

Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls ¹

Por ANDRÉS OLLERO TASSARA

Universidad de Granada

1. Hace decenios dejó de resultar pacífico el intento del positivismo jurídico de deslindar de una vez por todas los ámbitos del *derecho* y de la *moral*. Aunque no falten quienes sigan intentando mantener que de una exigencia moral no cabe derivar consecuencias jurídicas, ni de una exigencia jurídica consecuencias morales ², la realidad parece invitar tozudamente a la duda. Como es sabido, este empeño delimitador de fronteras ³, lejos de ser caprichoso, venía a ser la obligada consecuencia de una opción epistemológica, e incluso metafísica, que imponía el tajante deslinde del mundo del *ser* y el del *deber ser*.

2. No pocas de las confusiones habitualmente presentes en frontera tan polémica pueden deberse a la doble acepción con que tiende a utilizarse el término «moral». Cuando se contrapone *la moral* al derecho, el término suele emplearse en un sentido restringido, para referirse a exigencias maximalistas que –aspirando a la realización plena de unas concepciones del bien, la perfección, la felicidad, la utilidad...– excederían con mucho

¹ Ponencia presentada en las XVI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la sección española de la IVR, en la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 21 de marzo de 1997.

² Partiendo de «la idea de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral», L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 218 ss.

³ Del que tuvimos ya ocasión de ocuparnos en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 169-179.

de ese acervo ético, relativamente mínimo, exigido por la justicia en su intento de posibilitar la convivencia⁴ entre unos ciudadanos que pueden suscribir muy diversas concepciones del bien, la perfección, etc.

Hoy, quizá por influencia anglosajona, los teóricos del derecho tienden a referirse a *lo moral* en un sentido más amplio, como expresión omnicomprendensiva de las exigencias individuales y sociales (por ende, quizá también jurídicas) derivada de cada una de esas concepciones.

Desde esta segunda acepción, no cabría imaginar un derecho sin moral, aunque sí discutir si tales ingredientes morales serían o no decisivos para identificar a lo jurídico. Si, por el contrario, hablamos de la moral en sentido restringido, resultará –por definición– distinta del derecho. Ahora no sería ya el dilema ser-deber ser el que establecería una problemática frontera, sino la diversidad de ámbitos del fuero externo y el interno, alteridad y autonomía personal.

Si empleáramos el término «ética» para referirnos a las concepciones omnicomprendensivas del bien, y reserváramos el término «moral» para su versión estricta –no jurídica por definición– quizá mejorara el panorama. No habría, pues, derecho sin ética, aunque ello no implicaría su necesaria identificación con la moral. Este intento clarificador tropieza, sin embargo, con la reciente tendencia a contraponer *ética pública* y *ética privada*⁵. Como veremos, esta última tiende a identificarse con las concepciones omnicomprendensivas del bien –o moral en sentido amplio– mientras la ética pública reduciría su juego al ámbito de la «justicia política», y por ende quizá al del derecho.

⁴ «Así como la universalidad de los mínimos de justicia es una universalidad exigible, la de los máximos de felicidad es una universalidad ofertable», señala A. CORTINA –*Ética civil y religión*, PPC, Madrid, 1995, p. 119– que ha hecho de esta distinción una constante de su obra. F. D'AGOSTINO invita también a superar la «perplejidad» de hablar de una «ética mínima»; reconociendo que «la expresión es infeliz», considera que «la ética de la dignidad del hombre es realmente definible como ética mínima, en cuanto constituye la condición real de posibilidad de cualquier ulterior actuar ético», «Diritto e morale» en *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 40-41.

⁵ Presente, por ejemplo, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, así como otros tópicos a los que iremos haciendo posteriormente referencia:

- La distinción entre moralidad crítica y legalizada (p. 15).
- «Lo que diferencia a la ética pública [...] de la ética privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos», por lo que la primera «no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien» y sería un «reduccionismo» considerar que «la ética pública no es solamente una ética procedimental, sino también una ética material de contenidos y de conductas» (pp. 15, 75 y 17).
- El «procedimiento culmina con una decisión y se expresa por la regla de las mayorías», por lo que «el principio de las mayorías, desde el punto de vista jurídico, sería un criterio de justicia procedimental» (pp. 99 y 102); si bien «la minoría debe ser protegida, al menos respecto al derecho de poder convertirse en mayoría» (p. 130).
- Dado que la «ética privada» «es sólo de sus creyentes», a la hora de «extenderse al conjunto de los ciudadanos, no todos creyentes», tropezaríamos con la «tentación fundamentalista de las religiones en general» (p. 16), que obligaría a discernir entre una rechazable «coincidencia o identificación entre esas dos dimensiones de la persona» y unas aceptables «influencias recíprocas», siempre con el riesgo de «imponer la ética pública como ética privada» y convertir a los «ciudadanos» en obligados «creyentes» (p. 17).

3. La querencia a reincidir en el dilema jurídico-positivista rebrota en los planteamientos que invitan a distinguir entre una *moralidad crítica* y otra *legalizada* o positivada. Más de una vez resultaría fácil adivinar tras ellos la falsa idea de una inexistente *positividad instantánea*⁶, capaz de establecer en un preciso momento una frontera delimitada con fijeza entre el derecho ya positivado y el aún por positivarse, o –por recurrir a los tópicos legalistas– la óptica de *lege lata* y la de *lege ferenda*.

Más que «derecho positivo», lo que existe es un proceso de *positivación* –indisimulablemente *iure condendo*– animado por una permanente instancia crítica, que –lejos de situarse en un «deber ser» externo y ajeno a la realidad jurídica– constituye el motor decisivo de la incesante actualización interna de lo que devendrá derecho en cada momento histórico.

El normativismo venía eficazmente en ayuda del dualismo positivista, al escenificar el dilema entre una norma jurídica –como alternativa– otra norma moral que aspiraba a reemplazarla. Cuando se supera la idea del ordenamiento jurídico como sistema de normas, para admitir en su seno el juego de principios tan jurídicos como ellas⁷, el dilema tiende a descuadrarse. Por una u otra vía, la fluidez propia del «momento jurisprudencial» de la positivación del derecho va siendo reconocida, desbordando el viejo positivismo legalista y su planteamiento mecanicista de la aplicación de la ley. Así acaba ocurriendo incluso en autores menos familiarizados con la teoría jurídica, como el que en este caso hemos elegido como principal interlocutor⁸.

4. Nuestro propósito es abordar la relación que mantienen derecho y moral, situándonos en la no menos polémica frontera entre lo público y lo privado. Recordemos, pues, que si habláramos de éticas «privadas», nos estaríamos refiriendo a las concepciones omnicomprendivas del bien –no exentas, sin duda, de dimensiones sociales⁹– que cada ciudadano puede privadamente suscribir. *La ética pública* –a configurar por y para todos los ciudadanos– quedaría, por el contrario, reducida a aquel núcleo de contenidos que –por erigirse en condición de una convivencia plural pacífica– se considerará *jurídicamente exigible*.

⁶ Ya tuvimos ocasión de criticarla en nuestro trabajo *Positividad jurídica e historicidad del derecho*, de 1985, incluido luego en *Derechos humanos y metodología jurídica* (cit. en nota 2), pp. 181-194, y más tarde en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 455-457.

⁷ Al respecto, la comunicación defendida de una de las «sesiones paralelas» del XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (IVR), en Buenos Aires 11 de agosto de 1997, con el título *Valores, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo*.

⁸ J. RAWLS, en efecto –en su reciente obra sobre *El liberalismo político* (en adelante *LP*), Crítica, Barcelona, 1996– no deja de aludir a «los tribunales de justicia» como «paradigma de la razón pública» (p. 251), a la hora de «desarrollar una concepción política de la justicia» (p. 198); cfr. también p. 266.

⁹ Todo parece indicar que es este matiz el que lleva a J. RAWLS –*LP*, p. 15– a identificar puntos de vista «no públicos»; diferenciables de los «públicos» por no haberse integrado en el ámbito –a nuestro modo de ver, jurídico– de lo que llama justicia política, sin que –por la dimensión social de su objeto– puedan tampoco considerarse puramente «privados».

Su configuración quedó inicialmente vinculada al reconocimiento de un *derecho natural*, objetivo y racionalmente cognoscible, válido para cualquier sociedad humana. La duda –que abre paso a las actitudes críticas en el ámbito de la epistemología– y el historicismo –que relativiza todo intento de universalidad espacial o permanencia histórica– empujaron a buscar refugio en la noción del *consenso social*.

El problema va a agudizarse ahora en sociedades crecientemente multiculturales, en las que la apelación a un consenso homogéneo y mayoritariamente compartido se hace cada vez más problemático. Para Rawls la principal consecuencia será que «la unión social no se funda ya en una concepción del bien, tal como se da en una fe religiosa común o en una doctrina filosófica, sino en una concepción pública compartida de la justicia que se compadece bien con la concepción de los ciudadanos como personas libres e iguales en un Estado democrático»¹⁰. Resultará inevitable que la ética pública finalmente decantada acabe coincidiendo, en unos casos, con dimensiones sociales planteadas por las éticas privadamente asumidas por algunos ciudadanos, mientras entra en conflicto con las de otros.

