemas de los discursos morales), pero al mismo tiempo, sirve para dotar de fuerza y consistencia a los derechos.

E, igualmente para el dualismo, los derechos son instrumentos que se apoyan y que necesitan del Derecho, en el sentido de que no cabe hablar de ellos si no encontramos referentes jurídicos que los soporten o, si se prefiere, si no podemos aportar razones jurídicas que sirvan para justificarlos [entiéndase para demostrar que han sido positivizados]. Y esta relación entre los derechos y el Derecho, de nuevo, suministra complejidad al discurso de los derechos, ya que supone, al menos, defender una determinada concepción del fenómeno jurídico y asignar un papel en su interior a los derechos.” (DE ASÍS, Rafael. *Ibid.*, p. 392).

³¹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, *op. cit.*, p. 226.

caso contrario, una norma válida pero injusta ó una norma válida y justa pero que no se corresponde con lo que se ha dado por llamar como derechos fundamentales.

4.2. La concepción trialista de los derechos fundamentales. La dimensión de la eficacia: El problema de la escasez

Varios años después de postular su concepción dualista sobre los derechos fundamentales, PECES-BARBA vuelve a examinarla dando lugar a un segundo momento en su pensamiento filosófico y jurídico al respecto. Éste se encuentra representado por sus obras: “El socialismo y el derecho al trabajo” (1990-1993), *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General* (1991)³¹⁹, “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales” (1993) y *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (1995-1999). En este segundo momento mantiene sus planteamientos anteriores, especialmente la reflexión ética y la jurídica en su aproximación a los derechos, así como el rol del poder político en el paso de la dimensión ética a la jurídica, sin descuidar el uso de la razón situada en la historia; sin embargo, los considera insuficientes para una concepción integral de los derechos. Para completarlos le añade la reflexión sobre su eficacia: el examen de las fuerzas y factores que inciden sobre los derechos fundamentales, dando lugar a lo que podríamos denominar su “concepción trialista” sobre este tipo de derechos:

“Del panorama [...] examinado [afirma], se desprenden dos puntos de vista desde los que se pueden comprender los derechos humanos [...]. Por un lado, la reflexión ética que considera a los derechos como un camino para hacer posible la dignidad humana y la consideración de cada uno como persona moral; y por otro lado, la jurídica, que recoge y explica la incorporación de los derechos al Derecho positivo. Ambas plantean temas centrales de la Teoría de la Justicia, que es una de las tres grandes partes de la Filosofía del Derecho. Mi punto de vista es que ambas son imprescindibles para la comprensión del fenómeno ‘derechos humanos’, y denomino modelos reduccionistas a los que

³¹⁹ *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas Gascón, EUDEMA (Ediciones de la Universidad Complutense), Madrid, 1991. Este es el primer libro donde PECES-BARBA realiza una “reelaboración en profundidad” de su concepción sobre los derechos fundamentales, especialmente en lo que a su concepto y fundamento se trata. Lo hace sobre la base de las reflexiones y trabajos que realizó desde la publicación de su primer libro sobre la materia: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973). Lo dice el propio autor en la Introducción de su *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1991), op. cit., p. 11. Los temas de este libro de 1991 se encuentran más desarrollados en su *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General* (1995-1999), op. cit.; por eso, en este trabajo, citamos principalmente este último libro.

prescinden de una de los dos. En relación con todas mis aportaciones anteriores, creo que estas dos dimensiones, que podríamos llamar ética y jurídica, no permiten, como yo pensaba hasta ahora, una visión integral que abarque todas las posibles. Me parece que una tercera reflexión sobre la incidencia social, o dicho de otra forma, que una consideración de factores económicos, sociales, y culturales, distinta de los éticos y de los jurídicos es imprescindible, para aproximarnos al concepto y al fundamento de los derechos humanos.”³²⁰

La experiencia y la reflexión le han llevado a completar su teoría dualista “extendiendo la positivación a las dimensiones de la eficacia, es decir, al análisis de la realidad, con lo que supone de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en Derecho de los derechos humanos.”³²¹ Como consecuencia de ello sostiene que “[l]a justicia [moralidad] y la validez [positividad] necesitan de la eficacia [vigencia real o efectiva]” para poder definir qué son los derechos fundamentales o qué contenidos normativos pueden ser considerados como tales. Respecto a la eficacia precisa que se trata “principalmente [d]el tema de la escasez, que repercute en la posibilidad de un contenido igualitario de los derechos y consiguientemente, más en su justicia que en su validez.”³²²

La escasez puede ser entendida en un sentido fuerte o un sentido débil. En un sentido fuerte hace referencia a “bienes que no pueden en ningún caso repartirse, porque ese reparto nunca alcanza a todos. La suma total de esos bienes no se puede dividir para que todos puedan participar de alguna manera en ella.” Y en un sentido débil, hace referencia a unos bienes “donde cabe un reparto que alcance a todos”³²³. En la concepción dualista de los derechos fundamentales de PECES-BARBA, la escasez en sentido fuerte impide que un contenido normativo, que pretenda hacer uso de bienes fuertemente escasos, pueda ser considerado como un derecho fundamental. “La escasez que impide la existencia de un derecho fundamental es la primera, y no la segunda”, nos dice. En cambio, la escasez en sentido débil impulsa a “una acción positiva de los

³²⁰ *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, (1995-1999), op. cit., p. 39-40. Similar afirmación fue expresada ya por nuestro autor en su *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1991), op. cit., p. 95.

³²¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, (1995-1999), op. cit., p. 108.

³²² *Ibid.*, las dos últimas citas.

³²³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, pp. 108 y 109, respectivamente.

poderes públicos para repartir una escasez”, como ocurre con varios derechos económicos, sociales y culturales (a la educación, a la salud, a la vivienda, etc.)³²⁴.

Esta concepción trialista postula la necesidad de una triple aproximación a la hora de reflexionar sobre los derechos fundamentales: la ética (justicia), la jurídica (validez) y la fáctica (eficacia) para tener una concepción integral de los mismos. Para PECES-BARBA, “[e]so supone distinguir en el concepto de los derechos *tres momentos inseparables y de los que no se puede prescindir*”: la consideración de que los derechos fundamentales son pretensiones morales justificadas, positivizadas por el poder político para pasar a ser un subsistema del ordenamiento jurídico, además de realidades sociales susceptibles de ser eficaces; consideración esta última que requiere que sean “posibles, por la existencia de factores económicos, sociales o culturales que favorezcan su efectividad.”³²⁵. En efecto, para la concepción trialista de nuestro autor:

“[L]os derechos fundamentales son:

1) Una *pretensión moral justificada*, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política moral, democrática y socialista.

[...].

2) Un *subsistema dentro del sistema jurídico*, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos.

[...]

3) En tercer lugar, los derechos fundamentales son una *realidad social*, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad. Así, el analfabetismo, dimensión cultural, condiciona la libertad de prensa; y los progresos de la técnica en un determinado momento de la cultura científica, por ejemplo con los progresos de las comunicaciones, condicionan la idea de inviolabilidad de la correspondencia; o la escasez de bienes puede condicionar o impedir, tanto la existencia

³²⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 109, las dos últimas citas.

“Así se produce una paradoja genérica de la cultura jurídica: La escasez que es una de las razones que justifican la existencia del Derecho, es también razón que imposibilita la plenitud de algunos derechos.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 80).

³²⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 79, ambas citas, la cursiva es mía.

de una pretensión moral [...] por el imposible contenido igualitario, cuanto la de una norma jurídica por la imposible garantía judicial.”³²⁶

El modelo postula, pues, una concepción integral de los derechos fundamentales al concebirlos como expresiones de la moralidad pública que se realizan por un poder político que, asumiendo esa moralidad, la convierte en jurídica a través de su incorporación al Derecho; pero, al mismo tiempo, reconoce también los condicionamientos extrajurídicos que inciden en su efectividad. Se trata de tres momentos inseparables para definir el concepto de los derechos fundamentales y para tener una adecuada comprensión sobre ellos, que se corresponden con sus dimensiones de justicia (moral), validez (Derecho) y eficacia (realidad)³²⁷.

Si un contenido normativo, o cualquier pretensión, no cumpliera con las tres dimensiones antes anotadas, no podrá ser considerada como un derecho fundamental según la tesis trialista de PECES-BARBA. Dependiendo de la dimensión defectuosa o ausente se podrá estar ante una norma injusta, pero válida jurídicamente y eficaz; ante una norma justa y válida jurídicamente pero ineficaz; y así sucesivamente, según las posibilidades de combinación que permitan las dimensiones de justicia, validez y eficacia, así como los defectos que en cualquiera de ellas se presenten; pero no ante un derecho fundamental, o ante lo que la cultura occidental y moderna ha dado en llamar como tal. Así lo advierte PECES-BARBA:

“No tendrá sentido, en este planteamiento, hablar de la fundamentación de un derecho que no sea luego susceptible en ningún caso de integrarse en el Derecho positivo. Tampoco tendrá sentido hablar del concepto de un derecho, al que no se le pueda encontrar una raíz ética vinculada a las dimensiones centrales de la dignidad humana. Si llegamos a la conclusión de que una pretensión justificada moralmente y con una apariencia de derecho fundamental en potencia, de esas que algunos autores llaman ‘derechos morales’ no se puede positivizar, en ningún caso, por razones de validez, o de

³²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, (1995-1999), op. cit., pp. 109-112, la cursiva es mía. Esta definición de los derechos fundamentales se repite de manera similar en sus siguientes obras: (i) “El socialismo y el derecho al trabajo” (1990-1993), op. cit., pp. 416-417; (ii) *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1991), op. cit., pp. 95-98; y, (iii) “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales” (1993), op. cit., pp. 79-80.

“Para hablar de pretensión moral justificada es necesario que desde el punto de vista de sus contenidos sea generalizable, susceptible de ser elevada a Ley general, es decir, que tenga un contenido igualitario, atribuible a todos los destinatarios posibles, ya sean los genéricos ‘hombre’ o ‘ciudadano’ o los situados ‘trabajador’, ‘mujer’, ‘administrado’, ‘usuario o consumidor’, ‘minusválido’, ‘niño’, etc.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 109).

³²⁷ Vid.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 109-112; y también del mismo autor: “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, op. cit., pp. 79-80.

eficacia, por no ser susceptible de convertirse en norma o por no poder aplicarse, por su imposible contenido igualitario, en situaciones de escasez, no podríamos considerar esa fundamentación relevante, como la de un derecho humano.”³²⁸

Un ejemplo de las consecuencias que la inclusión de la reflexión sobre la escasez, en su sentido fuerte, puede ocasionar en una teoría de los derechos fundamentales, lo apreciamos a propósito del derecho de propiedad y del derecho al trabajo; este último entendido, para estos efectos, como: el “derecho a obtener un puesto de trabajo, generalmente construido como obligación de los poderes públicos” (con lo cual se excluye, para lo que aquí respecta, la libertad de trabajo, la estabilidad laboral y otros aspectos relacionados con dicho derecho)³²⁹. Nuestro autor considera que a ambos les afecta la escasez en sentido fuerte, ya que no es posible que a todas las personas, que son sus destinatarios, se les pueda brindar un puesto de trabajo o la propiedad sobre determinados bienes. Los condicionamientos sociales como la pobreza y la limitación de los recursos lo impiden. Por eso estima que a “ambos afecta la escasez y consiguientemente ambos participan de un imposible contenido igualitario que produce, a su vez, la imposibilidad de ser elevados a una ley general, de ser generalizables. No pueden ser derechos fundamentales.”³³⁰

“La diferencia entre ambos [agrega] es que el derecho de propiedad sí es susceptible de ser positivizado, y sigue siendo así una institución central del Derecho privado, aunque no un derecho fundamental. El derecho al trabajo, como derecho a reclamar un puesto de trabajo, no puede ni siquiera ser positivizado, como hemos podido analizar [pues nuestro autor considera que en las sociedades modernas rige la economía de mercado y allí los poderes públicos no son los principales empleadores; y, aunque lo fueran, no podrían absorber la carga de proporcionar un puesto de trabajo a todas las personas, por lo que el derecho al trabajo no puede obligar realmente a sus respectivos obligados ni ser susceptible de protección ni de garantía judicial], no puede ser realmente Derecho. Si la defundamentalización del derecho de propiedad es hoy un dato positivo para el análisis socialista, no se puede dudar que la del derecho al trabajo produce perplejidad y desorientación y puede ser manipulada en un sentido reaccionario.”³³¹

En este momento de su pensamiento la negación del carácter de derecho fundamental del derecho de propiedad ya no está asociada a una consideración ideológica de corte socialista, sino a la verificación de que los problemas de escasez impiden su realización y generalización a todos sus destinatarios. Esa misma verificación le lleva a

³²⁸ *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 104.

³²⁹ PECES-BARBA, Gregorio. “El socialismo y el derecho al trabajo”, op. cit., 415.

³³⁰ *Ibid.*, pp. 422-423.

³³¹ *Ibid.*, p. 423.

extender igual conclusión para el derecho al trabajo, aunque ello parezca contrario a la influencia socialista que también le inspira. Para evitar equívocos precisa que su tesis no es reaccionaria, aunque reconoce que puede ser instrumentalizada al servicio de ese propósito, como una consagración del mercado salvaje, como una muestra de la crisis del Estado social y del ideario socialista, así como un argumento contra su tenor utópico y emancipador³³²:

“Mi pretensión es naturalmente la contraria: que nos desembaracemos de una promesa incumplida y de imposible cumplimiento, de una rémora, justificada en el pasado, pero que hoy puede ser una gigantesca hipocresía, un *Cant*, por mantener una puritana ortodoxia. Continuar la lucha por la libertad igualitaria de todos los hombres, por la superación de la explotación y por el desarrollo de la autonomía moral de cada uno, su libertad moral, son los objetivos del socialismo y su vinculación tradicional con el derecho al trabajo ha dejado de ser evidente. Creo que es una reflexión que no ha hecho más que empezar y en la que hay que implicar a los movimientos sociales, a los sindicatos, a la patronal, a los partidos de izquierdas, a las Universidades y a los demás foros de pensamiento y de reflexión, no tanto para verificar la conclusión a la que aquí llegamos, que, con las variables manejadas, parece consolidada, sino para pensar soluciones alternativas que ayuden al ideario socialista ante el tercer milenio.”³³³

Si bien la concepción trialista sobre los derechos fundamentales pretende incorporar la reflexión sobre las fuerzas y factores de todo tipo que inciden en ellos, no debe perderse de vista que la inclusión de la escasez, o de la eficacia, en la determinación de los derechos fundamentales resulta una exigencia riesgosa para el objetivo de humanización que el modelo de PECES-BARBA pretende alcanzar en la construcción y fortalecimiento de una sociedad bien ordenada. En virtud de ella podría negarse la existencia o la calidad de fundamental a un derecho importante para el desarrollo integral

³³² Vid: Ibid.

³³³ PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., la cursiva no es mía.

“Se puede seguir sosteniendo, y hay argumentos serios para ello, que estamos ante una pretensión moral justificada, ante una cultura que hace del trabajo el fundamento del desarrollo personal y de la legitimidad para la adquisición de bienes, aunque en otras civilizaciones otros valores, como el honor y el nacimiento, justificaban el valor eminente de otras actividades y dejaban al trabajo un puesto servil e instrumental. Probablemente hoy las condiciones sociales están llevando de nuevo a que el trabajo deje de ser una exigencia para el desarrollo moral del hombre. La discriminación del trabajo que conduce a la escasez y a la general aceptación de la imposibilidad del pleno empleo no permite sostener que se trate de una pretensión moral generalizable, ni desde luego de seguro contenido igualitario. Seguir sosteniendo que el trabajo es una exigencia para la autonomía moral del hombre sería condenar a una parte importante de la humanidad a la imposibilidad de su realización integran [sic; entiéndase: integral], de su independencia moral. E incluso en ese sentido, ante la escasez, y eso parece aceptable, ante el imposible contenido igualitario del trabajo, puede llegar a ser inmoral una defensa del trabajo que uno tiene, prescindiendo del contexto de paro [es decir, de ausencia de empleo] que le rodea.

En todo caso, la escasez de trabajo, condición real de la sociedad actual, condiciona, si no imposibilita, el mantenimiento de la afirmación de la pretensión moral al trabajo.” (PECES-BARBA, Gregorio. Ibid., p. 421).

de la persona (como cualquiera de los vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas radicales) bajo el argumento de que no se cuenta con los recursos necesarios para ser otorgado a todos sus destinatarios. Sería una justificación para que los poderes reales se eximieran de sus obligaciones vinculadas con el desarrollo integral de la persona. Además, en tal caso, ¿qué elementos permitirían definir lo que es escasez?, ¿qué debería entenderse por ella, la natural o la artificial?, ¿quién y cómo definiría cuándo es escaso un bien? Debe tenerse cuidado con que, por ampliar la reflexión sobre los derechos fundamentales a nuevos horizontes teóricos, se ponga involuntariamente en peligro su carácter utópico y emancipador. Lo recuerda Francisco Javier ANSUÁTEGUI: “no se debe olvidar la importante función utópica y liberadora de los derechos. La historia de los derechos es la de la constante reivindicación, la de la permanente oposición y presión frente al *statu quo*. Es una función de la que los derechos no deberían desprenderse, ya que ese día perderían su papel emancipador.”³³⁴

Lo mejor sería examinar la eficacia, o las posibilidades de realización de una pretensión que aspire a ser considerada como derecho fundamental, en el ámbito ético o jurídico, sin necesidad de incorporarla como un elemento nuevo que condicione la existencia de los derechos fundamentales³³⁵. Si se examina con detenimiento el asunto no parece que la escasez, y a través de ella la realidad social, sea independiente de la dimensión moral y de la dimensión jurídica de los derechos. “Desde un punto de vista ético, y moviéndonos en planteamientos kantianos, no estaría justificada una pretensión de imposible satisfacción generalizada por razones de escasez”, siempre que se trate de una escasez natural y no artificial. “Desde el punto de vista jurídico, la escasez afectaría a una posible pretensión moral justificada, pero no se trataría de una escasez natural (en cuyo caso no estaríamos en presencia de una pretensión de tal tipo), sino creada por el

³³⁴ “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba ‘Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)’”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 2, Año I, octubre de 1993-marzo de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 664, la cursiva no es mía.

