

UN MODELO DE INTERRELACIÓN ENTRE MORAL, PODER Y DERECHO

–El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba–

Reynaldo Bustamante Alarcón

Sumario: I. Introducción. II. La moral que se relaciona con el poder y el Derecho: 1. La distinción entre ética pública y ética privada; 2. El tránsito de la ética pública a moralidad política y moralidad jurídica. Su expresión en los cuatro valores de la modernidad. III. El poder que se relaciona con la moral y el Derecho: 1. Un poder estatal con especiales características; 2. Un poder democrático legitimado tanto en su origen como en su ejercicio; 3. Un poder limitado y organizado por el Derecho; 4. Un poder que funciona según el principio de mayorías y el de negociación. IV. El Derecho que se relaciona con la moral y el poder: 1. Un Derecho entendido bajo una concepción positivista abierta a la moral; 2. Un Derecho con contenidos de justicia o de ética pública positivizados y sustentados por el poder; 3. Un Derecho organizado por el poder bajo la concepción de sistema, a partir de una norma básica de identificación de normas; 4. Un Derecho integrado por valores superiores, derechos fundamentales y principios. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En diversas latitudes, el ser humano y la sociedad se encuentran inmersos en una crisis de valores que afecta los ámbitos políticos y jurídicos. Los sistemas políticos democráticos expresan dificultades para representar a la sociedad y realizar la voluntad de la mayoría; el Derecho se muestra inoperante para controlar al poder, para impedir la formación de poderes absolutos, tanto públicos como privados, en garantía de los derechos fundamentales de todos. El ser humano aparece muchas veces relegado a un mero dato estadístico, a la posición de simple integrante de un colectivo; sufre de miseria, de discriminación, de desamparo, de carencia de oportunidades para su desarrollo, siéndole imposible desplegar su condición de persona en todas sus dimensiones.

No podemos, ni debemos, ser indolentes frente a este estado de cosas. Tenemos la responsabilidad, desde la posición o situación en la que nos encontremos –cualquiera que esta sea– de contribuir con nuestro trabajo diario para que ese estado pernicioso se revierta. Estamos llamados a sumar esfuerzos para construir una sociedad justa y reconciliada, una sociedad organizada sobre la base del respeto y la promoción de la persona humana, en todas las esferas de su vida. Es imposible que seamos neutrales y, como se ve, desde aquí nuestra posición ya ha sido anunciada.

Responder a ese llamado, en lo que aquí respecta, es el fin último que perseguimos en este ensayo. Tiene por objeto analizar un modelo prescriptivo de la relación entre moral, poder y Derecho, caracterizado por tener como referente a la dignidad del ser humano y como objetivos la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo. El modelo elegido es el del profesor Gregorio Peces-Barba, por los presupuestos de los que parte y las exigencias que formula para alcanzar esos objetivos.

Nos anima un espíritu investigador, pero, sobre todo, la inquietud y el carácter contestatario de quien no se siente conforme con el deterioro de la realidad que le ha tocado vivir, de la crisis de valores que afecta al poder político y a su sociedad, así como a un Derecho que parece ser creado y aplicado de espaldas a la justicia. Nos anima la idea de encontrar en el camino recorrido por nuestros mayores, y en sus propuestas teóricas y filosóficas, los materiales adecuados para la construcción, en un futuro que esperamos no muy lejano, de un edificio teórico adecuado para la sociedad en la que vivimos, de una propuesta moral, jurídica y política que, asentándose en la dignidad del ser humano, permita y proteja el desarrollo y promoción de la persona en todas las esferas de su vida. Nos impulsa el llamado de aportar cotidianamente, al máximo de nuestra capacidad y posibilidades, nuestros esfuerzos diarios para la construcción de una sociedad –dígase nuevamente– más justa y reconciliada. El modelo prescriptivo de Peces-Barba puede ser una contribución a esos propósitos.

Efectivamente, el citado autor hace un esfuerzo de construcción de la realidad social y del pensamiento moral y jurídico, sosteniendo –en última instancia– que el Derecho necesita a la moral (a la que también llama ética pública, para diferenciarla de lo que llama ética privada) y que la moral interactúa con el poder y tiene un importante espacio en el Derecho. Su planteamiento no expresa cualquier posible relación teórica entre moral, poder y Derecho, sino el proyecto de la ilustración y de la modernidad, que desembocará en el Estado liberal, social y democrático de Derecho¹. Su modelo teórico es prescriptivo –aunque en algunos momentos lo haga dentro de un marco descriptivo– y si bien a veces puede no existir plenamente en la realidad, su utilidad consiste en servir de referencia y paradigma racional, o, si se prefiere, de horizonte utópico, para la construcción del sistema político jurídico que propone. Así, los modelos históricos, falibles e imperfectos podrán ser valorados y criticados desde él.

El modelo es construido como un edificio armónico, que integra a 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 hombre en el mundo y lo convierten en centro del mundo, liberándole de los condicionamientos que le disminuían como tal y que tienen como objetivo último la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo. La humanización supondrá profundizar en cada ser humano las dimensiones de su condición y generalizar lo más posible esa condición, extendiéndola a toda la sociedad. La racionalización implicará, principalmente, el sometimiento del poder al Derecho, la organización de las instituciones y el establecimiento de una ética pública expresada –como veremos– en valores así como en principios y derechos derivados de ellos².

¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*, Reflexiones ante el fin de siglo, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 54, Madrid, 1995, pp. 11-12 y 57.

En lo sucesivo, las referencias bibliográficas a pie de página que no indiquen autor corresponderán a las obras del profesor Peces-Barba.

² “Para ese objetivo los derechos humanos serán un instrumento de capital importancia por su tenor liberador, y el proceso de racionalización que principalmente supone sometimiento del poder al Derecho, organización de las instituciones, y establecimiento de una moralidad pública –valores, principios y derechos–, el camino para su establecimiento y consolidación, desde una fundamentación ética y un despliegue histórico de positivación” (PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio. “La

La propuesta de PECES-BARBA de interrelacionar la moral, el poder y el Derecho constituye 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, 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, enraizados en un antropocentrismo laico como paradigma de la modernidad.

Este modelo normativo de relación entre la moral, el poder y el Derecho puede ser calificado de exigente, puesto que si bien existen otras propuestas prescriptivas de esa relación –asumiendo, por ejemplo, uno u otro valor de la modernidad, o de cualquier otro referente–, la tesis de Peces-Barba toma en consideración la totalidad de valores que son considerados como paradigma de la modernidad –libertad, igualdad, solidaridad y seguridad– integrándolos en una síntesis armoniosa y equilibrada para construir a partir de ellos un modelo de moral, de poder político y de Derecho, con una serie de premisas y de consecuencias propias de la relación trilateral que propone y de los valores que le sirven de sustento. Todo ello en aras de favorecer la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo³.

El presente trabajo puede encuadrarse dentro de la filosofía jurídica. Se encuentra estructurado en tres grandes partes. En la primera nos aproximamos al tipo de moralidad que concibe el autor en su relación con el poder y el Derecho; nos ocupamos así de la distinción que hace entre ética pública y ética privada –así como de sus conexiones–, del paso de la ética pública a la moralidad política y de ésta a la moralidad jurídica; para referirnos inmediatamente a los cuatro valores que, como paradigmas de la modernidad, el profesor PECES-BARBA entiende como integrantes de esa ética pública –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad–.

En la segunda parte nos ocupamos del tipo de poder que se postula en el modelo. Un poder político conocido como Estado, propio de la modernidad, y que es caracterizado como único, abierto, institucionalizado y complejo. Un hecho fundante básico que crea y estructura el Derecho, sosteniendo su validez y garantizando su eficacia. Un poder democrático que asume los cuatro valores modernos y los positiviza junto con los derechos fundamentales, los principios de organización y los demás principios que se derivan de ellos. Un tipo de poder legitimado en su origen y ejercicio, que acepta ser limitado y organizado por el Derecho, y que funciona según el principio de la negociación y el de las mayorías.

historia de los derechos humanos: un proyecto comprensivo”, Introducción de: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII, Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, p. 1).

³ De manera similar, pero refiriéndose a los modelos de Estado de Derecho, 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 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.” (DE ASÍS, Rafael. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 87).

La tercera parte está referida al tipo de Derecho que este modelo concibe en su relación con ese poder y aquella moralidad. Nos aproximamos así a la concepción jurídica del autor que, partiendo de un positivismo corregido o abierto a la moral, define al Derecho como un ordenamiento con contenidos de justicia o de ética pública, estructurado bajo la idea de sistema por el poder político, a partir de la norma fundante básica de identificación de normas que éste crea o instituye. Un Derecho integrado por valores jurídicos, derechos fundamentales y principios, cuya interpretación se conecta necesariamente –en nuestra opinión– con criterios de moralidad y de política.