5. Se reitera también la tajante separación positivista de derecho y moral, cuando se pretende establecer –de modo aparentemente descriptivo– una neta distinción *a priori* entre un ámbito meramente formal y *procedimental*, que sería el propio de esa *ética pública* con legítimas pretensiones jurídicas, y otro en el que jugarían los *contenidos materiales*, aunque obligadamente *confinados* en el ámbito de la *moralidad personal privada*.

6. La ética pública se nos presentará como una *ética procedimental*, porque no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien. Lo segundo, sin embargo, no prueba lo primero, ya que es obviamente posible –yendo más allá de lo procedimental– establecer conductas obligadas sólo para hacer viable la pública convivencia, sin aspirar a imponer una determinada concepción del bien. Al descartarlo, sin mayor trámite, se puede inducir equivocadamente a una doble conclusión; dudosa en un caso: una ética pública meramente procedimental sería viable en la práctica; exagerada en el otro: ella sería la única vía legítima teóricamente imaginable para plantear en el ámbito público propuestas éticas no maximalistas. Así parece insinuarse cuando se nos afirma que lo que diferencia a la ética pública de la privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos.

En realidad, todo induce a pensar que, contando sólo con procedimientos, no podríamos en el ámbito de lo público ir a ninguna parte, mientras que no hay por qué descartar la posibilidad –e incluso la necesi-

¹⁰ LP, p. 341. A la hora de solventar esta situación nos estaremos ocupando «de un problema de justicia política, no de un problema acerca del bien supremo», p. 21. Ya en su *Teoría de la justicia* –Fondo Cultura Económica, México, 1979, p. 495– consideraba que la «variedad en las concepciones del bien es buena en sí misma», mientras que «la situación es enteramente distinta con la justicia».

dad— de contar con una justificación del recurso a lo procedimental, que habría de apoyarse en las éticas omnicompresivas privadamente suscritas por algunos ciudadanos. Se ha llegado a reconocer en los planteamientos procedimentales «un “resto de metafísica” queda en este carácter transcendente, categórico, de la racionalidad comunicativa», aunque apuntando paradójicamente que se trataría de «el resto de metafísica necesario para combatir a la metafísica»¹¹.

7. La afirmación de que «la ética pública es una ética *procedimental*» resulta también equívoca si se olvida el doble, y muy diverso, plano en que cabe recurrir a dicho adjetivo: el de la *fundamentación* teórica de las propuestas éticas y el de su concreto *contenido*.

Las fundamentaciones procedimentales tienden precisamente —en línea con el trascendentalismo poskantiano— a servir de apoyo a contenidos muy determinados, con lo que acaban paradójicamente excluyendo una ética pública de la que broten meras exigencias de procedimiento. Rawls, por ejemplo, no duda en aclarar que su planteamiento de «la justicia como equidad no es neutral procedimentalmente. Sus principios de justicia, obvio es decirlo, son sustantivos y, por lo tanto, expresan mucho más que valores procedimentales»; incluyen «concepciones políticas de la sociedad y de la persona, que están representadas en la posición original», la cual no puede considerarse «moralmente neutra»¹².

Se desmiente así que todas las exigencias éticas de contenido material, derivadas de una concepción del bien, puedan quedar relegadas al ámbito de lo privado; a no ser que lo que se pretenda —más o menos conscientemente— sea relegar sólo a aquellas que en su fundamentación se atreven a ir —metafísica o epistemológicamente— más allá de lo procedimental.

¹¹ A. CORTINA, que señala a la vez que «tanto Habermas como Rawls abjuraron abiertamente» de él, *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 175 y 176. Ante la afirmación de que «las éticas procedimentales se fundamentan en una ética sustancial, porque a la pregunta “¿por qué tengo que seguir un determinado procedimiento?” sólo se puede contestar con “fuertes valoraciones”, tales como la dignidad del hombre (Kant), el acuerdo racional (ética discursiva) o el concepto kantiano de persona (Rawls)», admite que «las éticas procedimentales descansan en una “valoración fuerte”» y que «de dónde surja el valor es una pregunta que sólo podría responderse recurriendo a una reconstrucción de la razón práctica», *ibidem*, pp. 222 y 223.

¹² LP, pp. 226 y nota 21 de la p. 343. Mientras en su *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 639- al plantearse idéntico problema, había preferido «dejar a un lado esta cuestión», reconoce ahora sin tapujos que tales principios son fruto de un «suelo común», que «no es un suelo procedimental neutral», p. 226. El propio M. WALZER, desde su peculiar cumunitarismo universalista, señalará «dos dificultades»: «el mínimo procedimental resulta ser más que mínimo», ya que, «una vez se han establecido reglas de este tipo, los hablantes tienen pocos temas sustantivos sobre los que argumentar y decidir». Por otra parte, «a menos que podamos identificar un punto de partida neutral desde el cual muchas culturas diferentes y posiblemente pudieran desarrollarse, no es posible construir un mínimo procedimental. Pero tal punto de partida neutral no existe». «De hecho lo que hace *proceder* al procedimentalismo, lo que le da fuerza legitimante, es un cierto espíritu que se expresa en un conjunto de prácticas», *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pp. 44, 46 y 86. No muy diversa de las apuntadas habría de ser la fundamentación real de la no justificada opción de G. PECES-BARBA por «el valor de la libertad social, a los que completan y matizan, la seguridad, la igualdad y la solidaridad», *Ética, poder y derecho*, cit. en nota 4, p. 75, como claves de la ética pública.

No es lo mismo, en efecto, rechazar que una determinada concepción del bien (o las dimensiones sociales que de ella deriven) pueda –sin filtros procedimentales– proyectarse abrupta y globalmente sobre lo público, que afirmar que sea posible regular lo público sin que unos u otros elementos de dichas concepciones acaben estando inevitablemente presentes.

Para Rawls, en efecto, «la primacía de lo justo no significa que haya que evitar las ideas del bien; eso es imposible. Lo que significa es que las ideas del bien usadas han de ser ideas políticas»; sin olvidar que «conferir un lugar central a la vida política no es sino una concepción más del bien entre otras». Una cosa es que no pueda presentarse como una «doctrina aplicada» y algo bien distinto que «los valores políticos estén separados o sean discontinuos respecto de otros valores»¹³.

8. La referencia a la «*justicia política*», o a unos «valores políticos», como contenido propio de la ética pública, no deja de merecer algún comentario. Hablar de justicia «política» parece responder a un deseo de descartar cualquier dimensión de la virtud de la justicia que –por sus pretensiones maximalistas llamadas a desbordar un mero facilitar la convivencia social– debiera quedar relegada al ámbito privado. Surge la duda de por qué no hablar –si no fuera por miedo a la redundancia– de justicia «jurídica» y de *valores jurídicos*. Más aún cuando, como veremos, se acabará proponiendo que tales valores sólo puedan limitarse entre sí, quedando a salvo de cualquier condicionamiento derivado de cálculos utilitaristas o razones de oportunidad y eficacia. Si se califica, pues, a esta justicia y estos valores como «políticos» será sólo para evitar la incómoda situación –ante ojos positivistas– de estar reconociendo que existen realidades estrictamente jurídicas, aunque se hallen aún pendientes de positivación.

En cualquier caso, la *ética pública*, en cuanto marca criterios para organizar la vida social, desborda con mucho una dimensión meramente procedimental y formal; *exige* determinados *contenidos* materiales, sin perjuicio de que su alcance sea más modesto que el omnicomprendido de las éticas privadas, o de que la delimitación de sus contenidos exija peculiares procedimientos.

9. Como consecuencia, pierde sentido todo intento de defender un espacio de lo público que –por procedimental– fuera «neutral» respecto a las concepciones omnicomprendidas postuladoras de contenidos materiales. Cuando tal neutralidad pretende imponerse, se da paso a una nada pacífica actividad neutralizadora, dudosamente compatible con una efectiva democracia.

Así ocurre cuando de manera drástica se pretende, en clave laicista, excluir del ámbito público toda propuesta sospechosa de parentescos confessionales, sin molestarse siquiera en considerar si atienden o no a razo-

¹³ Al fin y al cabo, la «concepción política de la justicia» no es sino «una concepción moral pensada para un objeto específico», *LP*, pp. 368, 238, 207, 42 y 40.

nes, bajo el socorrido tópico de que no es lícito imponer las propias convicciones a los demás.

Rawls considera —«quizá pecando de optimismo»— que, «salvo en ciertos tipos de fundamentalismo, las principales religiones históricas» pueden ser «catalogadas como doctrinas comprensivas razonables». No dudará, criticando a Greenawalt, en admitir que «la razón pública no exige a los ciudadanos “erradicar sus convicciones religiosas” y pensar acerca de aquellas cuestiones políticas fundamentales como si partieran de cero, poniendo entre paréntesis lo que en realidad consideran las premisas básicas del pensamiento moral», ya que «esta concepción sería de todo punto contraria a la idea del consenso»¹⁴.