³³⁵ Esa parece ser una solución no descartada por PECES-BARBA. En su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General* dice: “La escasez afecta a la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trata como generalizable, es decir, como convertible en ley general.” (PECES-BARBA, Gregorio. op. cit., pp. 108-109).

propio sistema jurídico.”³³⁶ En este último caso tendría que examinarse si se está ante una opción jurídico-política justificada o ante la juridificación de propósitos espurios; por ejemplo, debería examinarse si, a pesar de que se está ante una pretensión moral justificada, ésta todavía no puede ser positivizada porque es necesario optar por otra que, a diferencia de la primera, exige la satisfacción de una necesidad mucho más importante para el desarrollo de la persona, situación que es la causante de no poder lograr la satisfacción generalizada de la primera. Aún así, adviértase, quedaría pendiente la determinación de si se está o no ante una imposibilidad permanente o pasajera, la identificación de los elementos para definirlo, así como la discusión sobre los sujetos y procedimientos para hacerlo, entre otros problemas.

Rafael DE ASÍS considera también que los problemas de escasez “no son consecuencia de una nueva dimensión que trascienda la ética y la jurídica. Al contrario [afirma] parece más bien que se trata de un criterio de indudable cariz ético.” Sostiene que el significado de escasez que resulta relevante para determinar si una pretensión o contenido normativo puede ser considerado como derecho fundamental sólo puede “ser expresión de la escasez natural. Así por ejemplo, no podría ser considerado como derecho fundamental un supuesto derecho a que todos los individuos del mundo poseyeran en titularidad un cuadro auténtico de Goya. Es algo parecido, aunque no idéntico, a lo que ocurriría con un supuesto derecho a no contraer nunca una enfermedad.” Casos como los señalados expresan “una limitación a determinadas demandas imposibles de satisfacer de forma generalizada debido a una escasez natural.”³³⁷ A partir de tales observaciones, este autor concluye que los ejemplos a los que alude PECES-BARBA, vale decir, el derecho al trabajo y el derecho de propiedad, para ilustrar las consecuencias de incorporar la reflexión sobre la eficacia al discurso de los derechos fundamentales, no pueden ser considerados como el resultado de tal tipo de escasez.

“En efecto, la no generalización del trabajo y de la propiedad no son originadas por una escasez natural. Parece más bien, que detrás de esa falta de generalización se sitúa algún

³³⁶ DE ASÍS, Rafael. “Gregorio Peces-Barba Martínez: Derecho y derechos fundamentales”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 3, Año II, mayo-diciembre de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 644, ambas citas.

³³⁷ “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, op. cit., pp. 393, 393-394 y 394, respectivamente.

otro bien que es considerado como más relevante y que produce la falta de justificación ética o su presencia en relación con estos derechos. Así por ejemplo, puede afirmarse que desde un punto de vista ético la libertad y el trabajo sean bienes a proteger. Ahora bien, y siguiendo en este plano, pueden aparecer problemas a la hora de generalizar ambos bienes de manera que nos veamos obligados a optar por alguno de ellos, lo que conllevaría a su vez a negar la justificación del otro por su imposible generalización. El razonamiento parece impecable, pero lo que hay detrás no es una escasez natural sino un problema de elección.”³³⁸

En resumen, la concepción actual de nuestro autor sobre lo que son los derechos fundamentales, o la determinación de qué contenidos normativos pueden ser considerados como tales, refleja el paso de su teoría dualista sobre los derechos a una teoría que podríamos denominar de “trifurcista” al incorporar un nuevo elemento para lograr una visión integradora de los mismos: la eficacia, vinculada –entre otros aspectos– a la escasez de bienes que puede condicionar o impedir su existencia como pretensiones morales o como normas jurídicas por la imposible garantía para su realización. Según este nuevo planteamiento, no sería derecho fundamental aquél que requiera de bienes que se encuentran en una situación de escasez, no coyuntural sino estructural.

5. Los principios jurídicos

Los principios jurídicos son los otros elementos esenciales que completan el contenido de justicia del Derecho de este modelo. Junto con las “reglas” constituyen dos de los tipos en que pueden clasificarse las normas jurídicas. El criterio más utilizado para diferenciarlos es el de la generalidad o abstracción. Según esto, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto porque su supuesto de hecho está formulado en términos muy abstractos, de la misma manera que su consecuencia normativa no está formulada con certeza (verbigracia, el principio de la buena fe). En cambio las reglas son normas de un grado de generalidad relativamente bajo, porque su supuesto de hecho y su consecuencia normativa se encuentran determinados de una mejor manera, sin que eso signifique descartar los casos de penumbra (por ejemplo la regla que impone una pena privativa de libertad a quien ha cometido un delito).

³³⁸ DE ASÍS, Rafael. *Ibid.*, p. 394.

Precisamente por ello, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, refiriéndose a la diferencia entre reglas y principios afirman:

“La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)”³³⁹.

PECES-BARBA considera que los principios “son un tipo de normas que se podrían denominar normas principales, que formalmente se caracterizan por su abstracción (más que por su generalidad, [...], puesto que ésta hace referencia a los destinatarios y no a los contenidos) y por su fundamentalidad”³⁴⁰. La fundamentalidad puede ser entendida en el sentido de que los principios tienen una especial jerarquía normativa; ser normas de las que se pueden deducir, por vía lógica, otras normas; ser fines u objetivos respecto de otras; y de contener los valores éticos y políticos sobre los que descansan una determinada organización jurídico-política. “Desde el punto de vista material [agrega], se caracterizan por contener dimensiones positivizadas de lo que he llamado la ética pública de la modernidad. Por fin desde el punto de vista de su función lo hacen por ser guía para la producción y la interpretación con un espectro más amplio que las normas no principales.”³⁴¹ Comparte además la tesis, según la cual, los principios pueden ser explícitos (expresamente incorporados en el ordenamiento) o implícitos (construidos por vía de inducción, a partir de una o varias disposiciones que se presentan como casos de aplicación o especificación de dicho principio; o por deducción, a partir de un principio más general del cual se puede derivar un nuevo principio)³⁴².

La distinción entre reglas y principios ha dado lugar a un amplio debate en la filosofía jurídica contemporánea. Los aportes formulados al respecto pueden agruparse en dos posiciones básicas: por un lado, los que afirman que entre reglas y principios

³³⁹ *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, (Ariel Derecho), Ariel, Barcelona, 1996, p. 9.

³⁴⁰ “[Reseña de] Prieto Sanchis, Luis, ‘Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico’. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992.”, op. cit., p. 429.

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Vid: Ibid., pp. 431 y 428.

existe una diferenciación estructural o cualitativa (la tesis fuerte de la separación); y, por otro, los que afirman que, en realidad, tal diferencia no existe, sino, a lo más, una diferencia en los modos de interpretación y argumentación que requieren una mayor ó menor presencia en el elemento de generalidad de las normas (la tesis débil de la separación).

Ronald DWORKIN defiende una distinción fuerte entre reglas y principios. Su teoría trasciende esta problemática para enarbolar una nueva concepción del Derecho superadora del positivismo jurídico y del utilitarismo moral³⁴³. Para lo que aquí respecta su teoría postula que las reglas son aplicables de modo “todo o nada”, en cambio los principios no. Según ello, las reglas o son aplicables porque el caso se identifica con su supuesto de hecho –por lo que entonces se aplica su consecuencia normativa–, o no son aplicables porque tal identificación no se produce –por lo que no sirve para solucionar el caso–³⁴⁴. En cambio los principios, aún cuando resulten aplicables, no determinan necesariamente la decisión, sino que sólo proporcionan razones para adoptar una u otra decisión³⁴⁵. A este primer argumento le añade otro que se le vincula: Los principios tienen una dimensión de peso o importancia, que las reglas no exhiben, que se muestra en las situaciones de colisión. Así, “[c]uando los principios se interfieren [...] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”, a fin de elegir entre ellos el que tenga mayor peso para resolver el caso³⁴⁶. No ocurre lo mismo en

³⁴³ Esa nueva concepción jurídica cuestiona las tres tesis básicas del positivismo jurídico formuladas por H. L. A. HART: (i) la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral; (ii) la tesis de las fuentes sociales del Derecho en base a la regla de reconocimiento; y, (iii) la tesis de la discrecionalidad judicial, en el caso de vacío o deficiencia de una norma. En general, DWORKIN considera que el positivismo no permite dar cuenta de la presencia de los principios en el ordenamiento jurídico (pues en su formulación básica la regla de reconocimiento sólo estaba referida a criterios formales y no materiales de validez jurídica), a los que califica como estructuralmente diferentes de las reglas. Sería la presencia de esos principios los que necesariamente incorporarían la moralidad al Derecho; además, impedirían a los jueces actuar con discrecionalidad, pues siempre pondrían a su alcance una única respuesta correcta en los casos en los que las reglas no determinen una única respuesta (Vid: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit.; y, HART, Herbert L. A. “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit.).

³⁴⁴ “Las normas [reglas] son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma [regla] están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, op. cit., p. 75).

³⁴⁵ “[Los principios] [n]i siquiera los que más se asemejan a normas [reglas] establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas.” “Un principio [...] no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.” (DWORKIN, Ronald. *Ibid.*, pp. 75 y 76, respectivamente).

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Ibid.*, p. 77.

los casos de colisión entre reglas: allí debe aplicarse elementos externos a sus respectivos contenidos para solucionar el conflicto, como por ejemplo su distinta posición jerárquica en el ordenamiento.

DWORKIN considera que la presencia de principios en el ordenamiento impide al juez actuar con discrecionalidad aun en los casos de vacío o defecto en las reglas, ya que siempre podrá acudir a alguno de los principios existentes en el ordenamiento. Sostiene que estos principios permiten encontrar una única respuesta correcta a nuestros interrogantes prácticos y, por tanto, jurídicos. Sin embargo, como afirma Robert ALEXY, para que esto fuese posible sería necesario contar con un “orden fuerte de principios”; es decir, con un sistema que, además de contener todos los principios, contuviera todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, a fin de determinar unívocamente la decisión en cada uno de los casos que se puedan presentar³⁴⁷. Como esa es una labor hercúlea o imposible de realizar, la suposición de la existencia de una única respuesta correcta –independientemente del procedimiento– para cada cuestión práctica es una tesis que tiene poco a su favor y contra la que se puede aducir mucho³⁴⁸. Por eso Robert ALEXY prefiere hablar de un “orden débil de principios”; es decir, de un sistema que si bien contiene una lista en cierto modo completa de los principios de un ordenamiento jurídico, no contiene nada sobre el peso relativo de cada uno de ellos y, por tanto, no expresa nada sobre la relación de prioridad entre los mismos³⁴⁹. Tal teoría “ciertamente podría decirnos qué es lo que hay que tomar en consideración, pero no qué es lo que tiene preferencia en cuanto al resultado.”³⁵⁰

Precisamente Robert ALEXY es otro de los representantes de la distinción fuerte entre reglas y principios, aunque no es partidario de la única respuesta correcta, sino de una pluralidad de posibles respuestas correctas que, mediante la determinación de un campo de “posibilidad discursiva”, excluyen las respuestas incorrectas. Para él, el punto decisivo en la distinción entre reglas y principios es que los principios son *mandatos de*

³⁴⁷ ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., p. 145.

³⁴⁸ Es lo que afirma también Robert ALEXY en su *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, op. cit., p. 302.

³⁴⁹ Vid su trabajo: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., pp. 144-145.

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Ibid.*, p. 145.

Sobre las diferencias entre los planteamientos de Ronald DWORKIN y Robert ALEXY vid: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico, El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, op. cit.

optimización: “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas.” Por el contrario, las reglas son “normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas.” Por ese motivo, los principios “se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados”, a diferencia de las reglas, pues éstas contienen “*determinaciones* en el campo de lo posible”. Tal caracterización permite que los principios sean considerados como mandatos *prima facie*, pues no son mandatos definitivos, sino que el grado de su cumplimiento va a depender en última instancia de las posibilidades fácticas y jurídicas, estando estas últimas constituidas “a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.”³⁵¹ En todo caso, dice ALEXY, la diferencia entre reglas y principios se observa en los casos de colisión y en la distinta forma de resolverlos³⁵². Así, en la colisión de las reglas el conflicto se resuelve a través de los criterios de solución de antinomias (verbigracia, los criterios de jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia), según los cuales o bien se declara inválida una de las reglas o bien se introduce una cláusula de excepción que elimine el conflicto; en el primer caso una de las reglas queda expulsada del ordenamiento, en el segundo una de ellas cede siempre en presencia de la otra. En cambio, en la colisión de principios más que una contradicción se produce una tensión, sin que ninguno pueda disfrutar de una situación de primacía frente a los otros. En esos casos, la colisión de principios se resuelve a través de una ponderación a favor de aquel que, en ese caso concreto, tiene un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio que tiene un peso relativamente menor; y, por tanto, sin que sea expulsado del ordenamiento. En otros contextos, el peso puede ser repartido de manera opuesta, haciendo que la solución sea diferente³⁵³.

Luis PRIETO SANCHÍS es, por su parte, uno de los autores que defiende la distinción débil entre reglas y principios. Considera que no hay una diferencia estructural o cualitativa entre ellos, pues unos mismos enunciados normativos pueden operar algunas

³⁵¹ ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, op. cit., pp. 143, 143-144, 143, 144 y 143, respectivamente.

³⁵² Vid: ALEXY, Robert. Ibid., pp. 142-143.

³⁵³ Al respecto dice Robert ALEXY que, de acuerdo con la ley de la ponderación, “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro” (*Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 161).

veces como reglas y otras como principios (por ejemplo, el enunciado que dice que aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo), siendo esa operatividad o manera de funcionar sustancialmente diferente no porque así se derive del Derecho, sino porque el razonamiento o la estrategia interpretativa que se aplica a cada uno de ellos es distinta. Según esto, “reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas [diferentes].”³⁵⁴ La diferenciación no sería estructural o lógica, sino que recién aparecería al momento de la interpretación o aplicación del Derecho, aludiendo a una determinada técnica de interpretación y aplicación de los enunciados jurídicos: Mientras las reglas estarían más vinculadas a la subsunción, los principios estarían más cercanos a una forma de razonamiento vinculada con la ponderación:

“[N]o es verdad que los principios den lugar a una cierta técnica interpretativa, sino que, a la inversa, es la presencia de esa técnica lo que justifica utilizar la expresión principios; pero dado que esta técnica resulta operativa en relación con cualquier género de estándar jurídico, ello se traduce, en suma, en que no existe diferencia alguna entre normas [reglas] y principios, al menos, diferencia que sea anterior al momento hermenéutico. [...]. [L]os principios no son un determinado tipo de normas [...], sino cualquier norma en cuanto adopta una determinada posición o papel en el razonamiento o argumentación jurídica.”³⁵⁵

En resumen, los principios pueden ser entendidos como aquellas normas jurídicas que contienen mandatos de optimización; o que carecen de supuestos de hecho o presentan de un modo fragmentario sus condiciones de aplicación; o cuyas consecuencias normativas no están fijadas o determinadas con certeza. De esa manera se diferencian de las reglas, que son otro tipo de normas jurídicas que exigen un cumplimiento pleno –no gradual–; o en las que sus supuestos de aplicación y sus consecuencias se encuentran determinados de una mejor manera, sin que eso signifique descartar los casos de penumbra.

Cabe advertir que desde su dimensión objetiva los derechos fundamentales actúan también como principios³⁵⁶. De los valores superiores puede decirse lo mismo. Tanto unos como otros, así como los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos,

³⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*, op. cit., p. 52.

³⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 55.

³⁵⁶ Lo mismo piensa PECES-BARBA: “los derechos [fundamentales], cuando no se realizan en su dimensión subjetiva, con titularidades individuales, sino en su dimensión objetiva, actúan también como principios.” (“Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 347).

suelen ser considerados en la filosofía jurídica como principios porque –como éstos– son normas jurídicas que contienen mandatos de optimización, o carecen de supuestos de hecho o presentan de un modo fragmentario sus condiciones de aplicación, o cuyas consecuencias normativas no están fijadas o determinadas con certeza³⁵⁷. Por esa razón, dice PECES-BARBA: “[d]esde el punto de vista objetivo [...] los derechos humanos y los principios [sobre todo los de] organización son aquí lo mismo”³⁵⁸.

Sin perjuicio de ello, los principios se presentan en el modelo en estudio como otra manifestación de los valores superiores que completan, junto con los derechos fundamentales, la ética pública que postula. Al ser positivizados integran la moralidad interna del poder y del Derecho. En estricto “[n]o son límites al poder, sino elementos configuradores del poder, que desde esa condición contribuyen a su limitación.”³⁵⁹ Una postura similar a la de Karl LARENZ quien, al hablar de los “principios del Estado de Derecho en sentido estricto”, entiende como tales a “los que se refieren a la construcción del Estado precisamente como un ‘Estado de Derecho’, que debe impedir de manera especial que aquellos a quienes eventualmente se confía el ejercicio del poder estatal lo usen de un modo distinto al sentido que impone el Derecho.”³⁶⁰

A diferencia de los derechos fundamentales, en este modelo los principios no forman –en su conjunto– un subsistema propio dentro del ordenamiento jurídico, sino que se desperdigan por todo él en diversos subsistemas:

“[S]olamente los derechos [fundamentales] forman un subsistema, con los rasgos que permiten identificarlo como tal, mientras que no ocurre lo mismo con los principios que se dispersan y se esparcen por diversos subsistemas, como normas básicas o de cierre de los mismos (así en el subsistema de organización de la Administración pública, de los poderes locales, de las Comunidades autónomas, de las Cortes Generales y del Poder Judicial, etc...) o como criterios de interpretación. En algunos casos se sitúan

³⁵⁷ Cfr.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 81 y siguientes; y, RUIZ SANZ, Mario. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 23, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002, p. 103 y siguientes.

³⁵⁸ “Derechos fundamentales y principios de organización del poder”, en: *Liber amicorum, Antonio Fernández-Galiano*, coordinado por Jesús Ayllón, Gaspar Escalona y María Eugenia Gayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995, p. 678.

³⁵⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 72-73.