Atendiendo a su objeto y al método seguido, el trabajo ha sido elaborado teniendo como fuente principal la producción bibliográfica del profesor Peces-Barba, tanto en libros como en artículos de revistas, donde a través de los años ha ido perfeccionado su modelo teórico. Bien podría decirse que este ensayo es una presentación y aproximación del pensamiento de Gregorio Peces-Barba en todos esos variados pero tan relacionados temas. Se ha procurado así de exponer en todo el conjunto las ideas del autor.

Si bien el modelo al que nos aproximamos se edifica a partir de una razón centrada en la historia, prescindimos aquí, por razones estrictamente metodológicas, de explorar los aportes históricos que sirvieron a la razón para la construcción del modelo. No obstante, su importancia no sólo es aceptada, sino que su conocimiento y análisis es imprescindible para la comprensión del edificio teórico propuesto, así como para la formulación de planteamientos futuros y desarrollos filosóficos mayores. Es una tarea empezada, pero nunca acabada.

2. LA MORAL QUE SE RELACIONA CON EL PODER Y EL DERECHO

El modelo de interrelación de la moral, el poder y el Derecho, que postula el profesor Peces-Barba, parte de un postulado humanista antropocéntrico, propio de la cultura occidental y moderna. Éste supone concebir a la dignidad del ser humano como el referente del pensamiento moral, político y jurídico al cual deben siempre orientarse para alcanzar el objetivo último de la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo. La idea de la dignidad del ser humano se sustenta en la constatación o consideración del individuo como “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”⁴. Este ideal de la dignidad humana supone el mutuo reconocimiento de esa condición entre todos y cada uno de los seres humanos. No sería posible que unos reclamasen el reconocimiento de esa dignidad, sin reconocérsela a los demás. Representa la necesidad de que la vida en sociedad se desarrolle con igual libertad y solidaridad –sin sacrificios excesivos para que la primera sea posible–, y con seguridad para hacer predecibles las conductas y asegurar la convivencia pacífica. Son estos valores –libertad, igualdad, solidaridad y seguridad–, derivados de la dignidad del ser humano, la moralidad relevante en relación con el poder y el Derecho, que Peces-Barba recoge de los aportes parciales de

⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 59.

la ilustración y de la modernidad –con antecedentes en el tránsito a la misma–, para construir en una síntesis armónica su edificio teórico⁵.

Para garantizar la virtualidad de esa dignidad y, en definitiva, los objetivos de racionalidad y humanización de la sociedad y del individuo, PECES-BARBA construye su modelo de relación entre moral, poder y Derecho sobre la base de una distinción conceptual entre ética pública y ética privada. Aquí el autor utiliza ética como sinónimo de moral –y no como estudio de la moral–, por lo que también se podría hablar de una diferencia entre moralidad pública y moralidad privada⁶.

Sin perjuicio de ello, queremos dejar sentada desde ya nuestra posición, en el sentido de que no todo tipo de moral vale o, dicho de una mejor manera, no todas las opciones morales tienen el mismo valor –contrariamente a lo que sostienen los relativistas éticos–, pero todas ellas tienen el mismo derecho a expresarse en un marco de tolerancia y de pacífica convivencia, propio de una sociedad democrática. Como dice Eusebio FERNÁNDEZ, “Si entendemos hoy las exigencias de la dignidad humana como un resultado cultural e histórico y sus logros morales como algo que no permite un paso atrás sino nuevos añadidos y complementos, hemos de saber seleccionar entre opciones morales, ideas del bien y proyectos vitales. Elección que constituye un acto racional, aunque también empeñe y comprometa nuestros sentimientos y convicciones más íntimas.”⁷.

2.1 La distinción entre ética pública y ética privada

La ética privada es definida por PECES-BARBA como una ética de contenidos y de conductas que señala criterios para la salvación, la virtud, el bien o la felicidad, es decir, una ética que orienta los planes de vida de cada individuo como cauce directo para la humanización. Es un camino que tiene como meta alcanzar la autonomía o independencia moral del ser humano, siendo éste, además, un rasgo necesario para su desarrollo. Sus titulares o sus destinatarios son las personas individuales que buscan alcanzar ese fin último, su destino personal a través de un cauce creado o aceptado por el individuo con autonomía. No se puede imponer y no puede ser una oferta extravagante ni marginal, sino un proyecto universal, es decir, que pueda ofrecerse a todos con carácter general para estar dentro del ámbito de la moral. Sin los requisitos de universalidad y de autonomía no hay moralidad privada. Es más, cuando una

⁵ “La dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen a la primera a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad.” (PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 26, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002, p. 63).

⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “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.

⁷ FERNÁNDEZ, Eusebio. *Entre la Razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 4, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1997, p. 44.

moralidad privada coincide siempre con los intereses de su titular, hay grandes motivos para sospechar que esa persona carece de moralidad⁸.

La ética privada requiere que su titular –el individuo– determine su plan de vida, su idea de salvación, de virtud, del bien, en suma de 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 condición. El modelo supone, pues, una visión optimista del ser humano, ser libre, racional, constructor de su propio destino y responsable de sus decisiones u omisiones que afecten el desarrollo de su vida. Pero supone también una persona comprometida con la sociedad donde se desarrolla, pues sus opciones no pueden afectar a los demás y no deben ser mezquinas, egoístas, imposibles de ser generalizadas, sino que deben ser un proyecto que sirva también como opción para los demás, para que éstos también puedan perfeccionarse o realizarse como personas en todas las esferas de su vida.

En la práctica es difícil que cada ser humano construya, en todas sus dimensiones, su ética privada. Lo común es que se acepte o se asuma una doctrina moral propuesta por una Iglesia, una confesión religiosa una escuela de filosofía moral, etc. Pero, en tal caso, se requerirá siempre la aceptación de la persona, pues la ética privada nunca debe ser impuesta.

La ética pública, en cambio, es definida por Peces-Barba como el conjunto de objetivos o de fines que se consideran debe realizar el poder político a través de su Derecho, teniendo como meta el desarrollo integral de cada persona. Tradicionalmente se ha reconocido como justicia, si se refiere al contenido del Derecho, y como legitimidad si se refiere al origen o ejercicio del poder⁹. A diferencia de la ética privada, la ética pública es una ética procedimental¹⁰, puesto que no prescribe comportamientos o conductas obligatorias para alcanzar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad, ni fija cual debe ser el plan de vida último del individuo. Simplemente establece criterios, guías para que los espacios sociales y los ámbitos del poder y del Derecho sean racionales y estén abiertos a la realización de proyectos de humanidad; es decir, para que todas las personas puedan determinar y realizar su propia ética privada. Pero decir que la ética pública es una ética procedimental no significa que no existan en ésta unos valores materiales, y unos fundamentos, con contenido y orientaciones. La idea de dignidad humana, los valores que se sustentan en ella, así como las pretensiones o prescripciones morales que se derivan de ellos, constituyen el contenido de esta ética pública, señalando qué deben hacer los poderes, las autoridades y los funcionarios, quiénes pueden y son competentes para hacerlo y con qué procedimientos, precisamente para que los ciudadanos sean libres en la orientación de su moralidad privada. Todo ello como un medio para alcanzar un fin: el desarrollo integral de cada persona¹¹.

⁸ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 15-16 y 77-78; también: “Ética pública y ética privada”, ob. cit., p. 83.

⁹ “Ética pública y ética privada”, ob. cit., pp. 83.

¹⁰ *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 69-71.

¹¹ Vid: “Sobre el positivismo jurídico”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico* (escritos de Filosofía Jurídica y Política), Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, p. 87. También: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico* (escritos de Filosofía Jurídica y Política),

Según Peces-Barba, esta ética pública de la modernidad, propia de las sociedades abiertas, no es una ética autoritaria, procedente de una confesión religiosa, de la naturaleza, la ciencia o de algún otro autor que aporte una dimensión de exactitud como única respuesta correcta. Tampoco es producto del poder, porque de serlo no sería propia de las sociedades libres. Mucho menos puede ser considerada como monopolio de una sola escuela, de una confesión religiosa o de una corriente científica o filosófica. Es una creación histórica de la razón humana, una expresión de múltiples construcciones e intereses, un depósito de razón producido por la aportación creativa de una pluralidad de personas, filósofos, juristas, politólogos, teólogos, literatos, científicos, etc., desde el tránsito de la modernidad hasta hoy, que se comunican a través del diálogo intersubjetivo. Es un patrimonio dinámico que recibe además toda la herencia clásica y muchas aportaciones medievales adaptadas a los nuevos tiempos. Su fundamento es la idea de la dignidad del ser humano, diversificándose en dimensiones liberales, democráticas, socialistas, entre otras¹². Se puede decir que contiene la razón histórica, dentro del gran proceso de racionalización y de humanización que caracteriza al mundo moderno¹³.

Por otro lado, aunque en un sentido distinto al utilizado para la ética privada, se puede hablar también de la universalidad de la ética pública. Ésta supone desde un punto de vista racional, el carácter general y abstracto de los valores que desarrollan la idea de dignidad humana; desde un punto de vista temporal, su validez para todos los tiempos; y desde uno espacial su extensión a todos los Estados que forman la Comunidad internacional¹⁴.