Descartando tan curioso sentido del pluralismo, que convertiría en confesional un laicismo habitualmente minoritario, cabría aún plantear si no sería precisa una actuación de los poderes públicos que reequilibre la relevancia pública de las diversas éticas omnicomprensivas suscritas por unos u otros ciudadanos. Se daría así paso a una manipulación del consenso, para contrarrestar posibles pasados excesos.

Esta actitud pareció servir de motor al recurso de inconstitucionalidad planteado en su día contra la existencia de curas castrenses en las fuerzas armadas españolas. La sugerencia de los recurrentes, según la cual toda confesión religiosa habría de recibir el mismo trato que la católica mayoritaria¹⁵, fue rechazada por el Tribunal Constitucional.

Cabría, por ejemplo, sugerir «que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina comprensiva particular en detrimento de otras, o de prestar más asistencia a quienes la abracen», o «que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que aumente la probabilidad de que los individuos acepten una doctrina particular en detrimento de otras (a no ser que se tomen simultáneamente medidas que anulen, o compensen, los efectos de las políticas que así lo hagan)»¹⁶. Tales sugerencias parecen reclamar una respuesta emparentada con el viejo tópico moralista del «voluntario indirecto»; sería preciso distinguir entre el rechazable diseño de instituciones públicas para favorecer, por motivos privados, a alguna ética en particular, y el imposible afán puritano de evitar que la ética pública acabe teniendo efectos sobre la posibilidad de las privadas de ganar adeptos.

¹⁴ LP, p. 203 y nota 33 de la p. 279. Más abajo, aludirá a la figura de Martin Luther King como ejemplo de la contribución de posturas de raíz religiosa al progreso de la razón pública, p. 285 y nota 41 de la p. 297.

¹⁵ Cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo; Antecedentes, 2, *Boletín Jurisprudencia Constitucional* 1982 (14), p. 429. A J. RAWLS parece alejarle de propuestas de este tipo, en primer lugar, su propio planteamiento transcendental «constructivista», que no disimula su apoyo en «ciertas ideas intuitivas fundamentales que se consideran latentes en la cultura política pública de una sociedad democrática», LP, p. 207.

¹⁶ Hipótesis planteadas por el propio J. RAWLS, LP, p. 227, que, tras considerar que «el término “neutralidad” es desafortunado», distinguirá entre una razonable «neutralidad de propósitos» y una inviable «neutralidad de efectos o influencias», que desconocería «los hechos de la sociología política de sentido común», *ibidem*, pp. 224, 226, 228 y 227.

Asunto distinto, sobre el que hemos de volver, sería sugerir un tratamiento excepcional y asimétrico, destinado a aquellas cuestiones susceptibles de generar particular polémica social ¹⁷.

10. Si no cabe una ética pública de efectos inocuos para las privadamente suscritas por cada ciudadano, tampoco parece muy razonable postular un procedimentalismo neutro dotado de la rara virtud de permitir el indiscriminado libre juego de todos los imaginables estilos de vida. La ética pública, por el mero hecho de serlo, acabará condicionando el libre despliegue de las privadas concepciones del bien, en todo aquello en que entren en conflicto.

Propuestas bienintencionadas, como el intento de diseñar espacios vacíos en el ámbito del Derecho penal ¹⁸, acaban desconociendo que el derecho no puede renunciar ilimitadamente a «imponer convicciones». Para Rawls, «ni es posible ni es justo permitir que todas las concepciones del bien se desarrollen (algunas implican violación de los derechos y las libertades básicas)»; citará a Berlin para recordar que «no hay mundo social sin pérdida, es decir, no hay mundo social que no excluya algunos estilos de vida que realizan, de alguna manera especial, determinados valores fundamentales»; «los valores chocan entre sí, y el entero abanico de los valores es demasiado amplio como para caber en un solo mundo social» ¹⁹.

11. El problema fronterizo sigue, pues, en vigor. ¿Cómo podremos demarcar los campos de la ética pública y las suscritas privadamente por los ciudadanos? Cuando se intenta resolver tan peliaguda cuestión con fórmulas apriorísticas, se está en realidad estableciendo inconfesadamente tal frontera, sin debate alguno, desde una ética privada. Al fin y al cabo, la incapacidad del positivismo jurídico para consumir su distinción férrea entre derecho y moral radicaba sobre la obviedad de que tal distinción

¹⁷ J. RAWLS deja apuntado al respecto que «las luchas más enconadas, según el liberalismo político, se libran confesadamente por las cosas más elevadas: por la religión, por concepciones filosóficas del mundo y por diferentes doctrinas morales acerca del bien», *LP*, p. 34.

¹⁸ Cfr., por ejemplo, A. KAUFMANN, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pp. 147-165.

¹⁹ *LP*, pp. 221, 231 y nota 32 de la p. 232. A. DELGADO-GAL ha llegado a sugerir que «el multiculturalismo se concilia mal con la estructura democrática, que el pluralismo de los valores es una forma de cultura, y que esta forma de cultura tiene sus límites»; pensar que «pese a hallarnos cada uno de nosotros gobernados desde dentro por ciertos arquetipos culturales, podemos entendernos con los demás sobre cómo organizar la vida civil haciendo abstracción de esos arquetipos» sería «manifiestamente falso»; incluso en la versión de un «multiculturalismo *light*» abierto a conceder que «es posible entenderse sobre “pocas” cosas», «Los límites del pluralismo», en *Papeles de la Fundación* (para el Análisis y los Estudios Sociales) núm. 21, Madrid, pp. 5, 11 y 13. G. DALLA TORRE advierte, a su vez, sobre los límites de una «afirmación rígida, intransigente, absoluta del principio según el cual todos son iguales ante la ley, sin distinción de religión», que llevaría a «la máxima negación de los objetivos de respeto, en el sentido más pleno, a la persona humana en su integralidad, que pretendía tutelarse invocándolo», al plantearse el reconocimiento de la poligamia o de la mutilación en un marco en el que no encuentra como límite fácil juego un concepto de «orden público» expresivo de una «sociedad culturalmente homogénea», «Identità religiosa, comunità politica e diritto», en *Pluralità delle culture e universalità dei diritti* (ed. por F. Agostino), Giappichelli, Torino, 1996, pp. 57 a 60.

exigía, paradójicamente, emitir un juicio moral ²⁰: sólo *desde las éticas «privadas»* cabe formular propuestas sobre el efectivo *alcance de lo público* y su adecuada frontera con lo privado. Precisamente por ello, habrá que abordar el modo de hacerlas confluir a través de peculiares procedimientos.

12. Ciertamente, *lo jurídico* es un medio para un fin, que es el desarrollo integral de cada persona; pero ello no debe llevar a ignorar que el diseño de ese medio se verá *condicionado*, al gravitar sobre él una determinada concepción de ese fin a cuyo servicio adquirirá sentido. Así, cuando una concepción del bien lleva a suscribir que «hay que tratar a los demás como fines y no como medios», o que «hay que cumplir las promesas», difícilmente podrá ser compatible con una articulación de la ética pública que ignore esas premisas.

13. Esta realidad invita a mantenerse sobre aviso ante el riesgo de que, inconscientemente, el *juego procedimental* acabe enmascarando opciones netas por determinados *contenidos materiales*, identificándolas a priori con el sentir común. No deja de resultar sintomático, por ejemplo, que la pulcra fundamentación procedimental rawlsiana se venga estrepitosamente abajo al abordar —en una nota a pie, perdida entre los centenares de páginas de su obra— lo que él mismo califica como el «espinoso asunto del aborto» ²¹.

Tres «valores políticos» entrarían en liza: «el debido respeto a la vida humana», cuestiones que incluyen «de alguna forma a la familia» y «finalmente la igualdad de las mujeres». Cuando somete a esta prueba de fuego a su constructivismo procedimental, Rawls llegará a la sorprendente conclusión de que «cualquier balance razonable entre estos tres valores dará a la mujer un derecho debidamente cualificado a decidir si pone o no fin a su embarazo durante el primer trimestre», ya que «en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro»; como consecuencia, cualquier ética que «lleve a un balance de los valores políticos que excluya ese derecho debidamente cualificado en el primer trimestre es, en esta medida, irrazonable». No sólo media sociedad norteamericana, que suscribe actitudes *pro-life* frente a esta opción *pro-choice*, queda condenada a las tinieblas de lo irrazonable; también la jurisprudencia constitucional española, a la que ni por asomo se le ha ocurrido por el momento reconocer la existencia de un «derecho» al aborto, queda —en lo que a razonabilidad respecta— irremisiblemente fuera de juego, ya que «iríamos contra el ideal de la razón pública si nuestro voto estuviera cautivo de una doctrina comprensiva que negara ese derecho».