³⁶⁰ *Derecho justo, Fundamentos de ética jurídica*, reimpresión a la primera edición de 1985, traducción y presentación de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1993, p. 151.

simultáneamente en varios subsistemas, como es el caso del principio de las mayorías.”³⁶¹

Al derivarse racionalmente de los valores superiores, los principios jurídicos integran en este modelo –junto con los valores superiores y los derechos fundamentales– la norma fundante básica de identificación de normas; por lo tanto, comparten con ella todas sus funciones, tanto para servir de guía en la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, como para identificar las demás normas del ordenamiento jurídico³⁶².

PECES-BARBA no se ha ocupado de los principios de la manera profusa como lo ha hecho con los valores superiores y, en especial, con los derechos fundamentales. Un ejemplo de ello lo constituye su trabajo “Derechos fundamentales y principios de organización del poder” (1995), donde los derechos ocupan, respecto a los principios, un lugar más destacado en su desarrollo teórico³⁶³. En todo caso, se ha referido a ellos como “principios de organización” y “demás principios”, a saber:

“Los principios de organización son guía y directiva para ordenar un subsistema jurídico, una institución o una función estatal. Así, el principio de las mayorías, el de separación de poderes, el de independencia del poder judicial o el de eficacia y neutralidad de la Administración. Suelen constituirse como norma básica de los diversos subsistemas jurídicos o ser elemento decisivo para la aplicación e interpretación en varios de ellos, al mismo tiempo. Los demás principios son criterios para afrontar problemas concretos no resueltos directamente por normas-reglas. Son como una reserva de argumentos generales para decidir, que sólo se activan relevantemente ante el caso concreto. De todas formas, no [...] parece descartable que el legislador parlamentario o reglamentario, en una materia iluminada por uno de estos principios, pudiese utilizar esos criterios para la redacción de la norma.”³⁶⁴

A partir de allí, y teniendo en cuenta la parte de su obra vinculada con ellos, podemos extraer una clasificación de los principios que integran su modelo teórico, en función al rol que cumplen frente al poder y el Derecho³⁶⁵:

³⁶¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 359.

³⁶² Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., p. 73.

³⁶³ “Derechos fundamentales y principios de organización del poder”, op. cit., pp. 669-688.

³⁶⁴ PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 129

³⁶⁵ Sigo aquí, básicamente, lo expuesto por PECES-BARBA en: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, op. cit., p. 129; *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, op. cit., pp. 72-74; “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 77; y, “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., pp. 346-347.

1º. *Principios de organización*, conocidos también como garantías institucionales³⁶⁶. Son la prolongación objetiva de los valores de la ética pública, en el poder, en las instituciones del Estado y en el propio Derecho. Se encargan de estructurar el Derecho para que éste se adecue a los valores de la Modernidad, y de configurar el poder contribuyendo desde esa condición a su racionalización y legitimación. Son normas guías, directivas, para ordenar el ordenamiento en su conjunto o un subsistema jurídico, una institución o una función estatal. Son ejemplos de ellos, el principio de separación de poderes, el de autonomía de las universidades, el de eficacia y neutralidad de la Administración, etc.

“Los principios de organización [...] [s]e sitúan como guía de los subsistemas jurídicos, o como base de una o varias instituciones. Se podría decir que se dispersan, se diseminan por todo el orden jurídico, para hacer llegar a todos sus rincones el espíritu de los valores superiores, iluminan y orientan el funcionamiento de los poderes legislativo, ejecutivo, judicial, y las diversas ramas del Derecho, público y privado. Así, el principio de separación de poderes, la regla de las mayorías, el principio de irretroactividad, el de la independencia del poder judicial, la sumisión de la Administración a la ley, la interdicción de la arbitrariedad, etc. Así las distintas normas que forman cada subsistema o institución se someten a la influencia y a las orientaciones que derivan de estos principios, que son como una norma de clausura de cada conjunto de normas, y también una de las razones de su consideración como un sistema coherente.”³⁶⁷

Por su importancia, los principios de organización son para el modelo, junto con los derechos fundamentales, los elementos imprescindibles para la existencia de una sociedad democrática moderna³⁶⁸.

³⁶⁶ “Se ha dicho que los derechos fundamentales son la expresión de la moralidad [pública...]. Es necesario, sin embargo, completar ese perfil de la moralidad pública, que no se manifiesta sólo, en la sociedad política y en su Derecho, como derechos fundamentales, sino también como principios de organización, que otros prefieren llamar, por ejemplo, garantías institucionales, y que son la prolongación objetiva de los valores de esa ética pública, en el Poder, en las instituciones del Estado y en el mismo Derecho.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 77).

Vid, al respecto: BAÑO LEÓN, José María. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 24, Año 8, septiembre-diciembre 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 155 y siguientes.

³⁶⁷ PECES-BARBA, Gregorio. “Derechos fundamentales y principios de organización del poder”, op. cit., p. 677.

³⁶⁸ “Derechos fundamentales y principios de organización son la manifestación, situados los primeros desde el punto de vista del ciudadano y los segundos desde el punto de vista del Estado y del Ordenamiento jurídico, de la ética pública de la modernidad, que se complementan y que son imprescindibles para la existencia de la sociedad democrática, sede de esa utopía del desarrollo moral de la dignidad humana, que necesita un entorno cultural, social, económico y político que sólo es consecuencia de la existencia combinada de derechos fundamentales y principios de organización.” (PECES-BARBA, Gregorio. “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 76).

2°. *Principios que establecen criterios para la acción*: Son aquellos que actúan “estableciendo fines y modelando el ordenamiento de conformidad con éstos, instruyendo a los operadores jurídicos desde el legislador ordinario hasta el último funcionario, de los cauces para tener un comportamiento correcto en la producción, aplicación e interpretación del Derecho”³⁶⁹. Se pueden clasificar a su vez en³⁷⁰:

Principios de producción normativa: Son los que establecen parámetros generales para que los operadores jurídicos competentes, como el Parlamento, el Gobierno, los jueces, incluido el Tribunal Constitucional, etc., puedan activar válidamente las fuentes del Derecho con la finalidad de crear normas jurídicas. Podemos mencionar aquí al principio de las mayorías, al de negociación, así como al principio de publicidad de las normas jurídicas, al de irretroactividad de las normas generales no favorables, etc.

Principios de interpretación y aplicación de las normas jurídicas: Son aquellos que sirven para interpretar otras normas o que fijan criterios ante hechos o situaciones que se producen en la vida social. Son criterios para afrontar problemas no resueltos directamente por normas-reglas. Regulan situaciones *a priori* indeterminadas, que encuentran pleno sentido cuando se producen los hechos concretos. En el modelo en estudio sólo reaccionan o son efectivas ante el caso concreto, en ausencia de normas-reglas. Estos principios son utilizados por los operadores jurídicos competentes para resolver problemas de laguna, de antinomia, de vaguedad o ambigüedad de las normas-reglas, etc. Por lo tanto, integran este grupo los principios que aportan criterios para orientar la labor que pueda realizar un operador jurídico competente al resolver los casos de vacío o deficiencia de una norma, o para que pueda interpretar las normas jurídicas existentes. Podemos mencionar entre ellos el principio que faculta al juez a acudir a los principios generales del Derecho en caso de vacío o deficiencia en una ley, el principio de la buena fe, del abuso del derecho, el “in dubio pro reo”, el “in dubio pro operario”, etc.

³⁶⁹ PECES-BARBA, Gregorio. “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, op. cit., p. 346.

³⁷⁰ Sigo aquí lo expuesto en: Ibid., p. 347.

6. Un Derecho cuya interpretación se conecta necesariamente con criterios de política y de moralidad

La incorporación de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los principios que se derivan de aquéllos, a la norma fundante básica de identificación de normas, no sólo significa que son criterios de validez material de las normas jurídicas, sino también que son los referentes que se deben tener en cuenta a la hora de interpretar cualquier enunciado jurídico. Esto implica, en cuanto a la interpretación jurídica se refiere, que se constituyen en límites que se deben atender para determinar la validez jurídica del resultado interpretativo, pero también que son una guía interpretativa a tener en cuenta a la hora de atribuir significados a los enunciados jurídicos. La razón estriba en que toda interpretación de una norma, para poder ser válida desde un punto de vista jurídico, debe respetar los criterios de validez del ordenamiento pero, además, estos criterios deben ser utilizados como instrumentos para la atribución de un significado a un enunciado³⁷¹.

Pero, ¿qué pasa con la interpretación de los propios valores superiores, de los derechos y principios que se sustentan en ellos?, ¿cómo deberían ser interpretados? Su posición como integrantes de la norma fundante básica no sólo nos conduce a advertir su importancia en la determinación del significado de las restantes normas jurídicas, sino también –y esto es lo más importante para lo que aquí concierne– a apreciar su incidencia en su propia interpretación y, por ende, en la determinación de su contenido. A diferencia de lo que ocurre con las restantes normas jurídicas, las que integran la norma fundante básica –como es el caso de los valores superiores, los derechos fundamentales y los principios que se derivan de aquéllos– no cuentan por encima de ellas con un marco jurídico válido que les sirva de referencia. Si a esto se añade el alto grado de vaguedad o de indeterminación de su contenido, el problema de la interpretación de este tipo de normas definitivamente se acrecienta.

Bien podría decirse que al ser los valores superiores las normas jurídicas básicas más principales, que sustentan a su vez los principios y los derechos fundamentales, éstos

³⁷¹ Vid: DE ASÍS, Rafael. *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, op. cit., p. 9.

deberán interpretarse de conformidad con los valores superiores que les sirven de sustento. Una afirmación lógicamente correcta, pero que no resuelve el problema: los valores superiores carecen a su vez de un marco jurídico válido superior que les sirva de referencia. En ocasiones se intenta superar este problema haciendo notar que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen existir cláusulas de apertura del sistema al ámbito internacional, conforme a las cuales las normas superiores de un ordenamiento jurídico nacional deben ser interpretadas de conformidad con ciertas normas internacionales, por ejemplo, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos (es el caso del artículo 10.2 de la Constitución española). No obstante, aún en ese caso, el problema no se elimina sino que se traslada al ámbito internacional pues en él la vaguedad o indeterminación de esas normas se mantiene, sin que exista un marco jurídico válido superior que les sirva de referencia para interpretar o determinar sus contenidos. Por ello, con relación a esta problemática, resulta acertada la opinión de Rafael DE ASÍS al señalar que: “normalmente los textos internacionales no aumentan la información que se posee sobre el derecho en cuestión, por lo que su utilización sirve en definitiva para enmascarar, o mejor justificar de forma ficticia, la posición conceptual y justificatoria que se mantiene”³⁷².

Obsérvese la trascendencia del problema: Las normas o enunciados del ordenamiento jurídico deben ser interpretados en cada caso a luz de los valores superiores, los derechos fundamentales y los demás principios que integran la norma fundante básica, y el resultado interpretativo así obtenido debe ser conforme con lo que éstos establecen; pero, determinar en cada caso lo que tales valores, principios y derechos prescriben es una labor para la cual el intérprete no tiene un marco jurídico válido superior que le sirva de criterio. Llevando las cosas al extremo, se podría decir que la interpretación de los enunciados jurídicos no cuenta con un marco jurídico último que, de manera válida, actúe como referente interpretativo definitivo.

Por otro lado, la labor interpretativa de los valores superiores, derechos fundamentales y demás principios resulta de primerísimo orden para su propio estatuto normativo. Sólo a través de ella se puede delimitar o dar concreción a estas normas jurídicas y, por ende, guiar el procedimiento interpretativo de las demás normas del

³⁷² Ibid., p. 10.

ordenamiento. Sólo a través de ella se puede determinar cuáles son los límites o la regulación que válidamente se puede establecer a su aplicación o ejercicio. Sin ella no se podría dar solución a los eventuales conflictos que surgen entre los derechos fundamentales, o entre éstos y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, al concurrir en un caso concreto, por sólo citar un ejemplo³⁷³. Y todo esto sin que exista un marco jurídico válido superior que guíe la interpretación de aquel tipo de normas.

Parece ser entonces que el intérprete se encuentra básicamente sin ataduras a la hora de atribuir significado a los valores superiores, así como a los derechos y principios derivados de ellos, situación que resulta más clara cuando dicho intérprete es el último órgano o el que dice la última palabra³⁷⁴. No puede aceptarse, sin embargo, que esta circunstancia permita al intérprete hacer uso de su simple subjetividad (es decir, de su propia y particular consideración de lo correcto o de lo justo) para interpretar los elementos que integran la norma fundante básica. De ser así, ello supondría actuar en contra de la función limitadora del poder, que cumple esta norma, y de la interdicción de la arbitrariedad, además de correr el riesgo de incurrir en las patologías de la ética pública o de la ética privada. Fuera de ello, el intérprete –sobre todo cuando es el último órgano o el que dice la última palabra– parecería que puede actuar con cierta libertad a la hora de interpretar los valores superiores, los derechos fundamentales y los demás principios, sin perjuicio de los criterios o de las técnicas de interpretación de las que pueda hacer uso³⁷⁵.

¿Cómo, pues, se puede actuar con cierta libertad sin incurrir en arbitrariedad? Al parecer, teniendo en cuenta los intereses y las opiniones de todos los interesados o posibles afectados; pero, sobre todo, sustentando y motivando su actuación en *buenas razones*. Pero, ¿de dónde y cómo se obtienen esas buenas razones? No parece haber otra respuesta que la proveniente de la filosofía política y de la concepción moral que se

³⁷³ Vid al respecto: RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, p. 125 y siguientes. También: MORESO, José J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 183 y siguientes.

³⁷⁴ Vid: DE ASÍS, Rafael. *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, op. cit., pp. 9-10.

³⁷⁵ Si el intérprete pueda actuar discrecionalmente –sobre todo el judicial– o si se encuentra vinculado a una serie de principios de justicia que le exijan encontrar una única respuesta correcta, es algo que no corresponde tratar aquí.

adopte; más aún si, como lo recuerda Eusebio FERNÁNDEZ, “[t]odo ordenamiento jurídico está inspirado en una filosofía política y en una serie de valores y principios morales (de moralidad pública y social). De la misma manera, el ordenamiento jurídico en general y las normas jurídicas en particular pueden ser objeto tanto de valoración jurídica como de evaluaciones morales y política”³⁷⁶.

Lo que ocurre es que en toda interpretación de este tipo de normas hay una toma de posición, más o menos encubierta, sobre una determinada filosofía política y una cierta concepción moral, pues sobre ellas es que se construye –como se ha visto– una determinada teoría o modelo jurídico, sobre todo si éste incorpora a derechos fundamentales³⁷⁷. La filosofía moral y política que se siga influirá decididamente en la interpretación de los valores, derechos y principios y, por ende, en la interpretación del resto de normas jurídicas. Las distintas consecuencias que se pueden derivar con relación a los derechos fundamentales, entre asumir una concepción republicana de la libertad, o una concepción liberal de la misma, nos han servido anteriormente de ejemplo. La filosofía moral y política que se adopte resulta así indispensable para definir qué valores, principios y derechos son o deben ser considerados como pertenecientes al ordenamiento jurídico, cuál es su contenido, su fundamentación, cuáles los límites legítimos a su actuación o ejercicio y cómo deben resolverse los eventuales conflictos que puedan presentarse entre ellos, por sólo mencionar más ejemplos. En general, la filosofía política y moral que está detrás de este tipo de normas es indispensable para todo lo que tenga que ver con su interpretación, virtualidad y eficacia, entre otros aspectos. Por tales motivos, compartimos la siguiente consideración de Luis PRIETO SANCHÍS:

“[U]na teoría de los derechos humanos [así como de los valores superiores y los principios derivados de ellos] además de elaborar sus capítulos tradicionales, debería hoy orientarse en una doble dirección. De un lado, cultivando una perspectiva normativista y realista a un tiempo que sirva como contrapunto crítico a la insatisfactoria realidad que hoy, como siempre, ofrece el *ser* de los derechos frente al *deber ser* plasmado en la Constitución. De otro, profundizando en la filosofía [moral y] política de los derechos humanos y haciendo de ella un componente insoslayable de la argumentación jurídica general”³⁷⁸.

³⁷⁶ “Prólogo”, en: *Filosofía Política y Derecho*, (Monografías Jurídicas), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 12.

³⁷⁷ Cfr.: BARRANCO, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

³⁷⁸ *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 99.

El modelo de PECES-BARBA que se ha examinado aquí es un ejemplo de una determinada filosofía moral y política aplicada a la reflexión de los fenómenos jurídicos, en especial a todo lo concerniente a los valores, principios y derechos fundamentales. Tanto su número, contenido, así como su interpretación y límites a su actuación o ejercicio, responden a una determinada antropología y a una especial manera de entender la sociedad; a una toma de posición para organizar con ellos las diversas esferas de la vida social, en especial de la política y del Derecho, a fin de alcanzar los objetivos de racionalización y humanización que se persiguen. Un modelo que hace uso de la razón situada en la historia para efectuar sus análisis y justificar sus conclusiones, recibiendo toda la influencia de la Modernidad –aunque sin reducirse a ella– y de una tradición humanista que va desde el liberalismo progresista, pasando por el socialismo democrático y continuando con la mejor aportación republicana posible. Una toma de posición sobre una determinada filosofía moral y política que condiciona la forma de entender el Derecho y, por tanto, el contenido y la interpretación de los valores superiores, de los derechos fundamentales, así como de los principios derivados de aquéllos. Toda una compleja aproximación que incide, en suma, en la forma de estructurar una sociedad para que pueda ser considerada una sociedad libre, abierta, plural y democrática, una sociedad bien ordenada.

No basta, entonces, con que se exija a los operadores competentes el uso adecuado de las técnicas y criterios de interpretación jurídica. Se debe velar por conocer el ideario moral y político que les inspiran o en que sustentan habitualmente sus decisiones, a fin de estar en capacidad de prever lo que mejor corresponda para los valores, principios y derechos, así como para vigilar o participar adecuadamente en la elección o nombramiento de esas autoridades.

El problema planteado requiere de una serie de presupuestos para alcanzar los objetivos de racionalización y humanización, así como para evitar la arbitrariedad y otras patologías. En un modelo exigente, como el examinado aquí, se requiere, entre otros, los siguientes presupuestos:

1º. Que el intérprete sea tolerante, que esté dispuesto a oír las opiniones de los demás y posibilite los cauces adecuados para su participación. Se requiere de un intérprete que actúe sin arbitrariedad, que sepa distinguir las esferas de la ética pública y

la ética privada para que las respete y no imponga una sobre la otra. Se necesita un intérprete capacitado no sólo en cuestiones jurídicas, sino también en filosofía moral y política, en sociología, economía y otras esferas de la vida. Un intérprete con una formación humanista y jurídica adecuadas, con una capacitación permanentemente para atender con efectividad los nuevos problemas y conflictos que se derivan de las relaciones humanas cada vez más complejas.