Esta ética pública tiene una dimensión unitaria, de consenso, en la que todos, o la gran mayoría coinciden y aceptan para la convivencia, y una dimensión más diversificada donde, desde el pluralismo, se sitúan las distintas concepciones ideológicas que suponen un punto de vista sobre el interés general y el bien común. Esta segunda dimensión de la ética pública permite distinguir a diversas posiciones políticas y a sus programas, desde los valores de libertad, de igualdad y solidaridad, para que los ciudadanos puedan elegir periódicamente entre ellas, a través del sufragio. Todas las opciones políticas deben aceptar los valores del primer nivel –las reglas de juego– ser tolerantes y compatibles entre sí, sin rechazar a ninguna, entre todas las que a su vez las acepten¹⁵.

La distinción entre ética pública y ética privada no supone separación ni mucho menos ignorancia mutua. Ambas se distinguen pero se comunican. Ambas

Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, p. 127.

¹² Sobre las aportaciones socialistas puede consultarse: PECES-BARBA, Gregorio. “Notas sobre derechos fundamentales, Socialismo y Constitución”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N° 17-18, Abril 1977, Madrid, p. 92 y siguientes; y DÍAZ, Elías. “Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, N° 125, Marzo 1995, p. 7 y siguientes.

¹³ Vid: “Ética pública y ética privada”, ob. cit., p. 87; y, 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, p. 323.

¹⁴ *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 78-79.

¹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año IV, Enero 1999, N° 7, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 29-30.

tienen dimensiones secantes y como destinatario de sus normas al mismo sujeto, a la persona. Como consecuencia de esa conexión, la ética pública debe favorecer y hacer posible que las personas situadas en el ámbito de su competencia estén en aptitud de ejercer o desarrollar libremente su ética privada; pero, congruentemente con ello, debe también evitar que sus normas lo dificulten o impidan¹⁶.

Sin embargo –siguiendo a PECES-BARBA–, 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 separación, configurando así sociedades diferentes de la democrática y que se separan del modelo mayoritario 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 pública. La primera patología se produce cuando se pretende que un ideario público sea también el ideario privado de las personas, o dicho de otra manera, cuando se procura que la concepción política que se defiende 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 privada¹⁷. 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. 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 quien¹⁸.

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 político 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, del bienestar o de la felicidad. Aquí, el detentador de turno 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, por ejemplo, en el supuesto de las dictaduras, del Estado confesional, de los fundamentalismos religiosos, etc.¹⁹.

¹⁶ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob cit., pp. 11-12; y “Ética pública y ética privada”, ob. cit., p. 84.

¹⁷ “Ética Pública - Ética Privada”, separata del libro: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp. 1233-1234.

¹⁸ Vid: DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, 1998, p. 51.

¹⁹ “Ética Pública - Ética Privada”, ob. cit., p. 1234.

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.

2.2 El tránsito de la ética pública a moralidad política y moralidad jurídica. Su expresión en los cuatro valores de la modernidad

La ética pública no es creación del poder político ni de su Derecho, es siempre previa a ambos. 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. Cuando eso ocurre la ética pública se convierte en moralidad política. Según PECES-BARBA, una vez que la ética pública ha sido asumida por el poder, es éste el que puede convertirla en moralidad 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)²⁰.

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 es conocida como moralidad crítica o ilustrada. Cuando es asumida por el poder político es conocida como moralidad pública política o moralidad política, simplemente. Cuando ésta se incorpora al Derecho positivo es llamada moralidad jurídica, legalizada o positivizada, expresándose así en auténticas normas jurídicas²¹.

Una vez que algún elemento de la ética pública ha sido asumido por el poder será objeto de deliberaciones y de acción comunicativa derivada del hecho de que el poder está formado por seres humanos. Su incorporación como moralidad 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 enriquece permanentemente a la moralidad política. Tenemos así una doble tarea deliberatoria y creadora de los perfiles y dimensiones que enriquece la moralidad: una en el ámbito de la deliberación política y otra en el ámbito de la deliberación moral. Cuando esa parte de la ética pública, asumida por el poder político, se incorpora al Derecho como moralidad jurídica, tendremos un tercer modo

²⁰ Vid: “Ética pública y ética privada”, ob. cit., p. 87; también: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob cit., p. 126 y 128.

²¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*, pp. 11-12.

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 Elías Díaz todas 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” (DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, ob cit., pp. 45-46).

de acrecentamiento o modificación de esa moralidad, a través de la creación, interpretación y aplicación del Derecho²².

Si bien el tránsito de la ética pública a la moralidad jurídica se presenta con el puente previo de la moralidad política, 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. Sólo se los puede separar con fines metodológicos, en un paradigma teórico²³. 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 importante en el planteamiento de PECES-BARBA, entre otras cosas, para identificar a los operadores que tienen competencia para insertar la ética pública en el Derecho. Sólo aquellos a los que el ordenamiento jurídico les atribuye esa competencia podrán incorporar la moralidad pública al Derecho, modificarla, desarrollarla, interpretarla o determinar su contenido. Quienes no tengan esa competencia sólo podrán formular propuestas que, a pesar de tener un alto contenido moral y ser beneficiosas, no serán Derecho hasta que no hayan sido incorporadas como tal por los órganos competentes. 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 competencias²⁴.

La ética pública que postula el modelo de PECES-BARBA se expresa o identifica en cuatro valores morales, que se fundan y derivan de la dignidad del ser humano y que hacen posible su realización en la vida social, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica. Estos cuatro valores constituyen el prius de la moralidad del poder y del Derecho en el paradigma político y jurídico de la modernidad²⁵.

La adopción política y jurídica de uno u otro valor determinará el tipo de Estado o 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 Derecho²⁶, en función de uno u otro valor que se acoja en los ámbitos políticos y jurídicos, o se le otorgue mayor importancia frente a los demás. La síntesis integradora de todos ellos será el Estado liberal, social y democrático de Derecho, pues al integrar de manera equilibrada y conjunta los cuatro valores de la modernidad –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad– impulsa armoniosamente la racionalidad y la humanidad²⁷.

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

²² PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís y otros, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 348-349.

²³ Vid: *Ibid.*, p. 340.

²⁴ Cfr.: SÁNCHEZ, Remedio. *Introducción al Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 207-208.

²⁵ *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 64.

²⁶ Al respecto, vid: DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 112-126.

²⁷ *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 34 y 41.

reconstruir y ensayar desde un paradigma abstracto –como lo hace PECES-BARBA– la existencia y contenido de esos valores. Así tenemos que²⁸:

La seguridad jurídica es la condición de los otros valores y exige la creación de un espacio de paz, de orden, de certeza, de superación del miedo, ante agresiones o amenazas de la fuerza irracional del otro o del poder político, ante la enfermedad, la vejez, etc.²⁹, es decir, ante aquellas realidades personales, sociales o fácticas que pueden impedir o dificultar la existencia de los otros valores. Seguridad y justicia no son incompatibles. En las sociedades democráticas la seguridad es una dimensión de la justicia que denominamos justicia formal³⁰.

La libertad, se expresa como libertad social, política y jurídica, es decir, aquel valor que exige la creación de aquellas condiciones en la vida social y política para que nuestra capacidad de elegir o libertad psicológica se pueda ejercer plenamente, en la elección de nuestros planes de vida, de nuestro camino a la felicidad, o de nuestra idea del bien, que nos encamine o aproxime a la libertad o independencia moral³¹.

La igualdad es un valor que no puede comprenderse sin la libertad, pues ésta permite entenderla en dos sentidos principales. En primer lugar, como igual libertad –denominada también igualdad formal–, es decir como aquella situación en la cual los beneficios de la libertad social, política y jurídica alcancen a todos sin distinción. En segundo lugar, como igualdad para la libertad llamada también igualdad material–, es decir, como creación de las condiciones mínimas para que todas las personas estén en aptitud de ejercer su libertad de elección y que puedan beneficiarse, de hecho, de la libertad social en la búsqueda de sus planes o proyectos vitales. Este segundo sentido de la igualdad exige que los poderes públicos garanticen por sí, o que promuevan y organicen que otros lo hagan, la satisfacción de unas necesidades básicas, radicales, de mantenimiento o de mejora, o de unos bienes primarios de los que carecen los menos favorecidos, que impiden a éstos alcanzar otros bienes y que los pone en una situación de la que no pueden salir por sí mismos³².

Finalmente, la solidaridad –sinónimo de la fraternidad, en la vieja trilogía de la Revolución francesa– que en el modelo de PECES-BARBA representa la cooperación en la construcción de la moralidad de la modernidad y de sus dimensiones políticas y jurídicas, pero 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 quien. Se basa en la aceptación de los valores comunes, y de que se vive en una comunidad con experiencias históricas, con esperanzas y con sufrimientos comunes y con una cultura común, en la que se desea participar y ayudar a su enraizamiento, con una lealtad que

²⁸ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 64-71; y: *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 226 y siguientes.