Consciente, sin duda, del impacto de su anatema, Rawls acaba concediendo que «una doctrina comprensiva no es, como tal, irrazonable

²⁰ J. RAWLS no oculta que «la concepción política de la justicia es ella misma una concepción moral», *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 179. Cfr. también *supra* nota 12.

²¹ Nos referimos a *LP*, nota 32 de la pp. 278 y 279.

porque lleve a una conclusión irrazonable en uno o varios casos; puede que sea razonable la mayoría de las veces»; sabia generosidad que le sirve de indulto, en la medida en que puede ser aplicada con toda justicia a la suya.

14. Las éticas que cada ciudadano suscribe privadamente remiten al concepto de autonomía. Resultaría un tanto exagerado llegarlas a considerar realmente sólo obra de uno mismo, dado el bien conocido juego de los procesos de socialización personal; implican, en todo caso, la libre asunción de *propuestas filosóficas, ideológico-políticas o religiosas*.

15. La presencia de la *religión* entre las fuentes de propuestas éticas privadamente asumibles y, sobre todo, su posible aspiración a verse reflejadas en la ética pública, tiende a producir reacciones peculiares, entre las que no faltan indisimuladas actitudes de *recelo*.

Ello viene ocurriendo desde antiguo en el ámbito cultural latino. Bien conocidas razones históricas dan fuerza a una «ética laicista», que «se sitúa en las antípodas de la ética creyente, ya que considera imprescindible para la realización de los hombres eliminar de su vida el referente religioso, negar la religión, porque ésta no puede ser sino fuente de discriminación y de degradación moral». Esto le llevaría a convertirse en «totalitaria, porque niega el pan y la sal a las tradiciones de la ética religiosa, que no tienen por qué ser excluidas cuando potencian, por derecho propio, los mínimos democráticos que componen una ética cívica». Por otra parte, no falta «el afán de algunos sectores cristianos por monopolizar lo moral y por negar que los no cristianos puedan acceder correctamente al conocimiento moral si no es a través de la interpretación del magisterio». Se acaba echando en falta una «ética laica», que, «a diferencia de la religiosa y de la laicista, no hace referencia explícita a Dios ni para tomar la palabra ni para rechazarla»²².

Recelos similares se experimentan hoy de manera más generalizada, por la creciente y llamativa presencia pública de los *fundamentalismos*, sobre todo de raíz islámica.

16. El problema es complejo, porque unos mismos hechos se prestan a muy diversa valoración, según el *prejuicio cultural* (pacífico o crítico) del que se parta.

17. No cabe, en efecto, excluir que los contenidos de una ética privada, que –en cuanto tal– es sólo de sus creyentes, puedan legítimamente extenderse al conjunto de los ciudadanos, no todos creyentes. Sobre todo, cuando quienes las suscriben renuncian al fundamentalista argumento de autoridad y optan por aportar razones atinentes a la dimensión pública de sus exigencias. Desde este punto de vista, dar por supuesta la *tentación fundamentalista de las religiones en general* no es sino dejarse llevar de un prejuicio cultural; dar por hecho que dicha tentación es invencible supondría suscribir un paradójico *fundamentalismo alternativo de cuño laicista*.

²² A. CORTINA, *La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994, pp. 143, 145 y 144.

«Cuando una religión no es impositiva ni fundamentalista, tiene una capacidad liberadora y revitalizadora, que es un auténtico crimen tratar de extirpar», si se aspira a «construir una ética cívica entre creyentes y no creyentes, en un país como el nuestro –y en otros bien parecidos– en el que hay laicistas convencidos de que los creyentes no pueden ser ciudadanos, y fideístas persuadidos a su vez de que no vale mucho la pena serlo, porque, en definitiva, ellos ya tienen todas las respuestas que necesitan para su vida, y nada puede aprender de sus conciudadanos»²³.

El intento de presentar a quien suscribe convicciones religiosas como un ciudadano peculiar, o incluso peligroso, no deja de resultar arbitrario. Ningún ciudadano, sea cual sea su grado de consciencia, deja de suscribir una concepción del bien. Rawls parte «del supuesto de que todos los ciudadanos abrazan alguna doctrina comprensiva con la que la concepción política está de algún modo relacionada»; «todos tenemos un punto de vista comprensivo que se extiende más allá del dominio de lo político, aunque sea parcial y, a menudo, fragmentario e incompleto»²⁴.

El problema puede surgir cuando el pluralismo deja de considerarse como un hecho sociológico más, para erigirlo en categoría ética. Puede colaborar a ello el convencimiento de que la homogeneidad de pensamiento habría de ser siempre el resultado vicioso de un uso opresivo del poder en favor de determinada concepción ética. Rawls, por ejemplo, invoca el pluralismo con dichas resonancias, cuando lo presenta como «inevitable» e incluso «deseable, o como un rasgo “permanente” que “tiene que aparecer” en una “cultura pública democrática”; ello le lleva a la convicción de que “un entendimiento continuo y compartido sobre una doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral sólo puede ser mantenido mediante el uso opresivo del poder estatal”»²⁵.

18. Sentado que un ciudadano puede ser al mismo tiempo creyente y que todo creyente es ciudadano, el problema consistirá en cómo establecemos la *frontera* entre un afán de absoluta y global coincidencia o *identificación* entre esas dos dimensiones de la persona y lo que serían *influencias recíprocas*, indiscutidamente legítimas.

19. La *ética pública condicionará* inevitablemente –de modo directo en el ámbito social, y de modo indirecto muy posiblemente también en el personal– las posibilidades efectivas de despliegue de las *éticas privadas*. Esto no tiene por qué responder a ningún afán premeditado de imponer la ética pública como ética privada, ni de convertir a los ciudadanos en obligados creyentes de la ética públicamente propuesta; se trata de una espontánea dinámica sociológica, que no en vano ha convertido en tópico

²³ A. CORTINA, *Ética civil y religión*, cit. en nota 3, pp. 122 y 13. A la vez, no duda en equiparar «los fundamentalismos religiosos y laicistas», *La ética de la sociedad civil*, cit. en nota 21, p. 12.

²⁴ *LP*, pp. 42 y 131, también 14 y 20.

²⁵ *LP*, pp. 33, 341, 251, 67, 178 y 340. A su vez, todas «las personas razonables pensarán que es irrazonable usar el poder político que puedan llegar a poseer para reprimir concepciones comprensivas que no son irrazonables, por mucho que difieran de la propia», p. 91.

la presentación de la ética pública como «religión civil»²⁶. Por lo demás, es obvio, como ya se ha señalado, que el marco de convivencia de una sociedad plural y democrática nunca podrá ser absolutamente compatible con todos los *estilos de vida* en ella imaginables.

La tensión brota cuando algunos, de modo más o menos encubierto, diagnostican una situación de *razonabilidad* o modernización *pendiente*, desde una óptica que no tendría mucho que envidiar a la de legendarias revoluciones en similar lista de espera. Reaparecerá así el afán de corregir el balance de la gravitación efectiva sobre lo público de las éticas privadamente suscritas por los ciudadanos, propugnando una «normalización» acorde con unos cánones tan imperativos como imprecisos.

20. Estos amagos de despotismo ilustrado destilan una particular susceptibilidad ante la *pretensión de verdad* con que, desde las éticas omnicomprendidas, se formulan propuestas de ética pública²⁷. La cuestión no deja de resultar llamativa, ya que —en puridad procedimental— la *pretensión de verdad* que cada ética privada pueda autoatribuirse habría de considerarse absolutamente irrelevante²⁸, tanto en sentido positivo como negativo.

No tendría en efecto mucho sentido, a la hora de configurar la ética pública, conferir mayor importancia al grado de convicción con que privadamente se suscriban determinados puntos de vista que a su argumentada repercusión sobre la garantía de una convivencia digna del hombre. Lo contrario daría paso a la rechazada vía del *argumento de autoridad*.

Lo que sí parece razonable pensar es que quienes proponen que determinadas exigencias, por merecer una decidida proyección pública, lleguen incluso a contar con el respaldo de la coercibilidad jurídica, se muestren suficientemente persuadidos de su verdad²⁹.

²⁶ V. CAMPS la constata como «idea que hoy resurge de nuevo, bien como *desideratum*, bien como única salida para una sociedad desmembrada y sin entusiasmo». «La ética que reclama nuestro tiempo no es sólo kantiana, —o habermasiana o rawlsiana—: es una ética aplicada. Esa aplicación exige ciertos resortes, en la búsqueda de los cuales no es absurdo ni espureo recurrir a la religión de siempre o a los movimientos que forman la trama de la llamada “religión civil”», *La universalidad ética y sus enemigos en Universalidad y diferencia* (S. Giner y R. Scartezzi eds.), Alianza Universidad, Madrid, 1996, pp. 142 y 152.

²⁷ Característica al respecto la alergia de G. PECES-BARBA a la expresión evangélica «la Verdad os hará libres» y su descalificación, por recurrir a ella en la encíclica *Veritatis Splendor*, de los planteamientos del papa Juan Pablo II, oponiéndolos forzosamente a los de Pablo VI, del que tiende a olvidar tenazmente que firmó la nada relativista encíclica *Humanae vitae*, *Ética, poder y derecho*, cit. en nota 4, pp. 24-26.