2º. Una participación más activa del individuo en la vida política y jurídica de su sociedad, en el control sobre sus gobernantes (por ejemplo, para evitar la arbitrariedad en la actuación estatal) porque ello redundará en el bienestar de la comunidad. Un ciudadano que –por decisión autónoma– viva conforme con ciertos valores cívicos (como la honestidad, la tolerancia, el respeto por las reglas del juego democrático, etc.), por ser condiciones necesarias para la organización social que se preconiza.

3º. Como consecuencia de lo anterior y sin que acabe allí el listado de los presupuestos, se requiere de una sociedad auténticamente democrática, de una comunidad que haga suya la idea de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, que viva y ejerza cotidianamente sus derechos fundamentales, y que sepa defenderlos en todos los espacios de la esfera pública y privada. Se requiere de una sociedad dialogante, tolerante, incluyente, solidaria y participativa; que promueva la deliberación y participación en el ámbito público de todas las personas y grupos, en una actuación que no sólo debe tener en cuenta el interés individual sino también el interés de la comunidad. Una sociedad que sepa construir y desarrollar diariamente los ideales del Estado social y democrático de Derecho.

Será esta sociedad democrática y la participación activa del individuo en la vida política de su sociedad, los mejores baluartes contra la arbitrariedad y los impulsores de la auténtica realización de los derechos fundamentales. Es decir, los verdaderos responsables de su destino.

CONCLUSIONES

Primera: La reflexión filosófica de PECES-BARBA presenta como una de sus características la propensión por integrar distintos planteamientos, con la finalidad de alcanzar una visión más completa de lo que constituya su objeto de estudio. Toma de ellos los aportes parciales que considere útiles para lograr una síntesis integradora que le permita dar un paso más en el camino del conocimiento. Lo vemos, por ejemplo, cuando aborda el concepto de Derecho al integrar, en un primer momento, planteamientos realistas y positivistas para postular un *normativismo corregido*; y luego, en un segundo momento, cuando completa sus reflexiones iniciales con un acercamiento a posiciones iusnaturalistas para postular un *positivismo flexible*, que se conecta también con la moral. La riqueza que importa tal postura metodológica –por los diferentes matices y puntos de vista que incorpora– puede enfrentar, sin embargo, algunos problemas teóricos cuando es sometida a prueba para verificar su armonía. Y es que compatibilizar –en lo posible– planteamientos disímiles y muchas veces contradictorios –como los de corte iusnaturalista y positivista– puede producir inconvenientes para lograr un resultado sin fisuras teóricas. Eso no significa desconocer la racionalidad ni la importancia de sus propuestas y reflexiones, sino, simplemente, hacer alusión a los obstáculos que las posturas integradoras, como la de nuestro autor, tienen que enfrentar en su vocación por realizar una reflexión abarcadora de las distintas dimensiones que presenta su objeto de estudio. Obstáculos que, dicho sea de paso, no deben llevar al investigador a renunciar a esa disposición –PECES-BARBA no lo hace– sino a redoblar esfuerzos por superarlos y dar pasos mayores en el camino del conocimiento.

Segunda: Esa propensión unida a los elementos metodológicos e ideológicos que están presentes en sus propuestas y reflexiones, hacen del pensamiento filosófico de PECES-

BARBA una particular forma de aproximarse a los fenómenos morales, políticos y jurídicos. La razón situada en la historia, además de permitirle el uso de los aportes históricos, hace que sus reflexiones y conclusiones sólo tengan pretensión de validez para una sociedad, espacio y tiempo determinados, sin perjuicio de servir como referente, o como modelo crítico, para otras realidades y construcciones. El proyecto de la Modernidad y la Ilustración le sirve de marco y de fuente para sus construcciones teóricas. Los objetivos de humanización y racionalización, a los que aspira contribuir para que la sociedad esté bien ordenada, son propios de dicho proyecto. De éste extrae especialmente la secularización, el interés por la libertad de elección y la autonomía moral de la persona, así como los valores que integran la ética pública. Su acervo intelectual se ve enriquecido con un punto de vista sobre la política orientada al desarrollo humano. La política no puede prescindir de la ética para ser moralmente correcta, ni la moral puede prescindir de la política si es que quiere ser fuerte y llegar a incorporarse al Derecho. Si bien no se postula la identificación, se defiende la coordinación para contribuir al desarrollo integral de la persona. El socialismo democrático, por su parte, orienta su pensamiento hacia esquemas igualitarios para completar el valor libertad y postular una libertad igualitaria. No hay verdadera libertad sin igualdad, ni igualdad que no esté orientada hacia la libertad, son máximas que tienen su origen en esos esquemas. La influencia republicana está también presente en su pensamiento. Con ella comparte, principalmente, el interés por las virtudes ciudadanas, la idea de una ciudadanía responsable y partícipe de la vida política de su sociedad, así como el requerimiento de un espacio público que facilite la existencia de diversas posturas, donde todos puedan deliberar y participar en igualdad de condiciones. La interrelación entre la moral, la política y el Derecho es el modelo teórico que finalmente suscribe. El positivismo interrelacionado con la realidad social, y abierto a la moral, le permite desarrollar una visión tridimensional de los fenómenos jurídicos. El Derecho no aparece como un simple conjunto de normas sustentado por el poder, sino también como cultura, como vida humana social que expresa una idea de justicia o de moralidad.

Tercera: La dignidad del ser humano es la piedra angular sobre la cual descansa todo su edificio teórico. Es su presupuesto epistemológico, el que le sirve de punto de partida y de punto de llegada para construir su modelo que relaciona la moral, la política y el

Derecho. Todas sus propuestas y reflexiones están orientadas a coadyuvar, garantizar y promover el desarrollo integral de la persona. Su concepción sobre el ser humano evoluciona desde un humanismo antropocéntrico, comunitario y abierto a la trascendencia –donde el individuo tiene un valor preponderante, no es egoísta y reconoce la importancia de la comunidad donde se desarrolla– hasta llegar a ser un humanismo que, conservando las dos primeras características, se encuentra completamente secularizado. Éste concibe al ser humano como centro del mundo y centrado en el mundo: una visión antropocéntrica desde la laicidad que reconoce la eminente dignidad del ser humano y que, a través de una mediación racional, la ubica como el fundamento, como el referente, de todo el ordenamiento moral, político y jurídico. Esta visión antropocéntrica y secularizada sustenta la dignidad del ser humano en una serie de rasgos que lo diferencian del resto de la naturaleza. Rasgos que son atribuidos a un individuo abstracto, desde una perspectiva renacentista con raíz kantiana. La perspectiva renacentista pone el acento en la capacidad de razonar, de comunicarse, de crear cultura, de expresar sentimientos, etc. que distinguen a ese hombre modélico; mientras que la raíz kantiana destaca su capacidad moral y el dinamismo de la libertad que lo llevan desde la libertad de elección hasta la autonomía moral, es decir, hasta su desarrollo integral. Si bien esta concepción tiene la ventaja de proporcionar dimensiones objetivas de la dignidad, que el Derecho y el poder deben respetar y contribuir a realizar, es una visión que requiere ser completada porque en la realidad no todos los seres humanos tienen desarrolladas, de la misma manera, las capacidades que son atribuidas a ese individuo abstracto, incluso otros las tienen pero sólo en potencia, o teniéndolas no las pueden desarrollar por carecer de los medios adecuados para ello. Tener en cuenta esas circunstancias permitirá tener una visión más integradora y comprometida sobre el ser humano concreto, sobre sus riquezas y problemas, haciéndolo partícipe y no espectador del estatuto que conforma y realiza la idea de dignidad humana.

Cuarta: Teniendo a la dignidad humana como punto de partida y punto de llegada de su edificio teórico, y premunido de sus particulares elementos metodológicos, ideológicos y antropológicos, PECES-BARBA contribuye a la Teoría de la Justicia postulando un modelo de relación entre la moral, la política y el Derecho. En el grado más alto de la evolución de sus ideas, construye ese modelo con la finalidad de contribuir a un modo de

convivencia social orientado a la racionalización de las diversas esferas de la vida en sociedad y al desarrollo integral de la persona. Usando dicho modelo como marco, postula una especial forma de comprender y relacionar al Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales, teniendo en cuenta sus tres dimensiones: la moral, la política y la jurídica. De esa manera contribuye a la construcción y fortalecimiento de una sociedad libre, abierta, plural y democrática: una sociedad bien ordenada. La dimensión moral se advierte cuando se observa que estos institutos expresan una determinada idea sobre la justicia y están orientados a alcanzar el desarrollo humano. La dimensión política se hace patente por las funciones que cumplen para gestionar y solucionar los conflictos sociales y, en general, para racionalizar el poder y los diversos ámbitos de la vida social. La dimensión jurídica se manifiesta al estar expresados en auténticas normas jurídicas y constituir parte del contenido del Derecho de nuestro tiempo.

Quinta: Dicho modelo es un proyecto marcadamente prescriptivo y exigente. Es *prescriptivo* porque no pretende reflejar la realidad, ni se corresponde necesariamente con lo que ocurre en ella. Se ocupa principalmente de postular cómo debería ser esa realidad para alcanzar los objetivos que propone. No es una simple reflexión teórica, sino un esfuerzo por encontrar razones para la acción, para la crítica de la realidad y sobre todo para su transformación. En ese sentido sirve también como paradigma racional para la construcción del sistema jurídico-político que postula. Los modelos históricos, falibles e imperfectos, podrán ser valorados y criticados desde él. Es un modelo *exigente* porque si bien existen otras propuestas prescriptivas –asumiendo, por ejemplo, uno u otro valor o cualquier otro referente–, el proyecto de nuestro autor se caracteriza por el incremento de los contenidos de justicia en la relación trilateral que propone.

Sexta: Su objetivo final es la *humanización* de la sociedad y del individuo; esto es, que cada persona pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con la ayuda de todos, su autonomía moral, su desarrollo integral. El mecanismo para alcanzarla es un objetivo medial: la *racionalización* de la vida social expresada en las exigencias de la moral para que el poder sea legítimo y el Derecho sea justo. En eso consiste su idea básica sobre la Teoría de la Justicia: si el poder sustenta la validez del Derecho y garantiza la eficacia de sus

normas, si el Derecho juridifica el poder y es el mecanismo mediante el cual éste se expresa; entonces, la reflexión sobre el Derecho justo debe ser completada con la reflexión sobre el poder legítimo. No puede haber Derecho justo sin poder legítimo, y no puede haber poder legítimo sino produce un Derecho justo. Ésa es la tesis que defiende el modelo de PECES-BARBA.

Séptima: La moral relevante para ese proyecto es la *moral de la libertad*. Actúa sobre el poder y el Derecho orientándolos, presionándolos y criticándolos. Distingue entre ética pública (la moral de la política y del Derecho) y ética privada (la moral de las personas); aunque los considera dos ámbitos de la misma moral de la libertad. Admite sus conexiones e intersecciones, pero exigiendo el respeto a sus respectivos ámbitos de influencia. Ni la ética pública puede pretender ser ética privada, ni la ética privada puede invadir los espacios de la ética pública. Cada ser humano debe estar en condiciones de elegir libremente su ética privada, es decir, de asumir, diseñar y realizar su propio plan de vida, sin interferencias ni presiones de ningún tipo. A su servicio se encuentra la ética pública. Ésta prescribe los cauces y medios necesarios para que cada persona esté en condiciones de elegir y realizar su ética privada. En el modelo examinado, la igualdad, seguridad y solidaridad, orientadas hacia la libertad social, política y jurídica, son los valores que se derivan racionalmente de la dignidad humana y que constituyen el contenido básico de la ética pública. Ésta busca ser asumida y realizada por el poder e incorporada al Derecho. Cuando eso ocurre se prolonga en derechos fundamentales, principios de organización y otros principios. A través de sus exigencias se busca contribuir a que el ser humano pueda desarrollarse plenamente con el apoyo de los demás. No se trata de éticas egoístas, utilitaristas o arbitrarias. Deben responder al equilibrio entre los principios de autonomía y universalidad, respetar la igual dignidad de los seres humanos y estar orientadas a su desarrollo integral. Por lo tanto, para este modelo, no toda propuesta que se diga moral vale, o vale lo mismo que las demás. Según PECES-BARBA, su concepción actúa mejor en un marco intelectual que abarque a las Éticas basadas en el consenso, ya sea contractual o comunicativo, con una raíz kantiana. No obstante, atendiendo a que la ética privada no es otra cosa que la moral de cada persona, que la orienta a definir y realizar su propio plan de vida, resulta patente que a la ética privada le corresponde, en estricto, el procedimiento de las Éticas deontológicas de

corte kantiano para definir lo que es o no es moralmente válido en ese ámbito (es decir, le basta con una racionalidad monológica que, aunque pueda estar abierta al diálogo, no requiere del consenso con los demás para definir lo que es moralmente bueno). En cambio, al ser la ética pública la moral de la política y del Derecho, la que rige la justicia de las relaciones sociales, resulta que a ella sí le corresponde, en estricto –y según el modelo–, el procedimiento de las Éticas basadas en el consenso, ya sea contractual o comunicativo, de raíz kantiana, para definir lo que es moralmente válido en su ámbito (éstas requieren de una racionalidad comunicativa donde la participación, el diálogo y el consenso resultan imprescindibles para definir lo que es o no es moralmente correcto). Sin perjuicio de ello, atendiendo a la influencia republicana que caracteriza el pensamiento de nuestro autor, que lo llevan a exaltar el diálogo y la participación como expresiones de una acción comunicativa de debate, de reflexión en común, de propuesta y de acuerdos, conducentes a la ordenación justa de la sociedad, así como a la solución de los conflictos de intereses que se pueden presentar; resulta patente que las Éticas comunicativas son un marco intelectual mucho más apropiado para su idea de ética pública que lo que las Éticas contractualistas pudieran significar. En cualquier caso, en su modelo, la moral de la libertad requiere de un espacio público que facilite la existencia de diversas ofertas, donde todos puedan, sin excepción alguna y en igualdad de condiciones, intervenir en los debates y deliberaciones que se producen o que se puedan producir; que se mantenga las reglas del “juego limpio” y la lealtad al sistema y que se respete el disenso siempre que éste no suponga un rechazo generalizado a las reglas de juego, ni la desobediencia generalizada a sus normas.

Octava: Para este modelo, sólo cuando la ética pública ha sido asumida por el poder se convierte en ética pública política, y cuando ha sido positivizada –mediante los cauces jurídicos previstos para ello– en ética pública jurídica. Cuando esto último ocurre, la ética pública integra la norma fundante básica del Derecho (la norma que sirve para identificar lo jurídico), pasando a ser criterio de validez de las restantes normas jurídicas. Mientras ello no suceda, la ética pública actúa tan sólo como moralidad crítica. Por eso la propuesta de PECES-BARBA, a pesar de presentar una conexión con criterios de moralidad, no puede ser calificada de iusnaturalista: la moralidad sólo resulta jurídica si es que ha sido incorporada por el poder al Derecho. Pero tampoco puede ser calificada de

positivista, por lo menos no en el sentido clásico o formal, ya que las dimensiones de moralidad positivizadas son consideradas como criterios de definición de lo jurídico. Su propuesta puede ser calificada como perteneciente a un *positivismo inclusivo o incluyente*, ya que considerándose positivista se encuentra abierta a la moral y a la realidad social.

Novena: El poder político relevante para la relación trilateral entre la moral, la política y el Derecho, propuesta por PECES-BARBA, es el Estado. Eso no significa prescindir de los demás actores o sujetos sociales que ejercen alguna forma de poder político. Simplemente reconocer que el Estado es la forma de organización política de las sociedades modernas. No se trata de cualquier tipo de Estado. En el modelo prescriptivo de nuestro autor se trata de un Estado de Derecho, definido como la síntesis integradora de la legitimidad del poder y de la justicia del Derecho, al identificar a la ética pública en sus vertientes política y jurídica. Tampoco se trata de cualquier tipo de Estado de Derecho. En el modelo exigente examinado se trata del proyecto de la Ilustración y la Modernidad que desemboca en el Estado social y democrático de Derecho, por ser capaz de integrar e impulsar, conjunta y equilibradamente, los cuatro valores de la Modernidad con sus extensiones en derechos fundamentales y otros principios, para alcanzar los objetivos de racionalidad y humanidad que el modelo persigue.

Décima: En este modelo, ese tipo de Estado de Derecho se expresa en su vertiente política como un poder político que pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, como dinámica que va desde la libertad de elección hasta la autonomía moral, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos. Para tal efecto, cuenta en el modelo con especiales características y, a causa de su función social, debe preocuparse de la justificación moral de sus normas para tener legitimidad. Debe interrelacionarse con la ética pública para que su actividad no sólo sea exitosa sino también moralmente correcta; aceptar ser racionalizado y producir un Derecho justo para garantizar y promover la humanización del individuo y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Un cierto tipo de Estado que funciona como un poder único (soberano), abierto a la moralidad y a la realidad social; un poder institucionalizado (porque ejerce la fuerza a través del Derecho y con arreglo a unos valores que la justifican) y como poder

complejo (debido a que presenta plurales fuentes en su estructuración). Es además el hecho fundante básico del Derecho, el que sustenta su validez y garantiza su eficacia, así como las de cada una de sus normas jurídicas. Cuenta con el poder para asumir y definir qué contenidos específicos de la ética pública pasarán a ser parte de su programa y ser incorporados como normas jurídicas de su ordenamiento. Por ese motivo, el modelo exige un poder democrático ya que sólo éste es capaz de decidir racionalizarse y justificarse mediante la positivación de valores, principios y derechos fundamentales, a sabiendas de que actuarán sobre él delimitándolo y restringiendo su capacidad de actuación. Un poder democrático, abierto hacia esquemas propios de la democracia deliberativa, y que otorga primacía al Parlamento. Un poder que expresa fuerza más consenso, al estar legitimado mediante el consentimiento y la participación de sus ciudadanos –tanto en su origen como en su ejercicio–, como por el hecho de haber asumido y positivizado los contenidos de la ética pública expresados en valores, principios y derechos. Un poder que permite que el Derecho actúe sobre él racionalizando, mediante el establecimiento de límites y criterios de organización, expresados en derechos fundamentales y otros principios tales como: el imperio de la ley, la separación de poderes, la neutralidad de la Administración, la distribución y control del poder, la garantía de la Constitución, entre otros. Poder que toma sus decisiones colectivas mediante el principio de las mayorías y el de negociación, evitando sus patologías.