²⁹ “La seguridad constituye ‘un deseo arraigado en la vida anímica del hombre’, que siente terror ‘ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a la que está sometido’. La exigencia de seguridad de orientación (...) es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad.” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*, segunda edición revisada y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1994, p. 24).

³⁰ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, ob. cit., p. 324.

³¹ *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 56.

³² *Ibid.*, p. 67-68.

nos integra en el proyecto y nos conduce a impulsarlo. Postula obligaciones positivas, que corresponden a los poderes públicos y también a 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 es sinónimo de igualdad, ni tampoco es sólo una virtud privada, pues se puede defender la igualdad, sin ser solidarios, aunque no es correcta la afirmación contraria, ya que la solidaridad es inseparable de la igualdad en sus dos sentidos –formal y material–³³.

En definitiva, sin estos valores morales –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad–, asumidos por el poder político, no se cuenta con el prerequisite inicial para construir un sistema jurídico de derechos fundamentales, y sin la incorporación de esos valores al Derecho y su desarrollo a través de este tipo de derechos, tampoco se podría hablar plenamente de derechos fundamentales. Ni basta su dimensión moral, ni tampoco es suficiente su dimensión política, es necesario su perfeccionamiento con la positivación jurídica³⁴.

III. EL PODER QUE SE RELACIONA CON LA MORAL Y EL DERECHO

El poder relevante para la relación entre moral, poder y Derecho es el poder político. Éste se encuentra organizado jurídicamente y 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 Derecho³⁵. Cuenta con especiales características y a causa de su función social debe preocuparse de la justificación moral de sus normas jurídicas para tener legitimidad³⁶. En el modelo prescriptivo de Peces-Barba este poder debe interrelacionarse con la ética pública para que su actividad no sólo sea exitosa sino también moralmente buena; debe aceptar ser racionalizado o limitado y producir un Derecho justo para garantizar y promover la humanidad del individuo y el bienestar de la sociedad en su conjunto. Debe ser, además, un poder democrático que positivice los valores de la ética pública, así como los derechos y principios que se derivan de ellos.

Si este poder actuase prescindiendo de la ética pública, no podría garantizar su subsistencia, ni mucho menos la convivencia civilizada o la supervivencia de la comunidad humana. Sería un poder ilegítimo con vocación de producir un Derecho injusto. Por tanto, debe relacionarse con la ética pública, expresarla jurídicamente y aceptar ser racionalizado a través del Derecho.

Esta interrelación no supone confundir ética con política, pero sí defender que la ética pública debe regular y controlar al poder político, y que si éste no la asume entonces ella deberá actuar como moralidad crítica para juzgar y presionar al poder

³³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 69-71. Vid, además: VIDAL GIL, Ernesto. “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo X, 1993, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 89 y siguientes.

³⁴ *Curso de Derechos Fundamentales*, p. 351.

³⁵ “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–.” (HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, traducción de Luis Tobbio, primera reimpresión a la segunda impresión en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 309).

³⁶ HELLER, Hermann. *Ibid.*, p. 309.

con miras a ser asumida como ética política y subsiguientemente como ética jurídica. 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 ética y la política no se rigen por un mismo código de reglas, lo que indudablemente redundará en el contenido del Derecho. Sólo un poder relacionado con la moral –tanto en su origen como en su ejercicio– y con vocación de producir un Derecho justo podrá garantizar, a la vez, la convivencia civilizada y la supervivencia de la comunidad humana³⁷.

3.1 Un poder estatal con especiales características

Este poder político no es otro que el Estado, aquel que se presenta como el gran mediador entre la sociedad y el Derecho, entre los poderes sociales y las normas jurídicas. Un poder activo, transformador, que en el modelo normativo de PECES-BARBA aparece además como un poder político que expresa la racionalidad estatal necesaria para el impulso de los objetivos de la modernidad, abierto a la moralidad pública y a la realidad social, y caracterizado como hecho fundante básico del Derecho, origen de su validez y garante de su eficacia.

El concepto de Estado puede tener diversas acepciones³⁸, pero en el modelo de Peces-Barba es definido como aquel poder político moderno que, si bien es capaz de imponer la propia voluntad para determinar los comportamientos ajenos, reúne una serie de rasgos que lo concretan a la vida del ser humano 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. Un poder político, propio del paradigma de la modernidad, que es capaz de actuar y de producir efectos con arreglo a determinados valores o fines que los justifican y que se ha denominado como ética pública. Un poder que es origen del Derecho y, a su vez, organizado y limitado por el Derecho³⁹.

Así concebido, el Estado puede tener distintas configuraciones posibles, que condicionan las diversas formas de Derecho, dependiendo de los valores o fines que asuma como políticos y que traslade como normas jurídicas al ordenamiento; siendo posible –como se ha dicho– hablar de un Estado liberal, de un Estado social, o de un Estado democrático de Derecho⁴⁰.

Pero la propuesta exigente de PECES-BARBA va más allá. No se conforma con cualquier tipo de Estado que asuma algún valor de la modernidad, sino que postula uno que exprese la racionalidad estatal necesaria para el impulso de los objetivos de la modernidad, aquél que incorpora y garantiza los cuatro valores modernos: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Su propuesta requiere de un poder capaz de asumir esos valores y de convertirlos en Derecho, así como los principios y derechos que se deriven de ellos. Un Estado que responda al modelo de la modernidad y sea capaz de integrar y de impulsar conjunta y equilibradamente esos valores para alcanzar los

³⁷ Cfr.: FERNÁNDEZ, Eusebio. *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 37.

³⁸ Vid: DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado*, quinta edición, Fondo de Cultura Económica – Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, México D.F., p. 41 y siguientes.

³⁹ Vid: *Curso de Derechos Fundamentales*, p. 334.

⁴⁰ Vid: DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 112-126.

objetivos de racionalidad y de humanidad. Es el Estado liberal, social y democrático de Derecho⁴¹.

Sin perjuicio de ello, el rector de la Universidad Carlos III de Madrid recuerda el protagonismo de otros actores distintos del Estado para impulsar, junto con él, esos valores y alcanzar esos objetivos, pues la historia de la modernidad es en gran parte la historia de esos otros protagonistas que evitan los excesos derivados de un protagonismo exclusivo y excluyente del Estado. Así destacan el propio individuo, y muchas de las agrupaciones en las que se integra y que constituyen lo que se denomina sociedad civil⁴².

Este poder o estado, así concebido, se caracteriza por ser único, abierto, institucionalizado y complejo.

El Estado es único porque no reconoce superior y detenta el monopolio en el uso de la fuerza⁴³. Esto significa que tiene una raíz única –la soberanía– y que no reconoce poder superior. No significa que sea un poder ilimitado, ni que actúe siempre desde una única plataforma. Por eso algunos tipos específicos de Estado reparten el ejercicio del poder en diversas instancias territoriales (Estados federales, autonomías, gobiernos regionales, etc.) o actúan según una división funcional del poder (legislativo, ejecutivo, judicial, etc.)⁴⁴. No obstante, el fenómeno de la globalización y en especial el proceso de la unidad europea exigen matizar en algo este concepto, pues en él los Estados están perdiendo parte de sus competencias soberanas en beneficio del nuevo ente que es 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 ha sido esbozado.

El Estado es además “un poder abierto a la realidad social y a la moralidad”⁴⁵. Un poder que se abre a los valores morales de la modernidad, integrándolos como valores políticos –la ética pública política–, a los que podrá convertir en valores jurídicos a través de la positivación. Por eso no sólo es un hecho de fuerza, sino un poder institucionalizado, integrado en torno a ideales, a valores, a principios que actúan como objetivos o fines máximos para su actuación⁴⁶. 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

⁴¹ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 34, 41 y 94-95.

⁴² *Ibid.*, p. 41.

⁴³ 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*, ob. cit., p. 335.

⁴⁴ *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 337.

⁴⁵ “Derecho y Fuerza”, ob. cit., p. 102.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 102.

es la que permite y justifica el consenso, que a su vez es raíz de las pretensiones de obediencia que el Derecho –creado por el poder– comporta y postula⁴⁷.

Pero el Estado es también un poder complejo, con plurales fuentes en su formación. No puede ser identificado con la idea simplista del soberano, que se reduce a un hombre o conjunto de hombres. 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 realidad. 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 Derecho⁴⁸. Ciertamente el núcleo central y la referencia identificadora de ese poder son las instituciones del legislativo, el ejecutivo y el judicial, así como de los demás órganos estatales, entre los cuales están los detentadores de la fuerza –fuerzas armadas y policía–, pero también los poderes económicos, culturales, sociales y religiosos, los 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 cohesionan a ese poder⁴⁹. “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”⁵⁰.