²⁸ Desde alguna de sus versiones, se considera incluso que una ética discursiva exige no sólo que lo que se dice sea «inteligible» sino también que el que habla «dice lo que piensa, es decir, que es veraz; que lo que dice es verdadero, y que el marco normativo en el que habla y se conduce es correcto», A. CORTINA *La ética de la sociedad civil* cit. en (nota 21), p. 110.

²⁹ M. WALZER evoca una manifestación que reclama «verdad» y «justicia» en la Praga que recupera su libertad. Arranca asegurando que «los participantes no tenían problema alguno con las teorías de la verdad», precisando luego que sus «lealtades epistemológicas» «eran tan elementales que podrían ser expresadas a través de cualquiera de las teorías, excepto, claro está, en el caso de aquellos que negaran la posibilidad misma de afirmaciones verdaderas». En todo caso, ponían «sus carreras, su seguridad y la de sus familias igualmente en riesgo. ¿Cómo podrían hacerlo a menos que estuvieran seguros de haber dado con la descripción correcta, esto es, que no sólo pretendieran que una interpretación de la moralidad máxima era la más apropiada

Para Rawls «no es irrazonable en general abrazar cualquiera de las varias doctrinas comprensivas razonables», de las que como vimos no excluye por principio a más de una religión; «al abrazarla, una persona, obvio es decirlo, la cree verdadera, o simplemente razonable»³⁰. Convertir, por el contrario, dicho convencimiento en motivo de exclusión a la hora de configurar lo público³¹, llevaría —con dudosa ventaja— a identificar ética pública con *capricho mayoritario*.

No faltan recelos ante la pretensión de verdad, o a la «seriedad», de determinados planteamientos, cuando aspiran a verse reconocidos en el ámbito público. «La persona que toma las cosas en serio es en realidad un peligro público potencial, ya que la seriedad parece reñida con la tolerancia»; «el tipo de persona que tiene convicciones» correría «el peligro de aferrarse a ellas de tal modo que puede acabar siendo un intolerante y un dogmático»³². Tales alergias pueden resultar notablemente empobrecedoras³³.

Aunque no disimula que trata «de eludir la afirmación o la negación de cualquier doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral par-

sino que también les acompañara la creencia de que esa moralidad máxima constituía la verdadera moralidad?»; «cuando enarbolaban sus pancartas no eran relativistas». Entre ellos no faltaban cristianos, «para los que la “verdad” y la “justicia” seculares no eran lo más importante. Pero ellos también podían unirse a la celebración del final de un régimen basado en la mentira» (50), *Moralidad en el ámbito local e internacional*, cit. en nota 11, pp. 34, 82, 36 y 50.

³⁰ El que «alguien puede, evidentemente, sostener una doctrina razonable de modo irrazonable», «no convierte a la doctrina en cuanto tal en irrazonable»; en cualquier caso, «cuando damos el paso que media entre el reconocimiento de la razonabilidad de una doctrina y la afirmación de nuestra creencia en ella no estamos dando un paso irrazonable», *op.cit.* en nota 6, p. 91 y su nota 14.

³¹ R. RORTY, partiendo del rechazo de toda pretensión «epistemológica», la verdad no está «ahí fuera», «se hace y no se descubre», sin que ello quiera decir que hemos descubierto que, ahí afuera, no hay una verdad», defiende el «ironismo liberal» de «esas personas que reconocen la contingencia de sus creencias y de sus deseos más fundamentales», por lo que se les puede pedir «que *privaticen* sus proyectos, sus intentos por alcanzar la sublimidad: verlos como irrelevantes para la política y por tanto compatibles con el sentido de la solidaridad humana que el desarrollo de las instituciones democráticas ha hecho posible», *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991, pp. 63, 72, 28, 17 y 216. J. RATZINGER considera demasiado optimista su diagnóstico de que «la razón pragmática, orientada por la mayoría, incluye siempre ciertas ideas intuitivas, por ejemplo, el rechazo de la esclavitud», ya que «durante siglos, e incluso durante milenios, el sentir mayoritario no ha incluido esa intuición y nadie sabe durante cuánto tiempo la seguirá conservando», *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista* Rialp, Madrid, 1995, p. 93.

³² Parece pensar Rorty, a juicio de A. CORTINA, que añade, criticándolo, que «quien desee defender y potenciar con todo el énfasis imaginable la democracia liberal tal vez tendrá que tomársela en serio y no frivolizar mucho sobre ella», exponiéndose a que «otros se tomen la antidemocracia en serio» y se vea expuesto a un debate en franca «inferioridad de convicciones»; al fin y al cabo, «no se puede emprender en serio tarea alguna si no estamos convencidos de que esa empresa vale la pena», aunque «tal convicción no tiene por qué degenerar en dogma, sino que ha de ser una convicción racional, que tiene razones para mantenerse y está siempre abierta a ser racionalmente criticada», *La ética de la sociedad civil*, cit. en nota 21, pp. 88, 98 y 99.

³³ De ello nos hemos ocupados en nuestra comunicación sobre *Convicciones personales y actividad legislativa*, presentada al Simposio Internacional «Evangelium Vitae e Diritto», Roma 23-25 de mayo de 1996, *op.cit.* en nota 6, p. 182; sobre su inhibición ante las teorías de la verdad, cfr. también p. 15.

ticular, o de su correspondiente teoría de la verdad», Rawls, parte «del supuesto de que cada ciudadano afirma una concepción de este tipo» y mantiene la esperanza de que «todos puedan aceptar la concepción política como verdadera o como razonable desde el punto de vista de su propia doctrina comprensiva, cualquiera que sea». Dictamina, por ello, de antemano que «sería fatal para la idea de una concepción política el que se la entendiera como escéptica o indiferente respecto a la verdad, y no digamos en conflicto con ella. Tal escepticismo o indiferencia colocaría a la filosofía política en oposición a numerosas doctrinas comprensivas, liquidando así de partida su propósito de conseguir un consenso»³⁴.

Desvincular de la verdad a lo razonable ya es empresa ardua; empeñarse en convertirlo en su contrario resultaría disparatado, al pretender vincular razonabilidad con un juego de voluntades, más o menos precariamente confluyentes³⁵. Rorty, por el contrario, defiende con resonancias comtianas que se ha llegado a «reemplazar la Verdad por la Libertad como meta del pensamiento y del progreso social», aunque «la vieja tensión entre lo público y lo privado perdura aún después de producida esa sustitución». «Lo único que importa para la política liberal es la convicción ampliamente compartida de que llamaremos “verdadero” o “bueno” a todo lo que resulte de la libre discusión; de que si cuidamos de la libertad política, la verdad y el bien se cuidarán de sí mismos»³⁶.

El convencimiento de la verdad de lo que se propone es, en principio, positivo. A Rawls su constatación de que las doctrinas omnicomprendivas «ya no pueden servir, si es que alguna vez sirvieron, como base profesa de la sociedad», no le impide invitar ante cualquiera de ellas a «no poner ningún obstáculo doctrinal a su necesidad de ganar apoyos, de manera que pueda atraerse el concurso de un consenso» «razonable y duradero»³⁷. Sólo podría, en realidad, sugerir lo contrario quien profese una pintoresca y a complejada teoría de la verdad –que la considerara incapaz de ser exitosamente argumentada– o quien ignore que la configuración de los contenidos de la ética pública debe depender más de su efectiva relevancia para la convivencia que del grado de verdad que valga atribuirle.

21. Verdad y consenso no tienen por qué entenderse como dilema alternativo³⁸. Resulta incluso problemático que el consenso pueda oficiar

³⁴ LP, p. 182; sobre su inhibición ante las teorías de la verdad, cfr. también p. 15.

³⁵ J. RAWLS previene para que el consenso no se vea confundido con un mero un *modus vivendi*, que, ajenos a toda idea de «razón pública», podrían suscribir quienes siguen «dispuestos a perseguir sus objetivos a expensas del otro y, si las condiciones cambiaran, así lo harían», LP, p. 179.

³⁶ Para él, una sociedad liberal «no tiene propósito aparte de la libertad, no tiene meta alguna aparte de la complacencia en ver cómo se producen tales enfrentamientos y aceptar el resultado. No tiene otro propósito que el de hacerles a los poetas y a los revolucionarios la vida más fácil», *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, pp. 15, 16, 79 y 102.

³⁷ LP, pp. 40 y 70.

³⁸ De ello nos hemos ocupado en «Verdad y consenso democrático», en *Ciencias humanas y Sociedad*, Fundación Oriol-Urquijo, Madrid, 1993, pp. 461-482.

de fundamento ético; más bien se apoya —de modo más o menos transparente— en contenidos éticos previos³⁹.