Undécima: Según el modelo, este tipo de Estado de Derecho se expresa en su vertiente jurídica en un Derecho configurado como sistema normativo estatal, cuya unidad se encuentra representada por la norma básica de identificación de normas –que comprende criterios formales y materiales de validez jurídica–, y cuya plenitud y coherencia son exclusivamente formales al existir un órgano competente encargado de resolver los vacíos, defectos o antinomias del sistema. Transmite la fuerza jurídica a los contenidos de la ética pública que le han sido incorporados. Presenta en este modelo una alta dosis de moralidad, al estar integrado por los cuatro valores superiores que provienen de la Modernidad: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, así como por los derechos fundamentales y los principios de organización y otros principios que se derivan de aquéllos. Todos ellos integran la dimensión material de la norma básica de identificación

de normas. Los valores superiores aparecen como los máximos ideales erigidos por la sociedad en objetivos a realizar por el poder político a través del Derecho. Los derechos fundamentales se presentan como instrumentos para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran la dignidad humana y la libre elección de la ética privada de las personas. Por su importancia para concretar la libertad igualitaria, con solidaridad y en un contexto de seguridad jurídica, destacan entre ellos los derechos económicos, sociales y culturales. En el modelo de nuestro autor tal tipo de derechos son comprendidos desde una concepción que evoluciona de una teoría dualista, que integra la dimensión ética y jurídica en la definición de los derechos –reconociéndole un importante rol al poder político–, a una teoría que podríamos llamar de “trilateralista” por incorporar a la eficacia como nuevo elemento para lograr una visión integradora de este tipo de derechos. En ese escenario los principios aparecen, por un lado, como elementos normativos que se encargan de estructurar el Derecho para que éste se adecue a los valores superiores, y de configurar el poder contribuyendo desde esa condición a su racionalización y legitimación (son los principios de organización); y, por otro, como criterios que establecen fines, modelando el ordenamiento de conformidad con ellos, e instruyendo a los operadores jurídicos de los cauces para tener un comportamiento correcto en la producción, aplicación e interpretación del Derecho (son los principios que establecen criterios para la acción). La conexión de este Derecho con dimensiones de moralidad, que cuando están legalizadas aparecen como criterios de validez de lo jurídico, hace que su interpretación se conecte con criterios morales y políticos. La filosofía moral y política que se siga influirá decididamente en la interpretación de los valores, derechos y principios; por ende, en la interpretación del resto de normas jurídicas.

Duodécima: El modelo requiere, para su realización, de una sociedad que trate a cada ser humano como un fin en sí mismo y no como un simple medio; que reconozca en cada persona a un sujeto que trasciende a la sociedad y al propio Estado y que está llamado a alcanzar, con su esfuerzo pero con la ayuda de los demás, su autonomía moral, el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su humanidad. Una sociedad que respete, facilite y promueva todas las dimensiones de la igual dignidad de cada persona; que esté acostumbrada al ejercicio cotidiano de los valores de la cultura democrática y

que no esté dispuesta a dejarse arrebatar su libertad. Requiere también, de un individuo solidario y comprometido con el desarrollo de los demás, que no sea egoísta e irresponsable frente al bienestar de su comunidad. Un individuo que participe activamente en la vida social para desplegar integralmente y contribuir al máximo desarrollo posible de su comunidad. Estamos ante un modelo que asume una antropología de respeto y confianza moderada en el ser humano, desde un optimismo realista, donde se destaca el eminente valor de la persona, pero también la importancia de la sociedad. Una concepción que elimina cualquier separación drástica entre el interés del individuo y el interés de la comunidad, aunque orientada siempre al desarrollo integral de la persona.

ANEXO

**Carta manuscrita dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez a
Reynaldo Bustamante Alarcón, de fecha 16 de agosto de 2006**

Gregorio Peces-Barba Martínez
Rector de la
Universidad Carlos III de Madrid

16 de Agosto

Querido Ruybaldo:

Muchas gracias por tu carta de 24 de Julio y por tus buenos deseos para mis vacaciones de verano. Espero también que estés desahogado, con tu familia en Perú, y que vuelvas con renovadas fuerzas. Me alegro de lo que me dices de Rafael de Aris. Lo he conocido muchos años. A lo más de mi parecer magnífico es un profesor excepcional, lleno de sabiduría y de conocimientos pese a su juventud. Ante de entrar a comentar los problemas que me planteas quiero agradecerle tu interés por mi obra, que es el trabajo de toda mi vida y que desde su dispersión y el pluralismo de sus circunstancias históricas, considero sustancialmente coherente.

Al punto 1 y 2. Efectivamente veo en la razón, pero siempre entendida en la historia, aunque un diagnóstico de un universalismo ~~abstracto~~ con valor en cada tiempo me parece acertado. La razón es histórica pero sus conclusiones en cada tiempo deben parecerse y hacerse actuales como si fueran eternas y permanentes.

Al punto tercero: La modernidad, desde el Renacimiento a la Ilustración, a mí entender los fundamentos de la democracia liberal y social y de los derechos. No sé si mi displiación está justificada pero considero poco fundadas esas críticas a las que no veo que se debe dedicar mucha atención. Es pero que en el cambio histórico se van volviendo los conceptos que hicieron de la modernidad un núcleo de civilización.

Al punto cuarto. Es cierto un diagnóstico. En un primer momento está muy influido por E. H. Carr y por un libro "Estados de Derecho y ~~1914~~

Gregorio Peces-Barba Martínez

Rector de la

Universidad Carlos III de Madrid

2
sociedad democrática. Mantiene la defensa de los valores y las instituciones
liberales, democráticas y sociales y acepta, aunque en el fondo no estaba
muy convencido, la posibilidad de, en ese contexto, avanzar hacia una eco-
nomía socialista. Después comprendí lo imposible de ese supuesto
y me ~~adité~~ situé más en un socialismo democrático, liberal y reformista
donde presta la actividad económica. Suplemento anterior, me pareció más
posible, también en ese tema un papel reformista. El tema del derecho
al trabajo como derecho absoluto a obtener un puesto de trabajo me parece
imposible cuando el empleador es mayoritariamente privado. Técnicamente
no se puede considerar como derecho fundamental, como tampoco la propie-
dad por su imposible contenido igualitario. Por imposibilidad técnica
en un caso y por la imposible generalización en el segundo, voy a consid-
rando que los dos derechos más queridos por capitalismo y socialismo
no pueden situarse en la categoría de los derechos fundamentales. No voy a
hacer diferencia entre socialismo democrático y social democracia. El socialis-
mo más genuino con inspiración marxista se llama social democracia.
Lo parece que los dos denominaciones se refieren al socialismo reformis-
ta, hoy, sea cual sea su origen histórico. Es correcta su interpretación
general, pero no lo bautice distinguiéndole por nombres que signifi-
can lo mismo.

Al punto quinto creo que siempre he tenido un fondo de republica-
nismo en mi pensamiento, aunque quizás en otros anteriores, sin
adoptar la denominación, sino desde una síntesis de lo liberal, lo demo-
crático y lo social. ¿No es el republicanismismo algo que tome de los
tres elementos para su identificación? Creo que se distingue por la
forma en que los concibe y por las dimensiones de cada uno.

Gregorio Peces-Barba Martínez
Rector de la
Universidad Carlos III de Madrid

que desuete.

En relación con el punto nexto donde plantea los problemas que le suscita mi concepción sobre el Derecho, estoy en general de acuerdo con su interpretación. Le haré las siguientes observaciones:

1) La distinción entre ética privada y ética pública tiene la función de precisar, desde mi punto de vista la relación (relación) entre ética y Derecho, que se refiere a la ética privada, pero no a la pública. Así queda claro que la ética que debe influir sobre el Derecho es la pública, y que la privada solo debe hacerle cuando el Derecho y la ética pública pueden dar una dimensión relevante de la ética privada, y estamos ante la institución de la objeción de conciencia, una consideración no conyuga de ~~la~~ a las discrepancias sino a una posición ilustrada y respetuosa del Derecho y de la ética pública. Sin ese reconocimiento jurídico no estamos ante la objeción sino ante la desobediencia.

2) No hay diferencia entre la ética pública que el Derecho de la modernidad que me parece el deber ser ~~por~~ adecuado, pero reconozco que el poder puede proponer otros modelos de ética pública, que no dejan de ser Derecho, si se paritividad. Eso no permitiría valen a un sistema como ~~un~~ Derecho injusto y poder ilegítimo, pero no dejaría de ser Derecho si es eficaz, si poder si es efectivo.

3) La validez del Derecho, su consideración jurídica se plantea desde un sistema mixto, que recoge las dimensiones formales de identificación, origen, modo de producción y procedimiento y los materiales respecto a la ética pública paritividad en las normas imperantes.

4) Es correcto su interpretación de que las éticas privadas deben ser susceptibles de una aceptación general (universalidad). También es cierto

Gregorio Peces-Barba Martínez
Rector de la
Universidad Carlos III de Madrid

que no aprecio interior de contenido con alguna excepción y solo señalé los objetivos de la ética privada: al cuidar el desarrollo integral de cada persona, que para mí es esencial en la salvación, en el bien, en la virtud o en la felicidad.

Solo señalé que el punto de partida radical y común a la ética privada y a la pública es la defensa y la promoción de la dignidad humana. No creo que un filósofo del Derecho, debe inventarse los contenidos de un modelo de ética privada, más allá del establecimiento de la distinción, salvo si parte del presupuesto de que ^{no es único.}

5) Hay una conexión necesaria entre Derecho y ética pública pero no en el sentido naturalista, desde no se distingue entre ética pública y ética privada sino en uno más neutral: todo Derecho expresa siempre un punto de vista sobre la justicia y en este tema no hay una sola respuesta correcta, aunque a mí me parece más aceptable la ética pública de la no dominación, la liberal, democrática y social. En el resto estoy de acuerdo con su planteamiento. Ese modelo específicamente podría ser un referente de "deber ser" como la expresión de la racionalidad del Derecho válida para el tiempo histórico que llamaríamos no dominación, y en el que caben diferentes propuestas y desde luego un derecho igual de todos a participar en igualdad de condiciones en los debates y en las deliberaciones. No tengo un planteamiento naturalista, sino un positivismo abierto a la moralidad pública. Hasta ahí he llegado y algo le debe quedar para señalar también mis lagunas y mis omisiones.

3) La ética privada está bien caracterizada por usted en mi pensamiento. Ya le he respondido ~~antes~~ anteriormente sobre los contenidos de la ética privada. Cualquiera propuesta que respete y parte de la dignidad humana y conduzca a la consecución del bienestar de ^{que favorece} su desarrollo integral será adecuada, con respeto al pluralismo y siempre que la propuesta no sea extirpante y pueda tener un contenido igualitario que todos puedan asumir.

Gregorio Peces-Barba Martínez

Rector de la

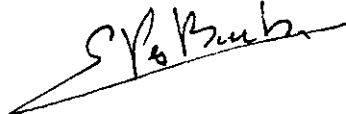
5 Universidad Carlos III de Madrid

a) En relación al poder político relevante para mi modelo en diez años
lo es fundamentalmente coincidente con mi planteamiento. Es más
propio mi modelo de la democracia representativa, aunque abierto a la dimen-
sión participativa, que debe facilitar un modelo ~~de~~ ^{de} educación para
la ciudadanía. En todo caso no hay, para mí, democracia si no se pro-
cede ~~de~~ ^{de} la dimensión representativa, aunque hay que compatibilizar con la
dimensión participativa. No deben considerarse ni como excluyentes ni como
incompatibles.

Le agradezco mucho el esfuerzo que está haciendo para sistematizar
sus ideas, le ruego que lo haga desde un sentido crítico. Creo que sus
ideas son coherentes y cabe organizarlas sistemáticamente, pero la coherencia
de fondo no excluye una dispersión que hace más difícil su trabajo.

Espero que nos veamos a partir de su vuelta

Con afecto y un abrazo



BIBLIOGRAFÍA

1. Bibliografía de Gregorio Peces-Barba

PECES-BARBA, Gregorio. “Política: esencia y existencia”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, N° 2, noviembre de 1963, p. 6.

- “Sobre el papel de un movimiento político de inspiración personalista”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, N° 30, 1966, pp. 29-30.
- “El personalismo, hoy”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, (números extraordinarios), N° VII, febrero de 1968, pp. 39-41.
- “Verdad y sociedad política”, artículo de prensa publicado en: *Diario Madrid*, 18 de abril de 1969, p. 3. En dicho artículo utiliza el seudónimo de: “Matías Alarcón”.
- *El pensamiento social y político de Jacques Maritain*, –tesis doctoral–, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, curso 1969-1970, copia existente en la Universidad Carlos III de Madrid.
- “La misión del abogado”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, N° 83-84, agosto-septiembre de 1970, p. 19.
- “El fariseísmo de algunos demócratas”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, N° 87, diciembre de 1970, p. 31.
- “Procesos y castigos, Reflexiones y experiencias sobre procesos políticos”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, (números extraordinarios), N° XXVIII, diciembre de 1971, pp. 43-45.
- “El desarrollo político como desarrollo humano”, en: *Revista de la Universidad de Madrid* (el tema monográfico era: “Sobre el concepto de desarrollo político”), Vol. XXI, N° 81, 1972, Madrid, pp. 163-181. Fue publicado luego con el nombre de “Introducción: De Derecho y Política. Desarrollo Político Humano y Derechos Fundamentales”, como parte integrante del libro: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (biblioteca universitaria guadiana), Guadiana de Publicaciones,

- Madrid, 1973, pp. 16-48. Posteriormente publicado con el nombre original en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 77-99. Aquí se cita la versión que fue publicada en esta última obra.
- *Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain*, (Cuadernos para el Diálogo), Edicusa, Madrid, 1972, es la publicación de la tesis doctoral de Peces-Barba.
 - *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (biblioteca universitaria guadiana), Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973. Este libro tiene también una segunda (1976), tercera (1980) y cuarta edición (1983). Por lo menos el primer capítulo de la segunda edición tiene modificaciones respecto de la primera, básicamente referidos a profundizar sobre la tesis dualista de los derechos fundamentales y el rol del poder como nexo entre la moral y el Derecho. La cuarta edición es prácticamente una reimpresión de la tercera edición. Salvo que sea necesario lo contrario, en este trabajo se cita la primera edición.
 - “Las declaraciones liberales de derechos: A Juan XXIII, con respeto y agradecimiento”, en: *Cuadernos para el Diálogo*, (Extraordinario), Nº 35, junio de 1973, pp. 16-18.
 - “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Número 15, 1975, Granada, pp. 279-305. Posteriormente publicado en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 241-268. Aquí se cita tal como apareció en esta última obra.
 - “Socialismo y Libertad”, en: *Sistema*, Nº 9, abril de 1975, pp. 67-95. Publicado también con el mismo nombre en el libro colectivo *Política y derechos humanos*, Fernando Torres editor, Valencia 1976; y luego en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 133-162. Aquí se cita tal como aparece en este último libro.
 - “Socialismo y Estado de Derecho”, texto de la conferencia pronunciada en las Jornadas Socialistas de El Escorial el 18 de agosto de 1976, fue reproducido primero en *Sistema*, Nº 15, octubre de 1976, pp. 61-72; luego en el libro de las jornadas con el título genérico de *Socialismo es Libertad*, Edicusa, Madrid, 1976; finalmente fue publicado en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 163-180. Aquí se cita la publicación hecha en este último libro.
 - “Notas sobre derechos fundamentales, Socialismo y Constitución”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 17-18, abril de 1977, Madrid, pp. 89-97. Luego publicado en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 181-192.

- “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales”, artículo elaborado como contribución al *Libro-homenaje al profesor Corts Grau*, Universidad Literaria de Valencia, 1977. Posteriormente publicado en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 193-218. Aquí se cita tal como apareció en este último libro.
- “Depasser les nationalismes”, en: *La nouvelle revue socialiste*, Nº 36, Diciembre de 1978, p. 49.
- “A modo de explicación”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 15-17. Es la Introducción de este libro.
- “La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 21-76.
- “Reflexiones sobre Derecho y Poder”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, (Civitas Monografías), Civitas, Madrid, 1978, pp. 219-239. Este artículo fue inicialmente elaborado como contribución a los *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Editora Nacional, Madrid, 1979, Tomo II, pp. 633-648, pero no se publicó como tal sino hasta después de que apareció la edición del libro precedentemente citado. Aquí se cita como aparece en aquel libro.
- “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, publicado inicialmente por la Universidad de Murcia, es el reflejo de las Cuartas Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho celebradas en 1978; posteriormente ampliado, completado y publicado en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 195-213. Aquí se cita tal como apareció en esta última obra.
- “Consideraciones sobre el significado y el valor del Estado”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 38-39, octubre 1980, Madrid, pp. 3-27.
- *La Constitución española de 1978, Un estudio de Derecho y Política*, Obra publicada con la colaboración de Prieto Sanchís, s/l, s/e, 1980.
- “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987)”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 1, 1981, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 171-253. Posteriormente reelaborado y publicado nuevamente en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 19-118.
- “Reflections on economic, social and cultural rights”, en: *Human rights law journal*, traducción de Robert Norris, Volumen 2, Nº 3-4, Julio-Diciembre de 1981, pp. 281-294.