Este Estado o poder político descrito como único, institucionalizado y complejo es una realidad social que PECES-BARBA llama hecho fundante básico del

⁴⁷ Vid: *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 338. También: DÍAZ, Elías. “El derecho: La razón de la fuerza y la fuerza de la razón”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año I, Febrero-October 1993, N° 1, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 210 y siguientes.

⁴⁸ *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 339-340.

⁴⁹ “Se puede utilizar ‘Poder’ en referencia a la organización política o al conjunto de factores o elementos sociales que desarrollan, todos ellos, una determinada actuación social en la que destaca, en muchas ocasiones, la actuación de una dimensión normativa. Así, por ejemplo, se dice que el Estado es la forma moderna de organización y estructuración del Poder (*con mayúsculas*) político. Dentro de esta dimensión, en la que el Poder se concibe como un elemento de actuación social, cabe, a su vez, identificar dos nociones, una restringida y otra amplia. La noción restringida se refiere al Poder político, al Poder del Estado, instancia a la que se pueden reconducir todas las posibilidades de producción normativa jurídica. La noción amplia de ‘Poder’, concibe a éste como el conjunto de fuerzas y factores sociales que apoyan una determinada estructuración de la sociedad compartiendo, al menos en lo muy básico y esencial, los elementos nucleares –ideológicos, axiológicos...– en los que se basa la organización social. Desde este punto de vista, el Poder en sentido amplio estaría compuesto por el conjunto de actores sociales que actúan, en diversas direcciones, en un marco compartido por todos ellos. Con independencia de que haya que tenerse en cuenta que, en última instancia, la relación entre el Derecho y el Poder en la dimensión de creación de normas se reconduce a los criterios establecidos por el Poder Estatal, lo cierto es que el Poder es un fenómeno complejo.” (ANSUÁTEGUI, Francisco. J. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1997, p. 44).

⁵⁰ PECES-BARBA, Gregorio. “Derecho y Fuerza”, ob. cit., pp. 102-103.

Derecho (que como veremos luego se completa con la idea de norma fundante básica de identificación de normas), aquél que es causa última de la validez del ordenamiento y garante de su eficacia, el poder que organiza la estructura del Derecho y es fuente de toda producción normativa. Dicho de otra manera, el hecho institucionalizado que incorpora una moralidad crítica y la convierte en moralidad política y ésta en moralidad jurídica⁵¹.

3.2 Un poder democrático legitimado tanto en su origen como en su ejercicio

Pero para el modelo propuesto por Peces-Barba no basta con que el poder político esté abierto a la moralidad pública y a la realidad social. Es necesario que asuma de la ética pública determinadas pretensiones morales para convertirlas en derechos fundamentales, a través de su incorporación al Derecho positivo. Exige, pues, un poder democrático porque sólo éste es capaz de decidir racionalizarse y de justificarse mediante la positivación de derechos fundamentales, amén de los valores y de los principios que se derivan de éstos. Esta característica es propia del poder democrático y de la relación entre moral, poder y Derecho. Bien podríamos decir que sin positivación de los derechos fundamentales no hay poder democrático, y que sin poder democrático no es posible modelo alguno de derechos fundamentales. Sólo el poder democrático asume como tarea positivizar las pretensiones morales (justificadas en los valores de la ética pública), susceptibles de comportarse como derechos fundamentales. Sólo este tipo de poder aceptaría positivizar este tipo de derechos, a sabiendas de que actuarán sobre él limitándolo, sujetándolo a restricciones en su voluntad y en su capacidad de acción⁵².

Según el modelo democrático el poder es, entonces, fuerza más consenso en unos valores de integración que asume de la moralidad pública, que sostiene la eficacia del Derecho al que transmite los valores de la ética pública como valores jurídicos y la fuerza de la coacción⁵³.

El poder así concebido debe ser legítimo tanto en su origen como en su ejercicio. 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 concretan en la necesidad del consentimiento de los ciudadanos, articulado por el principio de las mayorías y organizado a través del sufragio universal, igual, libre, directo y secreto. Es la participación a través de elecciones periódicas, donde intervienen todos los ciudadanos 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, y con garantía de intimidad para evitar represalias y como condición del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esta legitimidad de origen sólo es posible en los sistemas democráticos, y es la legal-racional, pues establece una regla basada en las mayorías y en el sufragio a través de unos

⁵¹ Cfr.: *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 334; “Derecho y Fuerza”, ob. cit., pp. 96 y 102; y *Ética, Poder y Derecho*, op. cit., pp. 17 y 80.

⁵² *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 347-348. Vid al respecto: ANSUÁTEGUI, Francisco. J. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, ob. cit., p. 49.

⁵³ “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, op. cit., p. 17.

procedimientos fijos y preestablecidos que garantizan su igualdad para expresar el consentimiento⁵⁴.

La legitimidad de ejercicio del poder político, en cambio, se relaciona con su actividad en el tiempo. Supone un poder racionalizado, organizado y limitado por un ordenamiento jurídico que ha incorporado para sí determinados valores de la moralidad política, así como sus proyecciones expresadas en principios y derechos fundamentales, núcleos de la cohesión del poder político democrático y contenido de justicia del Derecho⁵⁵. El ejercicio del poder, para ser legítimo, 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.

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 o justicia, aparece una vez más la interconexión entre poder y Derecho, entre legitimidad y justicia. Así, el estudio de la legitimidad de ejercicio desde el punto de vista del poder se convierte en estudio del Derecho justo a través de la mediación de la ética pública. Por eso se dice que la legitimidad del poder es el primer ámbito de la justicia del Derecho⁵⁶.

2.3 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 deber 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 organización del poder son dimensiones necesarias para el poder democrático que postula el modelo prescriptivo exigente de PECES-BARBA. Digamos que las razones de legitimidad de un Estado residen en ser un poder limitado y organizado por el Derecho⁵⁷.

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 –que se identifica con sus límites y organización–, se produce desde dos ámbitos de actuación: desde los derechos fundamentales que lo limitan y desde las normas de organización del poder (como la separación de poderes, los mecanismos de control, etc.). Se trata de dos dimensiones que, como desarrollo de los valores morales, son expresión de la moralidad pública que es asumida como moralidad política y luego positivizada como moralidad jurídica⁵⁸.

Sin perjuicio de esta distinción teórica o metodológica, debe llamarse la atención sobre el carácter organizativo que tiene la dimensión de limitación, y sobre el carácter de limitación que tiene la dimensión de organización, pues la limitación implica una forma de organizar el poder que deberá estructurarse o realizarse respetando esos límites o cumpliendo con las exigencias que estos demanden. De la

⁵⁴ “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, ob. cit., p. 320-321.

⁵⁵ Vid: Ibid., p. 322.

⁵⁶ Vid: Ibid., pp. 321-322.

⁵⁷ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, op. cit., p. 82.

⁵⁸ Ibid.

misma manera, la organización importa una forma de limitar el poder, en tanto éste sólo podrá ser ejercitado a través de los procedimientos o competencias como haya sido organizado. Esta relación se puede advertir especialmente en los derechos de participación política de raíz democrática⁵⁹.

Consideramos que 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; o 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 –en nuestra opinión– esfera de poder exento de ese tipo de control –con excepción del poder soberano o constituyente– en especial si la actuación del poder amenaza o afecta derechos fundamentales⁶⁰.

3.4 Un poder que funciona según el principio de mayorías y el de negociación

Hasta aquí hemos visto que la moralidad pública que se postula es previa al poder y al Derecho, pero, al mismo tiempo, en el modelo de Peces-Barba, no es una moralidad que se presente como verdad moral única, ni como única respuesta correcta a los problemas del individuo o a la organización de la vida social más adecuada para favorecer la autonomía y la independencia, raíz de la moralidad privada. Es una ética pública sobre la que existen –como lo demuestra la historia– plurales 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 en todas sus potencialidades. Una moralidad 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. Una ética pública con pretensión de universalidad, debido al carácter general y abstracto de los valores que desarrollan la idea de dignidad humana, y que implica, desde el punto de vista temporal su validez para todos los tiempos y desde el espacial su extensión a toda la familia humana.

⁵⁹ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 90.

⁶⁰ Sobre el control del poder, puede revisarse: ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*. Introducción a una teoría constitucional del control. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 41 y siguientes. También, del mismo autor: “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Enero-Abril 1987, Nº 19, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 15 y siguientes; y, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, Mayo-Agosto 1986, Nº 17, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 85 y siguientes. Además: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Control judicial del poder político”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año IV, Enero 1999, Nº 7, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 81-87.

Pero, 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–, tiene también una dimensión más diversificada donde, desde el pluralismo, se sitúan las distintas concepciones ideológicas que suponen diferentes puntos de vista sobre el interés general y el bien común, en definitiva, sobre las proyecciones concretas de los valores que integran la ética pública⁶¹. Por eso, “la 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– 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”⁶².

Por lo tanto, 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 se expresa por el principio de las mayorías, que es completado por el principio de negociación⁶³.