Para los convencidos de la verdad de una propuesta ética, el consenso cobra sin más un añadido valor de refrendo⁴⁰. Partiendo de diversos fundamentos metafísicos, y de una epistemología a juego, ni a un Pufendorf ni a un Locke consenso político y verdad planteaban conflicto alguno; lejos de ello, se suministraban mutuo apoyo. Tampoco dentro de la tradición escolástica originó en todos los casos especiales dificultades asumir, junto a la sociabilidad natural, la querencia moderna a los modelos contractualistas⁴¹.

El problema resulta inevitable más tarde, a la hora de articular una razón práctica poskantiana en plena crisis de la metafísica, sobre todo en contextos culturales poco proclives a propuestas epistemológicas.

El «constructivismo» de Rawls, por ejemplo, aspira a plantear la necesaria «justificación razonable como un problema práctico, no epistemológico, o metafísico». Se esfuerza en resaltar que, «en este contexto, la idea de razonabilidad no es una idea epistemológica», sino que «es parte, más bien, de un ideal político de ciudadanía democrática que incluye la idea de razón pública». Coherentemente, entre las exigencias de un «consenso constitucional estable», figurará «la virtud de la razonabilidad», junto a «un sentido de equidad, un espíritu de compromiso y una disposición a acercar posiciones con los demás». Sin pretender implantar una concepción de la justicia «verdadera» sí se procura que sea «razonable»⁴².

Este dar entrada al juego de la *razón* contrastará con la actitud de Rorty, para el que «la idea de un componente humano central y universal llamado “razón”, una facultad que es la fuente de nuestras obligaciones morales, aunque fue de mucha utilidad para la creación de las modernas

³⁹ Sobre el particular nuestro trabajo «Consensus: ¿racionalidad o legitimación?», en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 99-116.

⁴⁰ J. RAWLS admite que «algunos podrían insistir en que alcanzar ese acuerdo reflexivo da ya por sí mismo razones suficientes para considerar verdadera, o al menos altamente probable, esa concepción», pero prefiere abstenerse «de dar ese paso ulterior: es innecesario y podría interferir con el objetivo práctico de hallar una base pública acordada de justificación», *LP*, p. 185.

⁴¹ De ello se ha ocupado tan rigurosa como reiteradamente F. CARPINTERO, desde su estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad, Salamanca, 1977, pp. 170 ss., pasando por *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 61 ss., o *La cabeza de Jano*, Universidad, Cádiz, 1989, pp. 98 ss., hasta *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid, 1993, pp. 25 ss.

⁴² Una «concepción política como articuladora de valores políticos, no de todos los valores», que se funda «en principios de razón práctica junto con concepciones de la sociedad y de la persona, ellas mismas concepciones de la razón práctica», *LP*, pp. 75, 93, 195 y 16. Mucho más radical se muestra R. RORTY, para el que «la filosofía como epistemología» no es sino «la búsqueda de estructuras inmutables dentro de las cuales deben de estar contenidos el conocimiento, la vida y la cultura», en un afán «de sustituir la *conversación* por la *confrontación* en cuanto determinante de nuestra creencia», *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1983, pp. 154 y 155. De ahí que proponga «un pensamiento reactivo, más que constructivo, que marca el contraste «entre la filosofía “sistemática” y la “edificante”», *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, p. 331.

sociedades democráticas, es algo de lo que puede prescindirse, y de lo que “debe” prescindir, a fin de que ello ayude a realizar la utopía liberal», ya que «la democracia está ahora en condiciones de desprenderse de los andamios utilizados en su construcción»⁴³. Rawls, por el contrario nos habla de una razón pública, por partida doble⁴⁴: por su objeto y por su sujeto.

La clave estará, como vimos, en el discernimiento de qué contenidos revisten una dimensión *pública*, capaz incluso de justificar la entrada en juego de la coercibilidad *jurídica*. Ello equivale a interrogarse por los contenidos indeclinables del derecho. Por más que ahora la justicia —con ellos tradicionalmente identificada— se presente como *política*, su función no será muy distinta de clásicos términos jurídicos o ético-sociales, como derecho natural⁴⁵ o bien común, aunque sí sea diversa su fundamentación.

La cuestión se simplifica cuando de ese mismo núcleo de contenidos de vocación jurídica, que gravitarán sobre el proceso de positivación, derivan exigencias sobre quiénes deben considerarse sujetos legitimados para su formulación. La iusnaturalista «dignidad humana» de la modernidad, por ejemplo, justificaba y sigue justificando la entrada en juego de unos mecanismos democráticos que irán, inevitablemente, mucho más allá de lo procedimental. Una vez más, serán las exigencias éticas las que justifiquen un procedimiento argumentativo⁴⁶, sin exclusiones, y no viceversa.

Todo ello nos sitúa ante la necesidad de lograr un consenso, basado en la mutua argumentación sobre unos contenidos éticos materiales, más allá de lo meramente procedimental. El judicialmente omnipresente concepto jurídico de «lo razonable»⁴⁷ se verá acompañado de una indisimu-

⁴³ *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, p. 212.

⁴⁴ Parece que tal razón sería, más bien, tres veces «pública»: por tener por objeto «el bien público»; por sus sujetos, ya que «como razón de los ciudadanos en cuanto tales, es la razón del público»; porque también «su contenido, es público, y está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad», *LP*, p. 248. Es fácil, no obstante, convenir que objeto y contenido, bien público y justicia política no diferirán demasiado.

⁴⁵ J. RAWLS, aparte de admitir que «una concepción de la justicia para una sociedad democrática presupone una teoría de la naturaleza humana», tampoco vacila en pronosticar que «las instituciones que garantizan para todos los ciudadanos los valores políticos incluidos en lo que Hart llama “el contenido mínimo del derecho natural”» puedan estimular «una adhesión generalizada», *LP*, pp. 384 y 193. Ya en su *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 558, nota 30-, había admitido que «la justicia como imparcialidad tiene los sellos distintivos de una teoría del derecho natural», aunque ahora precisa que, «dado el hecho del pluralismo razonable», los ciudadanos no pueden llegar a un acuerdo respecto del orden de los valores morales, o respecto de los dictados de lo que algunos consideran como la ley natural», *LP*, p. 128.

⁴⁶ El mismo J. RAWLS aclara que, en su planteamiento, «nos ocupamos de la razón, no simplemente del discurso», *LP*, p. 255.

⁴⁷ En J. RAWLS encontramos una sintomática distinción entre lo «racional», que llevaría a cada cual a ingeniárselas para alcanzar su particular concepción del bien, y «lo razonable», más restringidamente vinculado «a la disposición a proponer y a respetar los términos equitativos de la cooperación», así como «a la disposición a reconocer las cargas del juicio, aceptando sus consecuencias»; lo que faltaría a los agentes meramente «racionales» sería «la forma particular de sensibilidad moral que subyace al deseo de comprometerse con una cooperación equitativa

lable carga ética, hasta convertirse en la principal vía de explicitación de la teoría de la justicia que acabará viéndose efectivamente positivada.

Será mediante este consenso como deberán irse entretejiendo⁴⁸ las diversas concepciones del bien privadamente suscritas por los ciudadanos, en su legítimo intento de configurar el núcleo de contenidos jurídicos indispensables en el ámbito público. Núcleo que –la reiteración es obligada– desbordará, y condicionará, lo procedimental para incluir derechos con un contenido esencial a respetar⁴⁹.

22. El entretejimiento del consenso reabre la posible susceptibilidad ante lo religioso, cuando pugnan por influir sobre su configuración los diversos magisterios confesionales. La legitimidad de sus funciones queda, sin embargo, dentro de una sociedad democrática, fuera de toda duda. Si es normal que el ciudadano suscriba doctrinas omnicomprendivas, será lógico que puedan libremente dirigirse a él los encargados de ilustrarlas. Esta actitud, lejos de levantar sospechas sobre presuntas indebidas injerencias, sería precisamente síntoma de la voluntad de esas confesiones de lograr apoyos mediante la pública argumentación, renunciando a todo uso opresivo del poder⁵⁰. Sería, como vimos, absurdo pensar que, por el simple hecho de que dichos magisterios presenten propuestas a las que atribuyen sólido fundamento, condujeran inevitablemente al fundamentalismo.

Este último fenómeno sólo se daría si, recurriendo al argumento de autoridad, intentaran proyectar abruptamente determinados contenidos sobre la ética pública sustrayéndose al procedimental debate político. Si ninguna confesión puede pretender monopolizar la ética pública, tampoco tendría sentido relegarlas obligadamente a lo privado, ignorando su positiva dimensión social.

como tal, y hacerlo en términos tales que quepa esperar que otros, en tanto que iguales, puedan aceptar», *LP*, nota 1 de la p. 79 y pp. 81-82.