- “Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 61, 1981, Madrid, pp. 95-127.
- “El Derecho y el amor: Sus modelos de relación”, en: *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 67, 1982, Universidad Complutense, Madrid, pp. 65-79. Publicado posteriormente en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 219-238.
- *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982. Hay una segunda versión de esta obra que dio origen a: “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, trabajo de Peces-Barba que aparece en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales, Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, bajo la dirección de Gregorio Peces-Barba y otros, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, Tomo I, pp. 15-263.
- *Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1983. Hay una reimpression de 1986. Este libro incorpora dentro de su contenido otras de las obras del autor (luego de su correspondiente revisión y modificación para conseguir una síntesis armoniosa), como son: (i) *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, (1973-1976); (ii) “Notas sobre el concepto de derechos fundamentales” (1977-1978), donde profundiza básicamente en el rol e importancia del poder; y, (iii) “Socialismo y Libertad” (1975-1978), donde se refiere a los aportes del socialismo a la cultura de los derechos fundamentales. La cuarta edición de 1983, de *Derechos Fundamentales*, es prácticamente una reimpression de la tercera edición. La tercera edición se sustenta a su vez en una segunda edición del libro original: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*. Por lo menos el primer capítulo de esta segunda edición contiene modificaciones respecto a la primera edición, básicamente referidos a profundizar en la tesis dualista de los derechos fundamentales y el rol del poder como nexo entre la moral y el Derecho. Cuando en este trabajo se hace referencia al libro: *Derechos Fundamentales*, se estará citando su cuarta edición de 1983, reimpressa en 1986.
- *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (Serie de Derecho), Debate, Madrid, 1983 (hay una cuarta reimpression de 1993).
- “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 2, 1983, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 333-345. Posteriormente reelaborado y publicado en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 215-226. Aquí se cita tal como apareció en este último libro.
- *Los valores superiores*, (1984), primera reimpression, Tecnos, Madrid, 1986.

- “Nota sobre la Justicia”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo 1, 1984, Madrid, pp. 251-263. Se publicó luego en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 203-218. Aquí se cita como apareció en esta última obra.
- “Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho”, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 1, 1984, pp. 187-191.
- “Notas para la historia de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 3, 1984-85, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 221-252. Posteriormente reelaborado y vuelto a publicar con el nombre de: “Notas para la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 119-151.
- “Reflexiones sobre la paz”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 67, julio de 1985, Madrid, pp. 33-43; que se gestó en una conferencia pronunciada el 21 de mayo de 1985 en la Sociedad de Estudios Internacionales de Madrid. Fue posteriormente publicado, con pequeñas modificaciones, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 265-278.
- “El profesor Elías Díaz”, en: *Anthropos: boletín de información y documentación*, Nº 62, 1986, pp. 47-48.
- “Reflexiones sobre el Parlamento”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 10, marzo de 1986, Madrid, pp. 207-219.
- “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 4, 1986-87, (Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez), Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 219-258; posteriormente publicado en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 227-264.
- “Los deberes fundamentales”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 4, 1987, pp. 329-341. Este trabajo es la segunda parte de la voz “Diritti e Doveri Fondamentali”, que fue enviado en italiano para ser publicado en la nueva edición del *Novissimo Digesto*. Publicada también en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 353-370. Aquí se cita tal como apareció en *Doxa*.
- “Los valores superiores”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, 1987, pp. 373-388. Publicado posteriormente en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales,

- Madrid, 1993, pp. 239-260. Aquí se cita tal como apareció en la primera de las obras nombradas.
- “Notas para la filosofía de la tolerancia en Holanda, en Gran Bretaña y en las colonias americanas en los siglos XVI y XVII”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 153-191.
 - “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia –los derechos fundamentales entre la moral y la política–”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, (EUDEMA Universidad: Textos de Apoyo), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988, pp. 215-226. Este artículo es una reelaboración del que anteriormente fuera publicado en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 2, 1983, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 333-345. Aquí se cita tal como apareció en aquel libro.
 - “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5, 1988-89, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 159-176. Posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 371-392.
 - “Los derechos del hombre en 1789 –Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa–”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº VI, 1989, Madrid, pp. 57-128. Posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 21-118.
 - “Sul fondamento dei diritti umani: un problema della morale e del diritto”, en: *Sociología del diritto*, traducción de Valerio Pocar, Volumen 16, Nº 1 (genn. – apr. 1989), pp. 101-116.
 - “El socialismo y el derecho al trabajo”, inicialmente publicado en: *Sistema*, Nº 97, julio de 1990, Madrid, pp. 3-10; posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 413-423. Aquí se cita tal como apareció en este último trabajo.
 - “La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 6, 1990, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 215-229. Posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 263-279. Aquí se cita tal como aparece en este último libro.
 - “Une définition normative du droit”, en: *Droits: revue française de théorie*, Nº 11, 1990, pp. 51-54.

- “Diritti e doveri fondamentali”, en: *Digesto*, traducción de Eduardo Rozo Acuña, Volumen 5, 1987-1991, UTET, Torino, pp. 139-159.
- *Curso de Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas Gascón, EUDEMA (Ediciones de la Universidad Complutense), Madrid, 1991. Los temas de este libro se encuentran más desarrollados en la obra del mismo autor: *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, (1995), con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, reimpresión de 1999. Por eso en este trabajo se cita principalmente esta última obra.
- “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, en: *Funciones y fines del Derecho*, Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1992, pp. 247-272. Posteriormente publicado en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 281-320. Aquí se cita tal como apareció en la primera de las obras mencionadas.
- “The majority principle seen from philosophy of law”, en: *Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, pp. 71-82.
- “Concepto y problemas actuales de los derechos fundamentales”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 1, Año I, Febrero-Octubre 1993, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 76-86.
- “Derechos Fundamentales”, en: *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 321-351. Este trabajo es la versión castellana de la primera parte de “Diritti e Doveri Fondamentali” que se publicó en italiano en el *Novissimo Digesto*.
- *Derecho y derechos fundamentales*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Ética, Política y Derecho, El paradigma de la modernidad”, publicada en: *Ética pública y Derecho*, Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Fraga Iribarne, Sesión de 19 de abril de 1993, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993. El discurso se encuentra publicado también, en formato de artículo, como parte del libro del mismo autor: *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, (Cuadernos y Debates, N° 54), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 53-107. Aquí se cita la primera de las versiones nombradas.

- “Introducción”, en: AA.VV. *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pp. 9-18.
- “Prólogo”, en: LLAMAS, Ángel. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, pp. 7-11.
- “[Reseña de] Prieto Sanchís, Luis, ‘Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico’. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992.”, en: *Revista de las Cortes Generales*, Nº 28, 1993, pp. 419-436.
- *Teoria dei diritti fondamentali*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas, la cura de Vincenzo Ferrari, la traducción de Letizia Mancini y la presentación de Norberto Bobbio, Milano - Dott. A. Giuffrè, 1993.
- “La libertad del hombre y el genoma”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 2, Año I, octubre de 1993-marzo de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 317-335.
- *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, (1995), con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, reimpresión de 1999.
- “Derechos fundamentales y principios de organización del poder”, en: *Liber amicorum, Antonio Fernández-Galiano*, coordinado por Jesús Ayllón, Gaspar Escalona y María Eugenia Gayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995, pp. 669-688.
- *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, (Cuadernos y Debates, Nº 54), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. El contenido de este libro ha sido posteriormente publicado, con el mismo nombre, en: AA.VV. *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 253-363. También hay una edición del 2000 del primero de los libros mencionados. En ambos casos no se han introducido mayores cambios con relación a la versión original. Aquí se cita la primera edición del primero de los libros nombrados.
- “Legal security from the point of view of the philosophy of law”, en: *Ratio juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Volumen 8, Nº 2, Julio de 1995, Oxford, pp. 127-141.
- “Valores jurídicos y políticos de la cultura europea”, en: *Economía y Sociedad. España y Europa en la década de los noventa*, Consejo Social de la Universidad de Valladolid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Valladolid, 1995, pp. 43-74.

- “Los valores de Europa”, en: *Anuario. Residencia de Estudiantes “Fernando de los Ríos”*, Año 1995-1996, Madrid, pp. 173-187.
- *La democracia en España, Experiencias y Reflexiones*, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1996.
- “Ética pública-ética privada”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XIV, 1997, pp. 531-544. Este artículo ha sido posteriormente publicado con el nombre de “Ética Pública-Ética Privada” en: (i) la separata del libro: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp. 1225-1239; y, (ii) *Dereito*, Volumen 7, N° 1, 1998, pp. 165-182. Aquí se cita tal como aparece en el mencionado *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- “Joaquín Ruiz-Giménez educador de muchedumbres”, en: *La fuerza del diálogo, homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez*, Alianza, Madrid, 1997, pp. 99-105.
- “Dall’uguaglianza normativa all’uguaglianza reale. La riserva di quote elettorali per le donne”, en: *Teoria politica*, Volumen 15, N° 2-3, 1999, pp. 235-246.
- “De la función de los derechos fundamentales”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 131-145.
- “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 7, Año IV, Enero 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 15-34. Este artículo también ha sido publicado en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 91-110. Aquí se cita tal como apareció en la mencionada *Derechos y Libertades*.
- “Droit et pouvoir: le pouvoir et ses limites”, en: *Revue du droit public et de science politique en France et a l’étranger*, Année 115, N° 5, Septiembre-Octubre de 1999, pp. 1263-1281.
- “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 111-130.

- “El protagonismo del Parlamento”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 147-161.
- “Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 7-66. Este artículo es la unión de dos trabajos de Peces-Barba publicados anteriormente: (i) “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en: *Política social internacional y europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto Francisco de Vitoria, Cátedra de Concepción Arenal, Madrid, 1996; y (ii) “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su génesis y su concepto”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 6, Año III, febrero de 1998, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 15-34.
- “Sobre el positivismo jurídico”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 83-89.
- “Derecho y Fuerza”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 93-121.
- “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en: AA.VV. *Los derechos: Entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2000, pp. 169-180. Trabajo aportado por su autor al homenaje que *Teoría Política* dedicó a Norberto Bobbio en su noventa aniversario.
- “Diritti sociali: origine e concetto”, en: *Sociología del diritto*, traducción de Andrea Greppi, texto de la conferencia impartida en la Universidad de Milán el 26 de Octubre de 1999, Volumen 27, Nº 1 (genn. –apr. 2000), pp. 33-50.
- “Ética pública y ética privada”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 83-90.
- “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 319-352.

- “Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes”, en: *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº 3, junio de 2000, pp. 3-16.
- “Fundamental rights: between morals and politics”, en: *Ratio juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Volumen 14, Nº 1, Marzo del 2001, Oxford, pp. 64-74.
- “Il contributo della filosofia del diritto alla Costituzione spagnola del 1978”, en: *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, traducción de Andrea Greppi, con la cura de Vincenzo Ferrari, Paola Ronfani y Silvia Stabile, Franco Angeli, Milano, 2001, pp. 683-696.
- “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, con la colaboración de Javier Dorado Porras como autor secundario, en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales. Siglo XVIII: El contexto social y cultural de los derechos, Los rasgos generales de evolución*, dirección de Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001, Tomo II, Volumen I, pp. 3-219.
- *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, (2002), segunda edición, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003. Esta segunda edición reproduce prácticamente de manera inalterada el contenido de la primera edición de 2002. Aquí citamos siempre la segunda edición.
- “Reflexiones sobre la democracia en la sociedad”, en: *La democracia a debate*, et. al.: Rafael de Asís Roig; eds.: José Antonio López García, José Alberto del Real Alcalá, Ramón Ruiz Ruiz, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 43-56.
- “El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XX, 2003, pp. 39-61.
- “Parlamento, libertad civil y democracia”, en: *De las Cortes históricas a los Parlamentos democráticos: Castilla y León, siglos XII-XXI*, –Actas del Congreso Científico, Benavente, 21-25 de octubre de 2002–, directores: Eduardo Fuentes Ganzo, José Luis Martín, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 475-487. El texto de este artículo corresponde a la transcripción de la intervención oral efectuada por Peces-Barba en el marco de dicho Congreso Científico.
- “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales, Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII*, bajo la dirección de Gregorio Peces-Barba y otros, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, Tomo I, pp. 15-263. Hay una primera versión de este último trabajo que dio

- origen al libro del mismo autor: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.
- *Lecciones de Derechos Fundamentales*, (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho), con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés, Dykinson, Madrid, 2004. Como el propio Peces-Barba lo señala en su prólogo (p. 15), estas Lecciones son, básicamente, el resultado de un cuidadoso trabajo de síntesis de su obra *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, efectuado por los profesores Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés, aunque con una atenta lectura de su parte y un capítulo agregado de Rafael de Asís Roig sobre la interpretación de los derechos. Por esa razón, en esta investigación preferimos citar su *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*.
 - *Théorie générale des droits fondamentaux*, traducción de Ilié Antonio Pelé, presentación de Samir Nair y prefacio de André-Jean Arnaud, LGDJ, París, 2004.
 - *La España civil*, (Voces Libres), Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2005.
 - “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, en: AA. VV. *Desafíos actuales a los derechos humanos: La violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, (Debates del Instituto Bartolomé de las Casas), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 15-36. El citado artículo reproduce parte del libro del autor: *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, con algunas referencias y explicaciones adicionales.
 - *Carta manuscrita*, dirigida a Reynaldo Bustamante Alarcón, de fecha 16 de agosto de 2006, pp. 1-5.
 - “Derechos humanos, especificación y discapacidad”, en: AA.VV. *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, edición a cargo de Ignacio Campoy Cervera y Agustina Palacios, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, pp. 359-375.
 - “Carta a los profesores”, en: AA.VV. *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, edición de Gregorio Peces-Barba, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa Calpe, Madrid, 2007, pp. 11-14.
 - “De la secularización a la laicidad”, en: AA.VV. *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, edición de Gregorio Peces-Barba, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa Calpe, Madrid, 2007, pp. 316-325.

2. Bibliografía general

ABRAMOVICH, Víctor; y, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (2002), (Colección Estructuras y Procesos), segunda edición, Trotta, Madrid, 2004.

ADORNO, Theodor W; y HORKHEIMER Max. *La dialéctica de la Ilustración* (1947), Trotta, Madrid, 1994.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica, La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

- *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, traducción de Manuel Atienza, Nº 5, 1988, pp. 139-151.

ANDORNO, Roberto L. “Incidencia de la fecundación ‘in vitro’ sobre la distinción entre personas y cosas”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Nº 26, 1992, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 9-27.

ANSUÁTEGUI, Francisco Javier. “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos. Comentario del libro de Gregorio Peces-Barba ‘Curso de derechos fundamentales (I, Teoría General)’”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 2, Año I, octubre de 1993-marzo de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 657-670.

- “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, en: *Sistema*, Nº 158, Septiembre de 2000, Madrid, pp. 91-114.
- *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 2, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1997.

AÑÓN, María José. *Necesidades y derechos, Un ensayo de fundamentación*, (El Derecho y la justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

APEL, Karl-Otto. *La transformación de la filosofía*, volumen II, Taurus, Madrid, 1985.

- “¿Límites de la ética discursiva?”, Epílogo, en: CORTINA, Adela. *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Sígueme, Salamanca, 1985, pp. 233-264.

APEL, Karl-Otto, CORTINA, Adela; y otros. “Prólogo”, en: AA.VV. *Ética comunicativa y democracia*, K.-O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Michelini editores, Crítica, Barcelona, 1991, pp. 7-11.

ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder, Introducción a una teoría constitucional del control*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

- “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 19, Año 7, enero-abril 1987, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 15-52.
- “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 17, Año 6, mayo-agosto 1986, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 85-136.

ARANGUREN, José Luis L. *De Ética y de Moral, Lo que sabemos de Moral, Moral de la vida cotidiana, personal y religiosa*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1991.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, (Clásicos políticos), quinta edición, traducción de María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ARNAUD, André-Jean; y, FARIÑAS DULCE, María José. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

ATIENZA, Manuel. “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo Nº XIV, 1997, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, pp. 465-484.

- “Una clasificación de los derechos humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 4, 1986-87, (Homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez), Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, pp. 29-43.

ATIENZA, Manuel; y, RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, (Ariel Derecho), Ariel, Barcelona, 1996.

AA.VV. *Biblia de América*, traducción íntegra de los textos originales con introducciones, notas y vocabulario bíblico, s/t, aprobada por la Conferencia del Episcopado Mexicano, y autorizada por la Conferencia Episcopal de Colombia y la Conferencia Episcopal de Chile, La Casa de la Biblia, PPC, Sígueme, Verbo Divino, Madrid, 1999.

AA.VV. *Historia general del socialismo*, (Colección DestinoLibro), traducción: Elvira Méndez, Pablo Rodríguez, publicada bajo la dirección de Jacques Droz, Presses Universitaires de France, París, 1984 a 1986, cuatro Volúmenes.

AA.VV. *Neoconstitucionalismos*, (Colección Estructuras y Procesos), Trotta, Madrid, 2003.

AA. VV. *Problemas de la Eutanasia*, coordinador F. Javier Ansuátegui. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999. Este libro recoge el Seminario que bajo el título "Problemas de la eutanasia" se celebró, bajo la organización del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, los días 8, 9 y 10 de junio de 1998.

AA.VV. *¿Qué es Ilustración?*, (Colección Clásicos del Pensamiento), segunda edición, traducción de Agapito Maestre y José Romagosa, estudio preliminar de Agapito Maestre, Tecnos, 1989.

AA.VV. *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, (Colección Estructuras y Procesos), Trotta, Madrid, 2007.

AA.VV. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*, edición a cargo de Celia Amorós y Ana Miguel, Minerva, Madrid, 2005, 3 volúmenes.

BACCELLI, Luca. *Critica del repubblicanesimo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003.

BAÑO LEÓN, José María. "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 24, Año 8, septiembre-diciembre 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 155-179.

BARATTA, Alessandro. "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, traducción de Marino Barbero Santos, Nº 17-18, Madrid, Abril 1977, pp. 11-23.

BARCIA, Luciano. "La dignidad de la persona humana en la doctrina de la Iglesia Católica, Análisis de un tópico", en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas, volumen II, 1975, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 441-461.

BARRANCO, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

– "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 205-226.

– *El discurso de los derechos, del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 1, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996.

- *La Teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004.
- “Libertad y Poder en Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 105-120.
- “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 9, Año V, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, julio-diciembre 2000, pp. 65-91.

BARRY, Brian. *La Teoría Liberal de la Justicia, examen crítico de las principales doctrinas de “Teoría de la Justicia” de John Rawls*, (1973), (Sección de Obras de Política y Derecho), traducción de Heriberto Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

BASAVE, Agustín. “Hacia una antropología jurídica integral –La dimensión jurídica del hombre como fundamento de la Filosofía del Derecho–”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Nº 7, 1980, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 229-242.