Desde un punto de vista jurídico, el principio de las mayorías 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 toma de decisiones de los órganos políticos, como un principio final que supone el procedimiento para la formación de la voluntad 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)⁶⁴.

El principio de negociación, en cambio, 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. En un principio que conduce al comportamiento negociador, al espíritu de consenso, que es un elemento imprescindible en una democracia participativa, con un diálogo y comunicación entre posiciones plurales⁶⁵. El principio de negociación

⁶¹ “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, ob. cit., pp. 29-30.

⁶² PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 98.

⁶³ Vid: “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, ob. cit., p. 30; y *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 98-99.

⁶⁴ “El protagonismo del Parlamento”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico* (escritos de Filosofía Jurídica y Política), Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, pp. 149-150; y, *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 102-104.

⁶⁵ Cfr.: “El protagonismo del Parlamento”, ob. cit., pp. 149-150.

busca que las decisiones sean el producto de un diálogo deliberativo, de una contraposición de argumentos que revise todas las opciones posibles o escuche las ideas de los actores políticos o jurídicos involucrados. Busca que, en la medida de lo posible, las decisiones sean el resultado de un consenso, pero si éste no se consigue el principio de negociación cede ante el principio de las mayorías.

No obstante, tanto el principio de las mayorías como el de negociación pueden no resultar de aplicación allí donde existan materias que los limiten –como la moralidad legalizada en la Constitución– o donde prevalezca el principio de autoridad –como ocurre en algunas competencias del Presidente del Parlamento respecto a la mayoría parlamentaria⁶⁶.

Tanto el principio de las mayorías como el de negociación requieren, para su realización, de un ámbito donde se respeten los valores de la ética pública, y de un poder 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 principio de las mayorías ni de adecuación 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 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”⁶⁷.

El principio de la negociación tiene su límite en los resultados de la aplicación de la regla de las mayorías; en consecuencia, sólo se puede activar hasta el momento inmediatamente precedente para la toma de la decisión, es decir, antes de que la regla de las mayorías haya empezado a funcionar para conformar la voluntad colegiada⁶⁸. Por su parte, el principio de las mayorías presenta una serie de límites⁶⁹, por ejemplo, límites en relación con los destinatarios, referidos a las minorías religiosas, étnicas, raciales, etc. y en el ámbito del sistema parlamentario a las minorías políticas⁷⁰, unas y otras deben estar protegidas por normas que regulen sus derechos y los procedimientos para defenderlos, considerándolos blindados frente al principio de las mayorías, entre otras cosas porque pueden convertirse en mayorías. Sin perjuicio de

⁶⁶ Cfr.: “El protagonismo del Parlamento”, ob. cit., p. 156 y siguientes.

⁶⁷ PECES-BARBA, Gregorio. “El protagonismo del Parlamento”, op. cit., pp. 149-150.

⁶⁸ Ibid., p. 151.

⁶⁹ Cfr.: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 99-100 y 104-107, con: “El protagonismo del Parlamento”, ob. cit., pp. 150-151.

⁷⁰ “(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”, ob. cit., p. 150).

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 mayoría.

Sin embargo, estos dos principios, 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 jurídicas⁷¹. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la mayoría le da un valor excesivo a su condición y descarta la negociación y/o la participación de las minorías en la formación de la voluntad colegiada (patología de autoridad)⁷²; o cuando se pretende convertir a la negociación en el único procedimiento para la toma de decisiones, al margen del principio de las mayorías (patología de autonomía)⁷³.

El modelo de la ética pública de la modernidad es el paradigma teórico que evita estas patologías, asegurando una correcta armonía en la aplicación del principio de las mayorías con el de negociación.

4. EL DERECHO QUE SE RELACIONA CON LA MORAL Y EL PODER

El concepto de Derecho relevante para la relación que Peces-Barba postula entre moral, poder y Derecho parte de una concepción positivista abierta a la moralidad, que permite hablar de la justicia del Derecho como expresión de la ética pública en el campo jurídico, a semejanza de la legitimidad del poder como expresión de esa misma ética pero en el ámbito político. Se trata de un Derecho al que el poder político ha incorporado –a través de la positivación– contenidos de la moralidad pública que previamente ha asumido como moralidad política. Su concepto parte además de una forma sistemática de concebir la organización jurídica en manos del poder político, que es propia de la cultura moderna. El Derecho es definido como un ordenamiento jurídico estatal que presenta las características de sistema, pero que en el modelo exigente que propone Peces-Barba no sólo debe incorporar a los valores políticos de la modernidad –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad–, sino también a los derechos fundamentales, a los principios de organización y a otros principios que se derivan de ellos.

4.1 Un Derecho entendido bajo una concepción positivista abierta a la moral

El concepto de Derecho que postula PECES-BARBA parte de una concepción positivista abierta a la moralidad y a la realidad social⁷⁴, de un positivismo metodológico que es calificado por el autor como corregido, flexible e incluso dúctil⁷⁵ o ético⁷⁶, que encuentra explicación –como todas sus posturas y premisas– en la razón situada en la historia⁷⁷. Efectivamente, Peces-Barba considera que hoy en día no es

⁷¹ Vid: Ibid., p. 151.

⁷² Ibid., p. 152.

⁷³ Ibid., p. 151.

⁷⁴ “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, ob. cit., p. 35.

⁷⁵ “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., p. 123.

⁷⁶ “No en el sentido de positivismo ideológico, es decir, donde el derecho 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. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., p. 123, nota a pie de página N° 17).

⁷⁷ “Por mi carácter –dice PECES-BARBA– 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

sostenible la tesis de la teoría pura del Derecho, expresión más perfilada del positivismo clásico, de que se puede obtener un concepto del Derecho prescindiendo de su justicia y de su substrato social. “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”⁷⁸. 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. 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 (D)erecho 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”⁷⁹. Según PECES-BARBA, la distinción positivista entre Derecho y moral, que coincide con el ideal de una concepción política laica, debe ser formulado hoy de la siguiente manera: “no existe una identificación conceptual entre Derecho y ética privada”⁸⁰, ya que, como afirma Eusebio FERNÁNDEZ, “el Derecho es estructuralmente moral porque todo ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia”⁸¹, entendiéndose dicha referencia a la moral –en palabras de PECES-BARBA– como equivalente a ética pública⁸².

La postura de PECES-BARBA se diferencia del iusnaturalismo porque no acepta como jurídica a una moralidad que no ha sido positivizada, es decir producida como Derecho –aunque como moralidad sea previa al mismo– por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento de producción normativa preestablecido. Se diferencia del positivismo clásico por esa relevancia que otorga a la moralidad pública

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.” (“Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., p. 121).

⁷⁸ “Sobre el positivismo jurídico”, op. cit., p. 84.

⁷⁹ Ibid., p. 87.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ FERNÁNDEZ, Eusebio. “Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?”, *Documentación social*, N° 83, p. 60.

⁸² “Sobre el positivismo jurídico”, ob. cit., pp. 87-88.

que sitúa como componente necesario del Derecho. “No es un adorno, sino que forma parte del contenido esencial de lo jurídico”⁸³.

4.2 Un Derecho con contenidos de justicia o de ética pública positivizados y sustentados por el poder

A partir de esa concepción flexible o corregida del positivismo, se considera que el Derecho debe ser sensible a unos contenidos de moralidad, como elementos constitutivos de su propio concepto, así como a su sustrato social. De lo contrario se dificulta una visión plena de la legitimidad del poder y de sus límites, haciéndose además insostenible un modelo de derechos fundamentales⁸⁴.

Son los valores modernos –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad– que al haber sido positivizados, junto con los derechos y principios que derivan de ellos, los que constituyen la ética pública legalizada y, por consiguiente, la justicia del Derecho, en el modelo prescriptivo de PECES-BARBA⁸⁵. Esa justicia del Derecho tiene una raíz común con la legitimidad del poder y la moralidad pública: la dignidad del ser humano. Todos los objetivos convergen en favorecer el desarrollo de esa condición digna de la persona, es decir, su capacidad de elegir, de construir conceptos generales y de razonar, de dialogar y de comunicarse y de fijar por sí mismo sus planes de vida, su ética privada en suma.

En este modelo de relación moral-poder-Derecho, no basta pues con que el ordenamiento jurídico presente una estructura formal y un funcionamiento predecible o “seguro” para ser justo –aunque sí sean una condición necesaria para alcanzar ese objetivo, pues sin seguridad no puede haber respeto ni promoción de la persona–. De ser así, se estaría dotando al poder político de cierta legitimidad y a su Derecho de cierta justicia –formal–, independiente del contenido y del origen de sus normas. 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 ninguna⁸⁶.

La justicia del Derecho sólo es posible desde un poder que facilite su eficacia, que garantice su existencia. El Derecho, por su parte, es el vehículo de los procedimientos para alcanzar la legitimidad de origen del poder; así como el instrumento para racionalizarlo –organizándolo y limitándolo– en aras de alcanzar su legitimidad de ejercicio⁸⁷. Es más, se puede afirmar que no existe justicia del Derecho sin poder legítimo ni poder legítimo sin justicia del Derecho. Así, la legitimidad del

⁸³ PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., p. 123.