⁴⁸ El término *overlapping consensus* de J. RAWLS ha dado no poco trabajo a sus traductores españoles, que han huido de recurrir al adjetivo «solapado», por evitar, sin duda, que se lo malinterprete como falta de transparencia, para hablar de *La idea de un consenso por superposición*, J. BETEGON y J. R. PÁRAMO al incluir dicho trabajo en su recopilación sobre *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 63-85, o de «consenso solapante», A. CORTINA, a propósito de Rorty, en *Ética sin moral*, cit. en nota 10, p. 241, antes de acudir al «consenso entrecruzado», como ha hecho A. DOMENECH en su versión de la obra que venimos citando; cfr. la nota que incluye en la p. 30. A este adjetivo nos remitiremos, aunque el de «entretejido» nos hubiera parecido más expresivo. Nos encontramos, pues, ante «la idea de un consenso entrecruzado de doctrinas comprensivas razonables», *LP*, p. 165.

⁴⁹ En efecto, el consenso entrecruzado «va más allá de los principios políticos que instituyen procedimientos democráticos e incluye principios que abarca el conjunto de la estructura básica; de aquí que sus principios establezcan ciertos derechos sustantivos tales como la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento, así como la igualdad equitativa de oportunidades y principios destinados a cubrir ciertas necesidades esenciales», J. RAWLS *LP*, p. 197.

⁵⁰ J. RATZINGER señala que «no es propio de la Iglesia ser Estado o una parte del Estado, sino una comunidad de convicciones»; recordará que «en el ámbito anglosajón la democracia fue pensada y realizada, al menos en parte, sobre la base de tradiciones iusnaturalistas y apoyada en un consenso fundamental cristiano»; la Iglesia, «en uso de su libertad debe participar en la libertad de todos para que las fuerzas morales de la historia continúen siendo fuerzas morales del presente y para que surja con fuerza aquella evidencia de los valores sin la que no es posible la libertad común», *Verdad, valores, poder*, cit. en nota 30, pp. 39, 96 y 40.

Ya vimos cómo Rawls incluye a las «iglesias» –sin discriminarlas respecto a las «universidades» o «muchas otras asociaciones de la sociedad civil»– entre las «razones no públicas», que alimentan «lo que he llamado “transfondo cultural” en contraste con la cultura política pública. Esas razones son sociales, y desde luego no privadas»⁵¹; «la autoridad de la iglesia sobre sus feligreses» no le plantea mayores problemas, ya que «dadas la libertad de culto y la libertad de pensamiento, no puede decirse sino que nos imponemos esas doctrinas a nosotros mismos»⁵².

El laicismo, planteado coherentemente, llevaría a un bloqueo del consenso social, ya que equivaldría a proponer que «en asuntos políticos fundamentales, las razones dadas explícitamente en términos de doctrinas comprensivas no pueden introducirse nunca en la razón pública»; en vez de permitir a los ciudadanos «presentar lo que consideran la base de los valores políticos arraigada en su doctrina comprensiva, mientras lo hagan por vías que robustezcan el ideal de la razón pública»⁵³.

Lo contrario implicaría una actitud inquisitorial difícilmente compatible con determinados valores constitucionales, como los que vetan toda indagación sobre convicciones ideológicas o religiosas⁵⁴. Para Rawls, el que algunos piensen «que los valores no políticos y trascendentes constituyen el verdadero fundamento de los valores políticos» no implicaría que su «apelación a los valores políticos resulte insincera», ya que «el que pensemos que los valores políticos tienen alguna fundamentación ulterior no significa que no aceptemos esos valores, o que no estemos dispuestos a respetar la razón pública, del mismo modo que nuestra aceptación de los axiomas de la geometría no significa que no aceptemos los teoremas geométricos»⁵⁵.

23. El *constitucionalismo* democrático aspira, precisamente, a superar todo falso dilema entre fundamentalismo y dictadura de la mayoría. Suscribe, consciente de su dimensión autodestructiva, el *rechazo del relativismo*, reconociendo que situarse de espaldas a la verdad genera graves amenazas contra la libertad. El procedimentalismo resultará, una vez más, insuficiente⁵⁶.

⁵¹ Cfr. lo ya indicado en nota 8.

⁵² *LP*, pp. 247, 255 y 256-257; también 297.

⁵³ J. RAWLS, que califica al segundo como «punto de vista incluyente», lo considera «más adecuado» que el «punto de vista excluyente», ya que «el mejor modo de robustecer ese ideal en tales casos podría ser explicar en el foro público cómo la propia doctrina comprensiva afirma los valores políticos», *LP*, pp. 282-283 y 284.

⁵⁴ Es el caso de la Constitución Española que, en su artículo 16.2, garantiza que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

⁵⁵ Todo consistiría en saber «distinguir el orden de la deducción del orden del apoyo», *LP*, p. 277 y su nota 31.

⁵⁶ Una Constitución como la nuestra no se corresponde con lo que J. RAWLS llama «consenso constitucional», reconociendo que «no es profundo, ni tampoco es amplio», sino «de corto alcance», en la medida en que «no incluye la estructura básica, sino sólo los procedimientos políticos de un gobierno democrático»; en realidad, «un consenso constitucional puramente político y procedimental se revelará demasiado restringido», *LP*, pp. 191 y 198.

En efecto, para que el ejercicio de la libertad no acabe resultando inviable en la práctica, habrá que proceder a la *sustracción del debate político* de determinados *contenidos éticos fundamentales*. Si nos trasladamos a la polémica anglosajona entre constructivistas y utilitaristas, se trataría de acertar a la hora de fijar —«de una vez por todas»— unos derechos individuales prioritarios, que habríamos de «tomarnos en serio»⁵⁷, dejándolos a salvo de condicionamientos derivados del cálculo oportunista de intereses sociales o de razones de eficacia.

Si no queremos, sin embargo, viciar el planteamiento, parecería lógico que lo único que autorice a proceder a esa sustracción o «retirada de la agenda política» de determinadas cuestiones sea sólo el grado de *razonabilidad* atribuible a sus contenidos éticos, y no la dimensión *polémica* que coyunturalmente puedan llegar a cobrar. De lo contrario, habría que entrar en el difícil diseño de una agenda política capaz de distinguir, a la vez, entre lo fijado de una vez por todas, en aras de una razón pública permanente, y lo que también habría que marginar de ella, pero esta vez por su potencial conflictivo meramente coyuntural.

Rawls no parece tan coherente en este punto, al dar por sentado que su liberalismo político, «para mantener la imparcialidad», «ha de abstenerse de entrar específicamente en tópicos morales que dividen a las doctrinas comprensivas».

Los imperativos de «razonabilidad» parecen ceder ante estrategias meramente «racionales»⁵⁸ cuando se nos aclara que, «al evitar las doctrinas comprensivas, tratamos de eludir las controversias religiosas y filosóficas más profundas con objeto de no perder la esperanza de conseguir una base para un consenso entrecruzado estable», en un intento de «armar las instituciones de la estructura básica de modo tal que reduzca drásticamente la probabilidad de que parezcan conflictos inabordables». Por tales razones «una concepción liberal elimina de la agenda política los asuntos más decisivos, los asuntos capaces de generar conflictos pugnares que podrían socavar las bases de la cooperación social»⁵⁹.

En todo caso, quedará rechazada la dictadura de la mayoría. Esas verdades, públicamente vinculantes, no podrán diseñarse desde una ética

⁵⁷ Arquetípica al respecto la archidifundida obra de R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984. Entre las «exigencias de un consenso constitucional estable» señalará J. RAWLS «la imperiosa exigencia política de fijar de una vez por todas el contenido de determinados derechos y libertades básicos y de conferirles una primacía especial. Al proceder así se retira de la agenda política la necesidad de esas garantías y devienen inaccesibles al cálculo de los intereses sociales», *LP*, p. 193. F. D'AGOSTINO detecta en este rechazo del utilitarismo cómo «el kantismo fundamental de Rawls implica que el hombre tiene una dignidad, y no un precio», *La giustizia tra moderno e postmoderno*, en *Filosofia del Diritto*, cit. en nota 3, p. 122.

⁵⁸ Cfr. *supra* nota 46.

⁵⁹ *LP*, pp. 23, 184, 188 y 189. R. RORTY, que no en vano caracteriza su «ironía» como lo opuesto al sentir común, *Contingencia, ironía y solidaridad*, cit. en nota 30, p. 92, ya había resuelto más drásticamente la cuestión, al atribuir a la epistemología el caprichoso intento de «encontrar la máxima cantidad de terreno que se tiene en común con otros», por lo que, como consecuencia, «insinuar que no existe este terreno común parece que es poner en peligro la racionalidad» o que se está «proponiendo el uso de la fuerza en vez de la persuasión», *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, cit. en nota 41, pp. 288 y 289.

privada apoyándose en el mero hecho de su mayoritaria presencia social. En contra de quienes afirman que, a la hora de la verdad, los contenidos esenciales de la Constitución acabarán significando lo que quiera una mayoría coyuntural, lo «razonable» acaba convirtiéndose en límite sustancial al principio procedimental por antonomasia⁶⁰.

24. Mientras tanto, en el ámbito privado —en el que, «a la hora de la verdad el relativismo no se lo cree nadie»⁶¹— puede estar anidando hasta una triple variedad de *tentaciones fundamentalistas*, que valdría la pena examinar.