BELTRÁN, Elena. “Público y privado –Sobre feminismos y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de lo político”, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, traducción de Manuel Atienza, Nº 15-16, 1994, pp. 389-405.

BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”, en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid, 1998, pp. 21-280.

BERTOLINO, Rinaldo. “La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, traducción de Andrea Greppi, Nº 7, Año IV, enero de 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 131-139.

BLANC, Louis. *Catéchisme des socialistes*, Au Bureau du Nouveau Monde, París, 1849.

BOBBIO, Norberto. “Del poder al Derecho y viceversa”, en: *Contribución a la Teoría del Derecho*, (Serie de Derecho), texto de Bobbio añadido por el profesor Ruiz Miguel en la edición de Debate, Madrid, 1990, pp. 355-367.

- “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”, en: *Contribución a la Teoría del Derecho*, (Serie de Derecho), edición a cargo del profesor Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 73-90.

- “Igualdad”, (1977), en: *Igualdad y libertad*, (Pensamiento Contemporáneo), traducción de Pedro Aragón Rincón, introducción de Gregorio Peces-Barba, Ediciones Paidós, ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, pp. 53-96.
- *Liberalismo y Democracia*, (1985), sexta reimpresión a la primera edición en español, traducción de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000
- *Ni con Marx ni contra Marx*, traducción de Lia Cabbib Levi e Isidro Rosas Alvarado, basado en la versión italiana al cuidado de Carlo Violi, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999.
- “Presentazione”, en: PECES-BARBA, Gregorio. *Teoria dei diritti fondamentali*, con la colaboración de Rafael de Asís y Ángel Llamas, la cura de Vincenzo Ferrari, la traducción de Letizia Mancini y la presentación de Norberto Bobbio, Milano - Dott. A. Giuffrè, 1993., pp. V-VIII.
- *Teoría general del Derecho*, (1960), (Serie de Derecho), cuarta reimpresión a la primera edición de 1991, traducción de Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1996.

BOECIO, Anicio M. T. S. *De persona et duabus naturis*, en: *Patrologie Latine*, tomo. 64.

BRUNO, Giordano. *Expulsión de la bestia triunfante*, (Alianza Universidad), traducción, introducción y notas de Miguel A. Granada, en colaboración con el Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

BULYGIN, Eugenio. “Tiempo y validez”, en: ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214.

BURY, John B. *La idea de progreso*, traducción de Elías Díaz y Julio Rodríguez Aramberri, Alianza, Madrid, 1971.

CALSAMIGLIA, Albert. *Cuestiones de lealtad, Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, (Paidós, Estado y Sociedad), Paidós, Barcelona, 2000.

CAMPOY, Ignacio. “Ética pública y ética privada: La formación del ciudadano y de la propia personalidad a través de la educación”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen III: Teoría de la justicia y derechos fundamentales, pp. 265-296.

CAMPS, Victoria. *Ética, retórica, política*, Alianza Universidad, Madrid, 1988.

CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio. “Discurso parlamentario sobre la Internacional”, pronunciado en la sesión del 6 de noviembre de 1871 en el Congreso de los Diputados de

España, recogido en: *Antonio Cánovas del Castillo, Historia, Economía, Política*, Gever, Sevilla, 1997, Tomo II: Discursos Políticos, pp. 293-305.

CARACCILO, Ricardo A. “Sistema jurídico y Regla de Reconocimiento”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 9, 1991, pp. 295-309.

CARRE DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la Théorie Générale de l'État – spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français–*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, Tomo I.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 1990.

CASCAJO, José Luis. “Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, en: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 189-190, mayo-agosto 1973, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 81-100.

– “La lucha por el Estado de Derecho”, en: *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, Nº 17-18, Madrid, Abril 1977, pp. 159-173.

CICERÓN, Marco Tulio. *Los Oficios, con los diálogos de la vejez, la amistad, las paradojas y el sueño de Escisión*, (Colección Austral), traducidos por Manuel de Valbuena, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1943, Libro I.

COLOMER, José Luis. “Autonomía y gobierno: sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal”, en: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 24, 2001, pp. 251-296.

– *La Teoría de la Justicia de Immanuel Kant*, (Colección: “El Derecho y la Justicia”), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

CONSTANT, Benjamín. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en: *Escritos Políticos*, traducción de M. L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 257-285.

CORTINA, Adela. *Ética mínima, Introducción a la filosofía práctica*, (1986), novena edición, Tecnos, Madrid, 2004.

– *Ética sin moral*, (1990), quinta edición, Tecnos, Madrid, 2004.

– *La ética de la sociedad civil*, (Hacer Reforma), Alauda Anaya, Madrid, 1994.

CUENCA, Patricia. “El ordenamiento jurídico en la teoría de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 369-389.

DE AQUINO, Santo Tomás. *Suma Teológica*, traducida directamente del latín por Hilario Abad de Aparicio, revisada y anotada por el R.P. Manuel Mendía, con la colaboración

del R. P. Pompilio Díaz, precedida de un prólogo del M. R. P. Ramón Martínez Vigil, Moya y Plaza Editores, Madrid, 1880.

DE ASÍS, Rafael. *Deberes y obligaciones en la Constitución*, (El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- “El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 6, Año III, febrero 1998, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 255-278.
- “El positivismo jurídico”, en: AA.VV. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 310-317.
- “Gregorio Peces-Barba Martínez: Derecho y derechos fundamentales”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 3, Año II, mayo-diciembre de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 637-646.
- “La concepción dualista de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 391-406.
- “La incursión de la discapacidad en la Teoría de los derechos: Posibilidad, Educación, Derecho y Poder”, en: AA.VV. *Los derechos de las personas con discapacidad, Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, (Debates del Instituto Bartolomé de las Casas), edición a cargo de Ignacio Campoy Cervera, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 59-73.
- *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.
- “Las tres conciencias”, en: *Ley y conciencia: Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pp. 19-35.
- “Los derechos y los deberes”, en: AA.VV. *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, edición de Gregorio Peces-Barba, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansuátegui, Espasa Calpe, Madrid, 2007, pp. 155-202.
- *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 17, Instituto de Derechos Humanos

- “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.
- “Sobre los límites de los derechos”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 3, Año II, mayo-diciembre 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 111-130.
- *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.
- DE CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales, Análisis a la luz de la Teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. *La Globalización ilustrada, Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 30, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.
- DE KONINCK, Thomas. *De la dignidad humana*, traducción de María Venegas Grau, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2006.
- DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado*, quinta edición, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1996.
- DE LA MIRÁNDOLA, Pico. *De la dignidad del hombre, con dos apéndices: Carta a Hermolao Bárbaro y Del ente y el uno*, (Biblioteca de la literatura y el pensamiento universales), edición, introducción, traducción y notas de Luis Martínez Gómez, Editora Nacional, Madrid, 1984.
- DE LOS RÍOS, Fernando. *El sentido humanista del socialismo*, (Biblioteca de Pensamiento), edición, introducción y notas de Elías Díaz, Editorial Castalia, Madrid, 1976.
- *Religión y Estado en la España del siglo XVI*, Ponencia presentada al Congreso Internacional de Filosofía celebrado en la Universidad de Harvard (Estados Unidos) y publicada en el Instituto de las Españas de la Universidad de Columbia, 1927. Esta obra, ampliada, pero a la vez inacabada, fue publicada posteriormente en el Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad*, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), Fontamara, México D.F., 1993.
- DELLA VOLPE, Galvano. *Rousseau y Marx, y otros ensayos de crítica materialista*, traducción de E. E. revisada por A. Méndez, Barcelona, 1969.

DE MAEZTU, Ramiro. “El liberalismo socialista, El ideario común”, artículo periodístico publicado originalmente en el Heraldo de Madrid, el 15 de diciembre de 1909, y recogido posteriormente en: *Liberalismo y Socialismo*, (Textos fabianos de 1909-1911), Selección y estudio preliminar de E. Inman Fox, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 11-15.

- “El liberalismo socialista, Votos e ideas”, artículo periodístico publicado originalmente en el Heraldo de Madrid, el 12 de diciembre de 1909, y recogido posteriormente en: *Liberalismo y Socialismo*, (Textos fabianos de 1909-1911), Selección y estudio preliminar de E. Inman Fox, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 1-5.

DE MAISTRE, Joseph. *Consideraciones sobre Francia*, traducción de C. Gutiérrez de Gamba, Rialp, Madrid, 1955.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “Sobre el Posmodernismo de oposición”, (1999), en: *El Milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, traducción de Antonio Barreto, Trotta-Ilsa, Madrid, 2005, pp. 97-113.

DÍAZ, Elías. “Crítica al libro de Gregorio Peces-Barba: Derechos fundamentales. I: Teoría general, Guadiana, Madrid, 1973”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 7, octubre de 1974, Madrid, pp. 154-158.

- *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998.
- *De la maldad estatal y la soberanía popular*, (Colección Universitaria), Debate, Madrid, 1984.
- “Derechos Humanos y Estado de Derecho”, en: AA.VV. *Los derechos: Entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2000, pp. 123-146.
- “El Derecho: La razón de la fuerza y la fuerza de la razón”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 1, Año I, febrero-octubre 1993, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 209-223.
- “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 125, Marzo de 1995, pp. 5-22.
- *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el Diálogo, Edicusa, Madrid, 1966. Hay una octava edición.
- *Ética contra Política*, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), Distribuciones Fontamara, México D.F., 1993.

- “La filosofía política de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 407-427.
- *Sociología y Filosofía del Derecho*, (Taurus Humanidades), séptima reimpresión a la segunda edición de 1980, Taurus, Madrid, 1992.

DORADO, Javier. “El positivismo ‘corregido’. Análisis de algunos aspectos de la filosofía jurídica de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 429-452.

- *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

DORAL, José A. “Concepto filosófico y concepto jurídico de persona”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas, Volumen II, 1975, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 113-131.

DOIG, Germán. *Los Derechos humanos y la Enseñanza Social de la Iglesia*, Asociación Vida y Espiritualidad –VE–, Lima, 1991.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreras, Ariel, Barcelona, 1994.

- “El Paternalismo”, (1971), en: AA.VV. *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, (Ariel Derecho), traducción de Jorge F. Malem Seña, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 147-161.
- *Ética privada e igualitarismo político*, (1990), (Pensamiento contemporáneo), traducción de Antoni Doménech, Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993.
- “Liberalism”, en: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, pp. 181-204.
- *Los derechos en serio*, (1977), (Ariel Derecho), segunda edición de la primera edición en español de 1984, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989.

ELSTER, Jon. “Introducción”, en: AA.VV. *La democracia deliberativa*, (1998), (Serie Cla de Ma, Sociología), traducción de José María Lebrón, compilación de Jon Elster, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 13-33.

ESCUADERO, Rafael. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico, El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004.

– *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

FARIÑAS, María José. *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 16, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004.

FASSÒ, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho, La Edad Moderna* (1966), traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, Volumen II de la obra general.

FERNÁNDEZ, Eusebio. “Apéndice [de Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho]”, en: AA.VV. *Los derechos: Entre la Ética, el Poder y el Derecho*, edición a cargo de José Antonio López García y J. Alberto del Real, Dykinson, Universidad de Jaen, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2000, pp. 118-122.

– “El iusnaturalismo”, en: *Filosofía Política y Derecho*, (Monografías Jurídicas), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 53-63.

– “En torno a la necesidad del estudio del Derecho Natural”, en: *Estudios de Ética jurídica*, (Serie de Derecho), Debate, Madrid, 1990, pp. 33-48.

– “Ética, Derecho y Política, ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?”, (1991), en: *Filosofía Política y Derecho*, (Monografías Jurídicas), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 15-25.

– “Ética y Política. Sobre la necesidad, decadencia y grandeza del gobierno de las leyes”, en: *Filosofía Política y Derecho*, (Monografías Jurídicas), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 35-45.

– “Gregorio Peces-Barba. Apuntes biográficos”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 453-463.

– “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 138, Mayo 1997, Madrid, pp. 101-114.

– “La dignidad de la persona”, en: *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 21, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 17-28.

– *Marxismo y positivismo en el socialismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

- “Prólogo”, en: *Filosofía Política y Derecho*, (Monografías Jurídicas), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 1-14.
- “Sobre la ética y su justificación”, en: *Estudios de Ética jurídica*, (Serie de Derecho), Debate, Madrid, 1990, pp. 99-123.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos, A propósito de la Constitución Española de 1978*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), sexta edición, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 2004.

- “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en: AA.VV. *Neoconstitucionalismos*, – Colección Estructuras y Procesos–, edición de Miguel Carbonell, traducción de Pilar Allegue, Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29.

FERRARI, Vincenzo. “El valor interdisciplinar del análisis de Peces-Barba”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 3, Año II, mayo de 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 185-195.

FRAGA, Manuel. “Discurso de contestación”, en: *Ética pública y Derecho*, Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Fraga Iribarne, Sesión de 19 de abril de 1993, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993, pp. 49-73.

FULLER, Lon L. *La Moral del Derecho*, traducción de F. Navarro, Trillas, México D.F., 1967.

GALLIE, W. B. “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, volumen 56, 1955-56.

GARAUDY, Roger. *Una nueva civilización, El proyecto esperanza*, traducción de Tulio Raúl Rosembuj, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1976.

GARCÍA AMADO, Juan A. *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión a la tercera edición, Civitas, Madrid, 1998.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico, El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.
- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, (1977), undécima reimpresión a la segunda edición, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls, Un breve manual de filosofía política*, (Paidós Estado y Sociedad), segunda edición, Paidós, Barcelona, 1999.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Derecho y Moral”, en: AA.VV. *El derecho y la justicia*, – Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía–, segunda edición, Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, pp. 397-424.
- “Lo íntimo, lo privado y lo público”, en: *Claves de razón práctica*, Nº 137, noviembre de 2003, pp. 14-24.
- “Representación y democracia”, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 6, 1989, pp. 143-163.
- GAYO. *Instituciones*, reimpresión a la primera edición, nueva traducción por Manuel Abellán Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve, coordinación general y prólogo de Francisco Hernández Tijero, Civitas, Madrid, 1990.
- GAVARA DE CARA, Juan C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía, Una teoría de los derechos humanos*. Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*, (Monografías), Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIV, 1969, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, pp. 15-65.
- GREPPI, Andrea. “Hay alternativa al formalismo de los juristas”, en: *Jueces para la Democracia*, Nº 41, 2001, pp. 29-36.
- GUERRA, Alfonso. “Un intelectual en la política”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 627-638.

HABERMAS, Jürgen. “Aclaraciones a la ética del discurso”, (1991), en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, (Colección: Estructuras y Procesos), traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 127-231.

- “Afectan las objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?”, (1986), en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, (Colección: Estructuras y Procesos), traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 13-33.
- “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”, (1991), en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, (Colección: Estructuras y Procesos), traducción de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pp. 109-126.
- “Derechos humanos y soberanía popular. La versión liberal y republicana”, (1994), en: AA.VV. *La democracia en sus textos*, (El libro universitario), segunda impresión a la primera edición de 1998, traducción de Elena García Guitián, Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 267-280.
- *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Barcelona, 2002.
- *El pensamiento postmetafísico*, (Humanidades-Filosofía), versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1990.
- *Ensayos políticos*, traducción de Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988.
- “Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación”, en su: *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducción de Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, 1985, p. 59-134.
- *Facticidad y validez, sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- *Identidades nacionales y postnacionales*, (Cuadernos de Filosofía y Ensayos), segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998.
- “La modernidad, un proyecto incompleto”, en: *La postmodernidad*, cuarta edición, traducción de J. Fibla, Kairós, Barcelona, 1998.
- *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991.
- “Prólogo”, en sus: *Aclaraciones a la ética del discurso*, (Colección: Estructuras y Procesos), Trotta, Madrid, 2000, pp. 9-10.
- *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1989.

- *Tres modelos de democracia, Sobre el concepto de una política deliberativa*, (Eutopías, Segunda época, Documentos de trabajo, 43), traducción castellana de Manuel Jiménez Redondo, Centro de Semiótica y Teoría del Espectáculo, Universitat de València, Asociación Vasca de Semiótica, Episteme, Valencia, 1994.
 - *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid, 2002.
- HART, Herbert L. A. *Derecho, libertad y moralidad*, (1963), traducción de M. A. Ramiro, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2006.
- *El Concepto de Derecho*, –1961–, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
 - “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en: *Sistema*, traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, Nº 36, mayo de 1980, pp. 3-18.
 - *Post scriptum al Concepto del Derecho*, (1994), (Serie Estudios Jurídicos Nº 13), editado por Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, traducción del original en inglés por Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000.
- HARRINGTON, Michael. *Socialismo: pasado y futuro*, Editorial Sistema, Madrid, 1989.
- HAYEK, Friedrich A. *Camino de Servidumbre*, (1944), (Ciencias sociales), tercera reimpresión a la primera edición en la colección de Ciencias sociales, traducción de José Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- *Los fundamentos de la libertad*, traducción de J.-V. Torrente, Unión Editorial, Madrid, 1975.
- HELLER, Agnes. *Ética general*, (Colección: “El Derecho y la justicia”), traducción de Ángel Rivero Rodríguez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- HELLER, Hermann. *La soberanía, Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, (1927), segunda edición, traducción de Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Escuela Nacional de Jurisprudencia, México D.F., 1995.
- *Teoría del Estado*, primera reimpresión a la segunda impresión en español, traducción de Luis Tobbio, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- HERRANZ, Rafael. “La justificación de la democracia y la obligación moral de obedecer el Derecho”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 2, Año I, octubre 1993–marzo 1994, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 229-244.

HIERRO, Liborio. L. *El realismo jurídico escandinavo, Una Teoría empirista del Derecho*, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1981.

- “En busca del arca perdida: Diez comentarios a las tesis de Gregorio Peces-Barba sobre el fundamento de un sistema jurídico”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 639-661.

HOBBS. *Leviatán*, edición de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

HOERSTER, Norbert. “Acerca del significado del principio de la dignidad humana”, en: *En defensa del positivismo jurídico*, (Serie Cla De Ma, Filosofía del Derecho), traducción de Ernesto Garzón Valdés y revisión de Ruth Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 2000.

- *Problemas de ética normativa*, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), s/t. Distribuciones Fontamara, México D.F., 1992.

HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, (1913), (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política), tercera edición, traducción de Genaro R. Carrió, Fontamara, México D. F., 1995.