⁸⁴ “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, ob. cit., p. 20.

⁸⁵ “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, ob. cit., p. 322.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Vid: Ibid., p. 321-322.

poder se sustenta en que integra postulados del Derecho justo y la justicia del Derecho se realiza en parte limitando y organizando al poder⁸⁸.

4.3 Un Derecho organizado por el poder bajo la concepción de sistema, a partir de una norma básica de identificación de normas

La concepción del Derecho en el modelo de Peces-Barba es propia de la cultura moderna⁸⁹. Concibe al Derecho como un ordenamiento jurídico estructurado por el Estado o poder político bajo la idea de sistema. En un plano teórico, este Derecho suele ser definido como un conjunto de normas jurídicas que, en alguna medida, resultan siendo públicas, generales, claras, estables, de cumplimiento posible, irretroactivas y no contradictorias⁹⁰, que posee rasgos de unidad, coherencia y plenitud⁹¹, aunque en el modelo de PECES-BARBA presenta algunos matices que el autor se encarga de señalar. Así por ejemplo, en este modelo la unidad del sistema jurídico está dada por lo que denomina “norma básica de identificación de normas”⁹²; mientras que la plenitud y coherencia del sistema jurídico son de naturaleza formal, al parecer, debido a su concepción positivista abierta a valores: “La plenitud es una plenitud formal, 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 –principios–, 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”⁹³.

Con esta forma de concebir el Derecho los análisis tópicos –que tienen sus antecedentes en la cultura premoderna– y la ponderación de valores, derechos o

⁸⁸ “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, ob. cit., pp. 319-320.

Elías DÍAZ, por ejemplo, utiliza el término legitimidad para hablar del Derecho justo –que debe ser– para diferenciarlo de la legalidad como sinónimo de Derecho positivo –o Derecho que es–. “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 –dice Elías Díaz–, normatividad jurídica, Derecho positivo, Derecho sin más u ordenamiento jurídico. (...) la 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.” (DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 27-28).

⁸⁹ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 12-13.

⁹⁰ Son los ocho elementos de la moral interna del Derecho. Vid: ESCUDERO, Rafael. *Positivismo y moral interna del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 200, p. 29 y siguientes.

⁹¹ Vid: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Quinta reimpresión, trad. de Eduardo Roza Acuña, Debate, Madrid, 1998, p. 165 y siguientes.

⁹² “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., pp. 124-125.

⁹³ PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 125.

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 de la misma⁹⁴.

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. Por lo tanto, se trata de una concepción que excluye o no reconoce como jurídicas –en el sentido de integrar el Derecho así planteado– a otros ordenamientos distintos al del Estado, que puedan encontrarse en otros ámbitos de la sociedad civil, el económico, el religioso, el cultural, etc. –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 sociales⁹⁵. De no ser así –dice PECES-BARBA– estaríamos ante un planteamiento antimoderno que recordaría a la poliarquía medieval⁹⁶. “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”⁹⁷.

Este Derecho concebido como sistema se edifica, en el modelo de PECES-BARBA, a partir de lo que denomina “norma básica de identificación de normas”, también llamada norma fundante básica o norma fundante básica de identificación de normas. Es la norma que permite identificar la validez de las normas que pertenecen a ese Derecho y es un concepto jurídico interno de éste. Hace posible la unidad sistemática del ordenamiento jurídico apoyado en el hecho fundante básico⁹⁸. Es una construcción doctrinal que expresa la existencia, principalmente en la Constitución, pero a veces con prolongaciones en leyes y reglamentos, de normas de competencia, de producción de normas y otros criterios de validez, que permiten una construcción sistemática del ordenamiento jurídico y son la referencia de su unidad⁹⁹.

La norma fundante básica, en el modelo de interrelación moral, poder y Derecho de PECES-BARBA, tiene una dimensión formal y otra material. Esta característica es muy importante. La dimensión formal permite responder a las

⁹⁴ *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 248.

⁹⁵ Cfr.: 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, pp. 86-87.

⁹⁶ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 92-93.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁹⁸ *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 90.

⁹⁹ “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., pp. 124-125.

preguntas ¿quién manda? –competencia– y ¿cómo se manda? –procedimiento–¹⁰⁰. Mientras que la dimensión material responde a la pregunta ¿qué se manda? –contenido–¹⁰¹. En efecto, si la dimensión formal comprende los criterios formales de validez –órganos y procedimientos– que determinan quién tiene competencia de producción normativa y con qué trámites se debe producir esa decisión normativa; la dimensión material comprende los criterios materiales de validez, como contenidos de ética pública que han sido positivizados, y que en el modelo propuesto por Peces-Barba no sólo se refiere a los valores jurídicos, sino a sus prolongaciones en derechos fundamentales, principios de organización y otros principios, que determinan qué decisión normativa se puede producir y que ninguna norma puede contradecir o vulnerar. Ambas dimensiones, conjuntamente, sirven para identificar a las normas pertenecientes al ordenamiento jurídico, es decir, a las normas válidas, constatando la adecuación de cada norma a esos criterios formales y materiales. Por eso se puede hablar también de una norma básica material y de una norma básica formal de identificación de normas.

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 de contenido 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 límite de 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 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 controversia¹⁰².

Conforme a ello, en el modelo propuesto por PECES-BARBA, si la declaración o determinación de validez o invalidez de una norma jurídica se encuentra a cargo de los órganos competentes a los que el ordenamiento jurídico haya encargado esa función, se sigue que bien puede ocurrir que una norma jurídica, “aparentemente” contraria con la Constitución o 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 moralidad crítica o al consenso social, estaremos ante una norma válida pero injusta –en el sentido de ser contraria a la ética pública o moral crítica–, ante una norma válida pero que carece de legitimación –en el sentido de no gozar del apoyo social–. Cuando eso ocurre la moralidad crítica debe servir como criterio para juzgar al Derecho y como programa para alcanzar el poder o lograr que éste proceda a la modificación de aquél¹⁰³.

¹⁰⁰ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 95-96.

¹⁰¹ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. *Ibid.*, p. 95-96.

¹⁰² Vid: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., p. 124; *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 96; y, *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 346-347.

¹⁰³ No obstante, un sector de la doctrina distingue entre validez y aplicabilidad de una norma jurídica, señalando que puede haber normas válidas pero inaplicables, pero también puede haber normas aplicables pero inválidas. Al respecto vid: MORESO José J. *La indeterminación del Derecho y la*

4.4 Un Derecho integrado por valores superiores, derechos fundamentales y principios

Especial consideración merece el contenido de este Derecho, específicamente el contenido 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 –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad– pero también a los derechos fundamentales y principios que se derivan de ellos. El modelo es exigente porque al partir de la incorporación conjunta y equilibrada de los cuatro valores de la modernidad, la tipología de derechos fundamentales y de principios que recoge es la máxima posible (por ejemplo, considerar como tales a los llamados derechos económicos, culturales y sociales), 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.

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 se convierten en auténticas normas jurídicas, gozando de la mayor jerarquía al incorporarse a la Constitución¹⁰⁴. Suelen recibir también el nombre de “valores superiores”¹⁰⁵, pasando a integrar la norma fundante básica o de identificación de normas, por lo que cumple con todas y cada una de sus funciones, en especial la de servir de guía para la producción jurídica y la de informar con carácter general a todas las normas del ordenamiento que deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de esos valores¹⁰⁶.

Estos valores superiores se desarrollan al interior del ordenamiento jurídico en derechos fundamentales, principios de organización y otros principios que coadyuvan a la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas e integran también la norma fundante básica de identificación de normas, constituyendo, junto con los valores, las normas jurídicas con mayor densidad ética¹⁰⁷.

Los derechos fundamentales, junto con los valores y los principios, forman parte del contenido de justicia del Derecho de una sociedad democrática moderna. Tienen como fin último ayudar a que todas los seres humanos puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible, en cada momento histórico. Son instrumentos para

interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 159.

¹⁰⁴ Vid: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión a la tercera edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 98-99.

¹⁰⁵ Es el caso del artículo 1.1 de la Constitución española. “Uno de los motivos principales, por consiguiente, de esa utilización en el artículo 1.º-1 de la expresión ‘valores superiores’ es precisamente la de superar la antítesis iusnaturalismo-positivismo, permanentemente latente en la cultura jurídica contemporánea. (...). No es un planteamiento positivista, ya que habla de los valores, ni tampoco iusnaturalista, porque están positivados y son históricos.” (PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Tecnos, Madrid, 1984, p. 53).

¹⁰⁶ Vid: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 288-289.

¹⁰⁷ *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 359.

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 privada¹⁰⁸.