25. La primera de ellas hace referencia a la posible compatibilidad entre la omnipotente superioridad reconocida a la divinidad y la necesaria sumisión de las propuestas éticas a debate público.

Tras estos planteamientos, late un indisimulable maridaje entre el fundamentalismo y un *voluntarismo* que no tendría mucho que envidiar al hobbesiano. Verdadero sería aquello que Dios, al revelarlo, haya querido establecer como tal; no habría más motivo para amarlo que para odiarlo, se llegó a apuntar. Si, por el contrario, se desborda la angostura voluntarista, contemplando a un Dios racional, el dilema se relaja haciendo posible la entrada en juego de exigencias éticas naturalmente cognoscibles. Cuando el Dios sabio acompaña al omnipotente, su potencia se convertirá de «absoluta» en «ordenada»⁶².

Lo verdadero no es, sin embargo, tal porque Dios haya querido *revelarlo*, sino que ha sido revelado precisamente por ser cualificadamente *verdadero*. El debate político de unos contenidos cognoscibles, lejos de resultar un agravio cuestionador de su omnipotente voluntad, acabaría convirtiéndose en ocasión de reconocimiento de su sabiduría racional.

26. En un segundo momento, pueden plantearse —ahora desde una perspectiva de coherencia racional— dificultades a la hora de renunciar a ver reconocidos en el ámbito público unos contenidos que se estiman privadamente verdaderos. Esta nueva tentación fundamentalista resultará en buena medida desactivable mediante el reconocimiento de aquel doble campo que ya tuvimos ocasión de distinguir en las éticas omnicomprendivas: las exigencias maximalistas de la moral personal, por una parte, y, por otra, el reconocimiento del ajustamiento de las relaciones sociales como un espacio de más limitada exigencia ética.

El recurso al *derecho natural*, por ejemplo, encierra este elemento, además de ofrecer las posibilidades de conocimiento secularizado que ya señalara Grocio. Ante la creciente multiculturalidad de las sociedades

⁶⁰ «Aunque una concepción política de la justicia encara el hecho del pluralismo razonable, no es política en el sentido equivocado; es decir, su forma y su contenido no se ven afectados por el balance de poder político existente entre las doctrinas comprensivas. Ni fraguan sus principios un compromiso entre los más dominantes», J. RAWLS *LP*, pp. 173-174. La justificación reside en los principios de la justicia, mientras que la regla de las mayorías «ocupa un lugar secundario como mecanismo procesal», ya en su *Teoría de la justicia*, cit. en nota 9, p. 396.

⁶¹ A. CORTINA *Ética civil y religión*, cit. en nota 3, p. 105.

⁶² M. VILLEY ya estudió la contribución del voluntarismo medieval, de Occam a Scoto, a *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968, pp. 147-272.

occidentales, se hace preciso contar hoy con similares contenidos éticos de reconocimiento compartido⁶³. No obstante, Rawls recordará que una sociedad no es una comunidad y ello impone límites al «celo de la verdad total», que «nos tienta hacia una unidad, más amplia y más profunda, que no puede ser justificada por la razón pública»⁶⁴.

Papel parecido juegan otros puntos de referencia como el «contenido esencial» de los derechos humanos o las exigencias de la «buena fe», y conceptos como los de «bien común», «orden público» o «sociedad bien ordenada». Todos pueden contribuir a demarcar el ámbito de la ética pública, admitiendo pacíficamente que en él no toda exigencia ética privada ha de encontrar asiento; con ello se descartan las pretensiones del *integrismo* de que todo los mandatos de la divinidad se vean jurídicamente respaldados.

27. No cabe excluir una tercera fuente de tensiones, cuando determinadas exigencias que, —desde la ética privadamente suscrita— aparecen como indispensables para configurar una convivencia social digna del hombre, no llegan a verse jurídicamente positivadas como exigidas por la ética pública. Esta última tentación fundamentalista no parece dejar otra escapatoria que un refugio práctico en la *doble verdad*, capaz de justificar de antemano el *confinamiento incondicionado de la verdad en el ámbito de lo privado*.

28. Se nos brinda, como vimos, solución teórica cuando se suscribe privadamente una ética omnicomprensiva, que admite —precisamente como *exigencia ética* de sus propios contenidos— que la proyección pública de la verdad ha de someterse a determinados *procedimientos*. Sin reconocer a lo procedimental carácter de fundamento —alternativo a la verdad— se lo asume como cauce obligado para su proyección pública.

Precisamente el reconocimiento de una verdad —la dignidad humana⁶⁵— merecería prioridad tal como para conferir a los procedimientos —que

⁶³ Incluso desde planteamientos como los de A. CORTINA, reacios a un iusnaturalismo confeso, se postula una objetividad ética, ya que «defender el subjetivismo moral es alistarse en las filas del politeísmo axiológico, y no en las de un sano pluralismo». «El pluralismo consiste en compartir unos mínimos morales desde los que es posible construir juntos una sociedad más justa», *La ética de la sociedad civil*, cit. en nota 21, p. 49. A la hora de buscar fundamento a dicha objetividad ética deja en suspenso si cabría caracterizarlo como «iusnaturalismo procedimental», *Ética sin moral*, cit. en nota 10, p. 245.

⁶⁴ Ya con anterioridad se había planteado «¿por qué no es la concepción más razonable aquella que se funda en toda la verdad y no simplemente en una parte de ella, mucho menos en creencias que meramente tienen un basamento común y que ocurre que son públicamente aceptadas en un momento dado, pues es presumible que éstas contengan al menos algún error?», «El constructivismo kantiano en la teoría moral» en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 158. Ahora insistirá: «la concepción de la justicia compartida por una sociedad democrática bien ordenada tiene que ser una concepción limitada a lo que llamaré el “dominio de lo político” y a los valores de éste», *LP*, pp. 68-69 y 73.

⁶⁵ El problema no se resuelve si sólo se «apela a un concepto ya aceptado de dignidad humana; porque todavía es menester contestar a la pregunta: ¿por qué los hombres tienen una especial dignidad?», según señala A. CORTINA, *Ética sin moral*, cit. en nota 10, pp. 244, 249 y 250-251, que no sólo considera que «los derechos humanos son un tipo de exigencias, no de meras aspiraciones, cuya satisfacción debe ser obligada legalmente», sino que no duda que «el estatuto de tales “derechos”, aun antes de su deseable positivación, sería efectivamente el de *derechos*».

habrían de garantizar su respeto— capacidad de condicionar en la práctica la propuesta de cualquier otro de sus contenidos.

Superado el dilema irresoluble a que aboca el *integrismo* —al sentar rígidamente que no cabe reconocer *derechos* al *error*— la afirmación de la *verdadera dignidad personal* lleva a admitir la posible proyección sobre el ámbito de lo público de contenidos privadamente rechazados como erróneos, dando así paso a un decisivo ingrediente de la *tolerancia*⁶⁶.

29. El juego de los mecanismos procedimentales se verá, en todo caso, matizado por el de otros valores no menos vinculados a esa dignidad humana que le sirve de fundamento. El *principio de las mayorías*, arquetípico al respecto, se verá matizado por esa garantía de los derechos fundamentales que servirá de freno a mayorías coyunturales, en frecuente *defensa de las minorías* que son las que suelen verlos vulnerados.

Difícilmente podría apelarse al mismo principio de las mayorías a la hora de dilucidar su propia tensión con los derechos de unas minorías que merecerán protección, no tanto porque pueden algún día convertirse en mayoría, como porque es más que probable que no puedan llegar nunca a conseguirlo.

Cuando tales derechos se reconocen como «inalienables», el intento de distinción derecho-moral propio del positivismo resulta inviable. No se está reconociendo simplemente que el derecho acaba teniendo aleatorios contenidos «morales»; se está dando por sentado que algunos de ellos juegan el papel de exigencias éticas imprescindibles del ordenamiento jurídico, hasta el punto de convertir en nula «de pleno derecho» cualquier positivación que las desconozca.

Para Rawls, no se trata únicamente de que «una libertad básica sólo puede ser limitada o negada por mor de una o más libertades básicas, y nunca por razones de bien público o de valores perfeccionistas», sino que «decir que las libertades básicas son inalienables es lo mismo que decir que cualquier acuerdo entre ciudadanos que implique la renuncia a una libertad básica o la violación de una de ellas, por racional y voluntario que sea el mismo, es un acuerdo vacío ab initio»⁶⁷.

30. El reiteradamente resaltado *carácter meramente instrumental del procedimiento*, y su consiguiente insuficiencia para aportar la respuesta última a la hora de configurar la ética pública, obliga a volver la vista hacia las *omnicomprensivas éticas privadas* y a plantearse el modo de *articular su proyección pública* de un modo transparente y no sesgado, hasta conseguir una sociedad que no por pluralista renuncie a ser razonable.

⁶⁶ Al respecto nuestro trabajo *Tolerancia y verdad*, «Scripta Theologica» 1995 (XXVII/3) pp. 885-920.

⁶⁷ *LP*, pp. 332 y 403.