HOLMES, Oliver W. *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

HONNETH, Axel. “La ética discursiva y su concepto implícito de justicia. Una observación para la discusión”, en: *Ética comunicativa y democracia*, traducción de Dorando Michelini, K.-O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Michelini editores, Crítica, Barcelona, 1991 pp. 164-174.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*, (1888), Libro III, Parte I, Sección I, séptima reimpresión a la segunda edición, revisión y notas de P. H. Nidditch, Oxford University Press, Clarendon Press, 1990.

JASPERS, Karl. *The Great Philosophers. The Foundations*, traducción de Ralph Mannheim, Editado por Hannah Arendt, 1962.

JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. “Introducción”, en: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez, sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 9-55.

Juan XXIII. *Encíclica Pacem in Terris*, (1963), (Colección Pax Romana), presentación, sinopsis y notas de Joaquín Ruiz-Giménez, Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1963.

- *Mater et Magistra*, (1961), traducción del texto latino de Carlos Humberto Núñez, edición preparada por Federico Rodríguez, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1961.

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, (1785), (Humanidades), traducción y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

- “Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?”, en: *¿Qué es Ilustración?*, (Colección Clásicos del Pensamiento), segunda edición, traducción de Agapito Maestre y José Romagosa, estudio preliminar de Agapito Maestre, Tecnos, 1989, pp. 17-29.

KELSEN, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución –La justicia constitucional–”, en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, –Colección Universitaria–, selección y presentación de Juan Ruiz Manero, el mismo que traduce este artículo, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155.

- “¿Qué es justicia?”, en: *¿Qué es justicia?*, segunda edición, traducción y estudio preliminar a cargo de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 35-63.

- *Teoría general del Derecho y del Estado*, (1949), segunda reimpresión a la primera edición, traducción del original en inglés de Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1979.

- *Teoría general del Estado*, décimo quinta edición, traducción de Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, México, 1983.

- *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994.

- *Teoría pura del Derecho*, décimo primera edición, traducción del original en alemán de la edición de 1960, hecha por Roberto Vernengo, Porrúa, México D.F., 2000.

KHUNG-TSÉ (Confucio). “El Ta-Hio o el Gran Estudio”, en: *Confucio, Los Cuatro Libros de Filosofía Moral y Política de China*, versión de J. Farrán y Mayoral, José Janés, Barcelona, 1954, pp. 3-4.

KRIELE, Martín. “Libertad y dignidad de la persona humana”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, traducción de José M. Beneyto, N° 9, 1982, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 39-46.

KUKATHAS, Chandran, y PETTIT, Philip. *La Teoría de la Justicia de John Rawls y sus críticos*, (1990), traducción y epílogo de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 2004.

LAPORTA, Francisco J. “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 52, enero 1983, Madrid, pp. 23-43.

LARENZ, Karl. *Derecho justo, Fundamentos de ética jurídica*, reimpresión a la primera edición de 1985, traducción y presentación de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1993.

LE BRAS-CHOPARD, Armelle. *El Zoo de los filósofos, De la bestialización a la exclusión*, traducción de María Cordón, Taurus, Madrid, 2002.

LEGAZ LACAMBRA, Luis. “La noción jurídica de la persona humana y de los derechos del hombre”, en: *Revista de Estudios Políticos*, Volumen XXXV, Año XI, Nº 55, 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 15-46.

LENIN, Wladimir Illich. *El Estado y la Revolución*, s/t, prólogo de Ted Grant, volumen I, Fundación de Estudios Socialistas Federico Engels, Madrid, 1997.

LOBATO, Abelardo. “La dignidad del hombre y los derechos humanos”, en: AA. VV. *Dignidad de la persona y derechos humanos*. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, Universidad Pontificia de Santo Tomás de Manila, Madrid, 1982, pp. 71-105.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno: un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, (1690), traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, estudio preliminar de Peter Laslett, Tecnos, Madrid, 2006.

LÓPEZ ARANGUREN, José Luis. *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1988.

LYOTARD Jean-François. *La condición postmoderna, Informe sobre el saber*, (1984), (Colección Teorema), novena edición, traducción de Mariano Antolín Rato, Cátedra, Madrid, 2006.

LLAMAS, Ángel. “Algunas consideraciones en torno a los derechos fundamentales, el poder y la ética pública en el pensamiento de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 705-718.

– *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.

– “Notas sobre los valores superiores de Gregorio Peces-Barba”, en: AA. VV. *El fundamento de los derechos humanos*, (Serie de Derecho, Colección Universitaria), edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1989, pp. 215-228.

LLANO ALONSO, Fernando H. “La idea de patriotismo constitucional en el pensamiento jurídico-político de Gregorio Peces-Barba Martínez”, en: *Estudios en homenaje al*

profesor Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 719-741.

LLOMPART, José. “El concepto de persona en el Derecho japonés”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, Nº 40, 1999, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 401-424.

MACKINNON, Catharine. *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

MAQUIAVELLO, Nicolás. *El príncipe*, (Ciencia Política. Fundamentos), traducción de Fernando Domènech Rey, Istmo, Madrid, 2000.

MARAVALL, José Antonio. *La Cultura del Barroco*, (1975), sexta edición, Ariel, Madrid, 1996.

MARIAS, Julián. *Antropología metafísica, La estructura empírica de la vida humana*, Revista de Occidente, Madrid, 1970.

– *El tema del hombre*, cuarta edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1968.

MARITAIN, Jacques. *Humanismo Integral, Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, traducción de Alfredo Mendizábal, Ediciones Palabra, Madrid, 1999.

– *Los derechos del hombre y la ley natural*, (1945), traducción de Héctor F. Miri, Leviatán, Buenos Aires, 1982.

– *Les droits de l’homme et de la loi Naturelle*, Paul Hartmann, Paris, 1947.

– *Para una filosofía de la persona humana*, Cursos de Cultura católica, Buenos Aires, 1937.

MARX, Karl. *El manifiesto comunista*, segunda edición, Fundación de Estudios Socialistas Federico Engels, Madrid, 1997.

MCILWAIN, Charles H. *Constitucionalismo antiguo y moderno*, traducción de J. J. Solozábal, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

MEINECKE, Friedrich. *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, (Estudios políticos), tercera edición, traducción de Felipe González Vicén, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

MELENDO, T.; y MILLÁN-PUELLES, L. *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996.

MILL, John S. *Sobre la libertad*, (1859), traducción de P. de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

MILLET, Kate. *Política sexual*, (1969), (Feminismos clásicos), traducción de Ana María Bravo García y revisada por Carmen Martínez Gimeno, Cátedra, Instituto de la Mujer, Madrid, 1995.

MONTERO MOLINER, Fernando. “Libertad y experiencia –La fundamentación de la libertad moral en la Crítica de la razón pura–”, en: AA.VV. *Kant después de Kant, en el bicentenario de la Crítica de la razón práctica*, Javier Muguerza y Roberto Rodríguez Aramayo editores, Tecnos, Instituto de Filosofía del C.S.I.C., Madrid, 1989, pp. 23-42.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

MOUNIER, Emmanuel. “Manifiesto al servicio del personalismo”, (1936), en: *Emmanuel Mounier: Obras*, traducción de Enrique Molina, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Tomo I, 1931-1939, pp. 553-745.

– “Revolución personalista y comunitaria”, (1935), en: *Emmanuel Mounier: Obras*, traducción de Enrique Molina, Editorial Laia, Barcelona, 1974, Tomo I, 1931-1939, pp. 151-473.

MOYANO, Emilio. “El Derecho como concepto histórico en la obra de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 991-1006.

MUGUERZA, Javier. *Desde la perplejidad –Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo–*, Fondo de Cultura Económica, Madrid-México, 1990

NAÏR, Samir. “Gregorio Peces-Barba: un penseur libre”, presentación publicada en: *Théorie générale des droits fondamentaux*, libro traducido por Ilié Antonio Pelé, presentación de Samir Naïr y prefacio de André-Jean Arnaud, LGDJ, París, 2004, pp. 13-15.

NINO, Carlos S. *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, (Ariel Derecho), Ariel, Barcelona, 1994.

– *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

– *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, (Ariel Derecho), Ariel, Barcelona, 1989.

– *Introducción al análisis del Derecho*, (Ariel Derecho), octava edición, Ariel, Barcelona, 1997.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974.

NUSSBAUM, Martha C. “Los sentimientos morales y el enfoque de las capacidades”, en: *Claves de la razón práctica*, Nº 169, 2007, pp. 28-35.

OPPENHEIM, Félix E. *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, traducción de M. D. González Soler, Tecnos, Madrid, 1987.

PAREKH, Bhikhu. *Pensadores políticos contemporáneos*, (1982), (Alianza universidad), versión española de Vicente Bordoy, revisión técnica de Fernando Vallespín Oña, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *La noción de Estado: Una introducción a la Teoría Política*, (Ariel Derecho), (1967), edición y prólogo de Ramón Punset, Ariel, Barcelona, 2001.

PAVIA, Marie-Luce. “La découverte de la dignité de la personne humaine”, en: *La dignité de la personne humaine*, (Études Juridiques), sous la direction de Marie-Luce Pavia et Thierry Revet, Economica, París, 1999.

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Contrato social y obediencia al Derecho en el pensamiento de John Rawls*, Comares, Granada, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991.

– *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 34, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Fundación El Monte, Madrid, 2005.

– *La seguridad jurídica*, segunda edición revisada y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1994.

– *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.

– “Los derechos fundamentales en Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 1079-1093.

PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, (Paidós Estado y Sociedad), traducción de Toni Domènech, Paidós, Barcelona, 1999.

PIEPER, Annemarie. *Ética y Moral, Una introducción a la filosofía práctica*, (1985), traducción de Gustau Muñoz, Editorial Crítica, Barcelona, 1991.

PLATÓN. *Las leyes*, (Clásicos políticos), tercera edición, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, dos tomos en un volumen.

- *La república*, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Alianza, Madrid, 1999.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*, (Estructuras y Procesos, Serie Derecho), Trotta, Madrid, 2005.

- *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México D. F., 1997.
- *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 8, Año V, enero-junio 2000, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 429-468.
- *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 7, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.
- *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

PRIETO, Tomás. *La dignidad de la persona: Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas*, (Monografías), Civitas, Madrid, 2005.

RAMIRO, Miguel Ángel. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en: *Derechos y Libertades*, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos, Nº 15, Época II, junio de 2006, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Fundación El Monte, Madrid, pp. 211-256.

- “La España civil, Una utopía para el siglo XXI”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 1095-1125.
- *Utopía y Derecho, El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2002.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

- “Justicia como equidad”, (1958), en: *Justicia como equidad, Materiales para una teoría de la justicia*, (Filosofía y Ensayo), segunda edición, selección, traducción y presentación a cargo de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 78-102.
- “Kantian Constructivism in Moral Theory”, en: *The Journal of Philosophy*, LXXVII, Nº 9, septiembre de 1980, pp. 515-573.

- “La idea de un consenso por superposición”, (1987), en: AA.VV. *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, (Ariel Derecho), traducción de Juan Carlos Bayón, dirección y coordinación de Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 63-85.
 - *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
 - “Réplica a Habermas”, en: HABERMAS, Jürgen; y RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*, (Pensamiento Contemporáneo), traducción de Gerard Vilar Roca, introducción de Fernando Vallespín, Paidós, I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1998, pp. 75-143.
 - *Sobre las libertades*, (Colección: Pensamiento contemporáneo), traducción de Jorge Vigil Rubio, introducción de Victoria Camps, Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1990.
- RIVERO, Ángel. “El discurso republicano”, en: *La democracia en sus textos*, Rafael del Águila y otros, Alianza, Madrid, 1998, pp. 49-72.
- RODILLA, Miguel Ángel. “Coherencia, contrato, consenso: La estructura argumental de la Teoría de la Justicia de J. Rawls”, en: AA.VV. *John Rawls, Estudios en su memoria*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 47, primer y segundo semestre de 2002, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, pp. 439-484.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín. “Convivencia de lo privado”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 1143-1165.
- *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ, Victorino. “La dignidad del hombre como persona”, en: AA. VV. *Dignidad de la persona y derechos humanos*. Instituto Pontificio de Filosofía de Madrid, Universidad Pontificia de Santo Tomás de Manila, Madrid, 1982.
- ROSSELLI, Carlo. *Socialismo liberal*, (1930), traducción de Mario Merlino, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1991.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *La Profesión de fe del vicario saboyano*, de Jean-Jacques Rousseau, (1762), (El libro universitario), edición de Ignacio Izuzquiza, versión de Mauro Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- RUIZ, Ramón. *La tradición republicana, Renacimiento y ocaso del republicanismo clásico*, (Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho), Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.

RUIZ SANZ, Mario. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 23, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2002.

SALGUERO, Manuel. “La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 7, Año IV, enero 1999, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 441-465.

SANTOS, Modesto. “Technological possibilities and The Dignity of human life”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Nº 17, 1987, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 225-233.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*, versión española de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

SCARPELLI, Uberto. *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1955.

SCHAFF, Adam. “Las zonas inexploradas del socialismo contemporáneo”, en: *El socialismo del futuro*, Revista de Debate Político, Volumen 1, Nº 1, Fundación Sistema, Madrid, 1990, pp. 45-71.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*, (El libro universitario), versión de Rafael Agapito, Alianza, Madrid, 1998.

– *Teología Política, cuatro ensayos sobre la soberanía*, Struhart, Buenos Aires, 1998.

– *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 1990.

SEBRELI, Juan José. *El asedio a la modernidad, Crítica del relativismo cultural*, Ariel, Barcelona, 1992.

SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

SÉNECA, Lucio A. *Cartas Morales a Lucilio*, (Biblioteca Clásica), introducción, traducción y notas de Ismael Roca Melía, Gredos, Madrid, 1986, dos volúmenes.

SERNA, Pedro. “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 4, Año II, enero-junio de 1995, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 287-306.

SINGER, Peter. *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

SMITH, M.B.E. “¿Hay una obligación *prima facie* de obedecer al Derecho?”, (1973), en: AA.VV. *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, (Ariel Derecho), traducción de Francisco Laporta, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 183-203.

SOLOZÁBAL, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en: *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Nº 71, enero-marzo de 1991, pp. 87-109.

SORIANO, Ramón. *La ilustración y sus enemigos*, Tecnos, Fundación Cultural Enrique Luno Peña, Madrid, 1988.

SPAEMANN, Robert. “¿Es todo ser humano una persona?”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, traducido por Ezequiel Coquet, Nº 37, 1997, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 9-23.

– *Ética: cuestiones fundamentales*, tercera edición revisada, versión española y prólogo de José María Yanguas, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1993.

– “Sobre el concepto de dignidad humana”, en: *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos, traducción de Daniel Innerarity, Nº 19, 1988, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 13-33.

STERNBERGER, Rolf. *El patriotismo constitucional*, traducciones y notas de Luis Villas Berda, estudio preliminar de José María Rosales, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá 2001.

STRAUSS, Leo. *Qué es la filosofía política*, Guadarrama, Madrid, 1970.

SUBIRATS, Eduardo. *La Ilustración insuficiente*, Taurus, Madrid, 1981.

THIEBAUT, Carlos. *De la tolerancia*, Visor, Madrid, 1999.

TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*, (Biblioteca Sociológica), quinta edición, traducido del alemán por José Rovira Armengol, Losada, Buenos Aires, 1947.

TREVES, Renato. *Sociología del Derecho y Socialismo Liberal*, traducción de Luis C. Aparicio y Rafael de Asís, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL español. STC 57/94, de 28 de febrero, publicada en el BJC 155 (1994).

TRIGG, Roger. *Concepciones de la naturaleza humana, Una introducción histórica*, segunda edición, traducción de Guillermo Villaverde, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

TROUSSON, Raymond. *Historia de la Literatura Utópica, Viajes a países inexistentes*, traducción de C. Manzano, Península, Barcelona, 1995.

TUGENDHAT, Ernst. “La indefensión de los filósofos ante el desafío moral de nuestro tiempo”, en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, traducción de Concha Roldán Panadero, Nº 3, abril 1991, Madrid, pp. 107-117.

– *Problemas de ética*, Crítica, Barcelona, 1988.

VALLÈS, Josep M. *Ciencia Política: una introducción*, (Ariel Ciencia Política), Ariel, Barcelona, 2000.

VAN PARIJS, Philippe. *¿Qué es una sociedad justa?, Introducción a la práctica de la filosofía política*, (1991), traducción de Juana A. Bignozzi, Ariel, Barcelona, 1993.

VELASCO, Juan Carlos. *La teoría discursiva del derecho: Sistema jurídico y democracia en Habermas*. (Colección: El Derecho y la Justicia), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

– *Para leer a Habermas*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

VON MOHL, Robert. “Concepto de policía y Estado de Derecho”, en: AA. VV. *Liberalismo alemán en el siglo XIX, 1815-1848*, estudio preliminar y selección de textos y notas de Joaquín Abellán, traducción de Joaquín Abellán y Gabriela Ossenbach, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 139-153.

VON WIESE, Benno. *La cultura de la Ilustración*, (Civitas), traducción y prólogo de Enrique Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, (1922), séptima reimpresión a la segunda edición en español, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynes y José Ferrater Mora, edición preparada por Johannes Winckelmann, nota preliminar de José Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1984.

– *El político y el científico*, (1921), décima reimpresión a la primera edición, Alianza, Madrid, 1988.

– *La política como profesión*, (1919), (Clásicos del Pensamiento), edición de Joaquín Abellán, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.

WELLMER, Albrecht. *Ética y diálogo*, Anthropos, Barcelona, 1994.

WENCES, María Isabel. *En torno al origen del concepto moderno de sociedad civil, Locke, Ferguson y Hegel*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Nº 9, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

WOLF, Robert P. *Para comprender a Rawls, Una reconstrucción y una crítica de la Teoría de la Justicia*, (1977), (Sección de Obras de Filosofía), traducción de Marcial Suárez, Fondo de Cultura Económica, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

ZAPATERO, Virgilio. “El futuro del Estado social”, en: AA.VV. *El futuro del socialismo*, Editorial Sistema, Madrid, 1986, pp. 65-90.

– “Las Huellas de Gregorio Peces-Barba”, en: *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, 2008, Volumen I: Entre la Ética, la Política y el Derecho, pp. 1343-1355.