Los derechos fundamentales cumplen, según el modelo de PECES-BARBA, funciones al exterior del ordenamiento jurídico y otras al interior de éste. En el primer caso la función principal de tal tipo de derechos es orientar la organización de la sociedad, y principalmente del Derecho, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los valores y demás contenidos que identifican a esa dignidad¹⁰⁹. En el segundo caso los derechos fundamentales desempeñan dos funciones dentro del ordenamiento: (i) por un lado, desde el punto de vista objetivo, son un subsistema y forman, junto con los valores superiores y los principios jurídicos, la norma fundante básica, por lo que al igual que ellos sirven de guía para la producción, aplicación e interpretación del Derecho, así como criterio para identificar las demás normas del ordenamiento jurídico; (ii) por otro lado, 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 poder¹¹⁰, como cauces para la participación política y social y como medio de establecer prestaciones para la satisfacción de necesidades básicas de sus titulares¹¹¹.

Entonces, 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. La actuación y organización del poder no podrá ser contraria a los derechos fundamentales. Estos limitan tanto su ejercicio como su organización¹¹². Por consiguiente, el poder debe omitir aquellas actuaciones que puedan amenazarlos o vulnerarlos, cumplir con aquellas prestaciones necesarias para su realización efectiva y dotarlos de las garantías adecuadas para lograr dichos propósitos¹¹³.

Que los derechos fundamentales sean límites al poder no sólo significa que exijan a éste abstenerse de actuar de manera tal que los amenace o vulnere –sin duda generan esas obligaciones negativas–, sino también que exigen al poder cierta

¹⁰⁸ Vid: PECES-BARBA, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su génesis y su concepto”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año III, Febrero 1998, N° 6, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 29.

¹⁰⁹ PECES-BARBA, Gregorio. “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, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, p. 132.

¹¹⁰ 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, pp. 26-27.

¹¹¹ “De la función de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 136; y, “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, ob. cit., pp. 129-130.

¹¹² DE ASÍS, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, ob. cit., p. 27.

¹¹³ Vid: GUASTINI, Ricardo. “La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año I, Febrero-October 1993, N° 1, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 237 y siguientes.

actuación positiva necesaria para que los derechos fundamentales puedan desarrollar todo su sentido¹¹⁴.

En cuanto a los principios jurídicos se refiere, como otra manifestación de los valores superiores (como los principios de organización –que otros prefieren llamar garantías institucionales¹¹⁵–, los de interpretación y de producción normativa), ellos se presentan como “criterios para la acción, 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”¹¹⁶. Atendiendo a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, no debe perderse de vista que desde esa dimensión, ellos actúan también como principios¹¹⁷.

Naturalmente, si el Derecho así concebido está relacionado con la moral y el poder político, se sigue –en nuestra opinión– que la producción, interpretación y aplicación de los valores superiores, de los derechos fundamentales y demás principios que se derivan de aquéllos, están relacionados con criterios de moralidad y de política. Por lo tanto, los estudios y actuaciones jurídicas sobre todos ellos deberían manifestar –en nuestra opinión–, de una u otra manera, la filosofía moral y política que se sigue o que inspiran esas actuaciones, a fin de que los ciudadanos puedan conocerlas y realizar un examen crítico sobre las mismas –pues dependiendo de la filosofía moral o política que se siga se pueden llegar a consecuencias diversas–¹¹⁸.

¹¹⁴ “La 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.” (DE ASÍS, Rafael. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, ob. cit., p. 69).

¹¹⁵ Vid: BAÑO LEÓN, José María. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Septiembre-Diciembre 1988, Nº 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 155 y siguientes.

¹¹⁶ “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, ob. cit., p. 346.

Los principios jurídicos son entendidos también 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. En los últimos tiempos han dado lugar a una abundante y compleja literatura teórica, en algunos casos con posiciones diversas. Para un mayor análisis nos remitimos a: ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, en: *Doxa* Nº 5, 1988, pp. 139 y siguientes; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002, p. 47 y siguientes; y, 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, p. 41 y siguientes.

¹¹⁷ “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, ob. cit., p. 347.

Además, debido a que los derechos fundamentales, así como los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, son normas jurídicas que contienen mandatos de optimización o que carecen de supuestos de hecho o presentan de un modo fragmentario sus condiciones de aplicación, unos y otros suelen ser considerados en la Teoría del Derecho como principios jurídicos (Cfr.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 81 y siguientes; y, RUIZ SANZ, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002, p. 103 y siguientes.

¹¹⁸ Un análisis mayor de estos temas excedería de los alcances del presente trabajo; sin embargo, nos remitimos a los estudios de la profesora María del Carmen Barranco: “El concepto republicano de

Finalmente, sintetizando todo lo hasta aquí expuesto, podemos recordar conjuntamente con el profesor PECES-BARBA, que 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 moralidad necesita un apoyo social, que sólo le puede proporcionar una cierta concepción del poder y del Derecho. “A su vez una realidad del Derecho y la política que no tome en cuenta una dimensión moral, es decir que no acepte 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 pragmática, basada en la razón de Estado, o incluso a veces en la pasión de Estado, con estrategias de fuerza y de sumisión”¹¹⁹. Será el Estado de Derecho –en su versión normativa o prescriptiva– la síntesis integradora de la legitimidad del poder y de la justicia del Derecho, al identificar a la ética pública de la modernidad en sus vertientes política y jurídica¹²⁰. Mejor aún, será el Estado liberal, social y democrático de Derecho el único capaz de integrar y de impulsar conjunta y equilibradamente los cuatro valores de la ética pública de la modernidad –libertad, igualdad, seguridad y solidaridad–, así como los derechos fundamentales y principios derivados de ellos, para alcanzar los objetivos de racionalidad y de humanidad de la sociedad y del individuo¹²¹.

V. Bibliografía

ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, traducción de Manuel Atienza, en: *Doxa* N° 5, 1988, pp. 139-151;

– *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

ANSUÁTEGUI, Francisco. J. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*. IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1997.

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*, Año 7, Enero-Abril 1987, N° 19, 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*, Año 6, Mayo-Agosto 1986, N° 17, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 85-136.

libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, pp. 205-226. También a sus “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, en: *Derechos y Libertades* –Revista del Instituto Bartolomé de las Casas– N° 9, Año V, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, julio-diciembre 2000, pp. 65-90.

¹¹⁹ *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., pp. 56-57.

¹²⁰ Vid: “Legitimidad del Poder y Justicia del Derecho”, ob. cit., pp. 319-320.

¹²¹ Vid: *Ética, Poder y Derecho*, ob. cit., p. 34, 41 y 94-95.

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.

BAÑO LEÓN, José María. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Septiembre-Diciembre 1988, Nº 24, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 155-179.

BARRANCO, M^a. 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, pp. 205-226.

- “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”, en: *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. 65-90.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Quinta reimpresión, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1998.

DE ASÍS ROIG, 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.

- *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado*, quinta edición, Fondo de Cultura Económica – Universidad Nacional Autónoma de México, M-exico D.F., 1996.

DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, 1998.

- “El derecho: La razón de la fuerza y la fuerza de la razón”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año I, Febrero-October 1993, Nº 1, 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 1995, pp. 5-22.

ESCUADERO, Rafael. *Positivismo y moral interna del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ, Eusebio. *Entre la Razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 4, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1997.

– “Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?”, en: *Documentación social*, N° 83.

– *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

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.

GUASTINI, Ricardo. “La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año I, Febrero-October 1993, N° 1, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 237-250.

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

MORESO, José J. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

PECES-BARGA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio. “La historia de los derechos humanos: un proyecto comprensivo”, Introducción de: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII, Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, pp. 1-10.

PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, con la colaboración de Rafael de Asís y otros, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

– “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, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, pp. 131-145.

– “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.

– “Derecho y Poder: El Poder y sus límites”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año IV, Enero 1999, N° 7, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 15-34.

– “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, IDHBC, 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, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, pp. 147-161.
 - *Ética, Poder y Derecho*, Reflexiones ante el fin de siglo. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates Nº 54, Madrid, 1995.
 - “Ética Pública - Ética Privada”, separata del libro: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998, pp. 1225-1239.
 - “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.
 - *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 26, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002.
 - “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.
 - “Los derechos económicos, sociales y culturales: Su génesis y su concepto”, en: *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año III, Febrero 1998, Nº 6, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 15-34.
 - *Los valores superiores*. Tecnos, Madrid, 1984.
 - “Notas sobre derechos fundamentales, Socialismo y Constitución”, en: *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 17-18, Abril 1977, Madrid, pp. 89-97.
 - “Sobre el positivismo jurídico”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico* (escritos de Filosofía Jurídica y Política), Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 11, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 1999, pp. 83-89.
 - “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I, Tránsito a la Modernidad, siglos XVI y XVII, Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, pp. 15-263.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991.

– *La seguridad jurídica*, segunda edición revisada y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1994.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002.

RUIZ SANZ, M. *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ, Remedio. *Introducción al Estado Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.

VIDAL GIL, Ernesto. “Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo X, 1993, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 89-110.