

DERECHO Y MORAL ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

ANDRÉS OLLERO TASSARA

1. Cada vez resulta menos disimulable la crisis de la tajante separación que había establecido entre derecho y moral el positivismo jurídico, como consecuencia de su opción epistemológica, e incluso metafísica, que le imponía el tajante deslinde del mundo del *ser* y el del *deber ser*.

No se supera este dilema cuando se propone la simple distinción entre una *moralidad crítica*, que aspiraría a modificar la ley, y la ya legalizada. Suele en estos casos suscribirse —quizás inconscientemente— un concepto de *positividad* “instantáneo”, que considera posible establecer netamente lo que en un momento determinado es o no derecho positivo.

Lo que existe en realidad es un *proceso de positivación*, 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 problema se complica en sociedades crecientemente multiculturales. Las actitudes críticas —en el ámbito de la epistemología— y el historicismo —que relativiza todo intento de universalidad espacial o permanencia histórica— habían empujado a buscar refugio en la noción del consenso social. Ahora, la apelación a un consenso homogéneo y mayoritariamente compartido se hace en ellas cada vez más problemática.

2. Se reitera, igualmente, 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 la *ética pública*, y otro en el que jugarían los *contenidos materia-*

les, obligadamente *confinados* en el ámbito de la *moralidad* personal *privada*.

Con ello se induce 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.

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”, que hoy se plantean —en línea con un trascendentalismo postkantiano— pretenden servir de apoyo a contenidos muy determinados, con lo que, paradójicamente, excluyen una ética pública de exigencias meramente procedimentales. 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.

3. Rawls ha hablado de “justicia política”, a la hora de delimitar este ámbito de lo ético públicamente vinculante. Se pretende sin duda —hablando de valores “políticos” y no “jurídicos”— evitar el reconocimiento de que existen realidades que son estrictamente jurídicas, aunque se hallen aún pendientes de positivación. 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 omnicomprendensivo de las éticas privadas, o de que su delimitación exija peculiares procedimientos.

Pierde sentido, como consecuencia, todo intento de defender un espacio de lo público que —por procedimental— fuera “neutral” respecto a las concepciones omnicomprendensivas postuladoras de contenidos materiales. Cuando tal neutralidad pretende im-

nerse, se da paso a una nada pacífica actividad neutralizadora, dudosamente compatible con una democracia efectiva. Así ocurre cuando de manera drástica se pretende, en clave laicista, excluir del ámbito público toda propuesta sospechosa de parentescos confesionales —sin molestarse siquiera en considerar si atienden o no a razones— bajo el socorrido tópico de que no es lícito imponer las propias convicciones a los demás.

Descartando tan curioso sentido del pluralismo, que convertiría en confesional un laicismo minoritario, cabría aún plantear si no sería precisa una actuación de los poderes públicos que reequilibre la relevancia social de las diversas éticas omnicomprensivas suscriptas por unos u otros ciudadanos. Se justificaría así la posibilidad de mediatizar el consenso, para contrarrestar posibles excesos del pasado.

Podría, por ejemplo, sugerirse que el Estado se abstenga de cualquier actividad que favorezca o promueva una doctrina omnicomprensiva particular en detrimento de otras, o que evite cualquier actividad que aumentara la probabilidad de que los individuos acepten una doctrina en detrimento de otras, a no ser que adopte simultáneamente medidas que anulen o compensen tales efectos.

Sería preciso distinguir, al respecto, entre el rechazable diseño de instituciones públicas para favorecer 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 más o menos adeptos.

Si no cabe una ética pública de efectos inocuos para las privadamente suscriptas por cada ciudadano, tampoco parece muy razonable postular ese 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. El derecho no puede renunciar ilimitadamente a “imponer convicciones”.

Al fin y al cabo, la incapacidad del positivismo jurídico para consumir su distinción férrea entre derecho y moral derivaba de su empeño por ignorar una obviedad: tal distinción exigía, paradójicamente, emitir un juicio moral; sólo *desde éticas “privadas”*

cabrá formular las oportunas propuestas, tanto sobre el efectivo *alcance de lo público* como sobre su adecuada frontera con lo privado. Precisamente por eso, habrá que abordar el modo de hacerlas confluir a través de peculiares procedimientos.

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. Esta realidad invita a mantenerse sobre aviso ante el riesgo de que, inconscientemente, el *juego procedimental* acabe enmascarando la opción por determinados *contenidos materiales*, identificándolos *a priori* con el sentir común.

4. Las éticas que cada ciudadano suscribe privadamente remiten al concepto de autonomía. Aunque 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*.

La presencia de la *religión* entre las fuentes de propuestas éticas privadamente asumibles —y, sobre todo, su aspiración a que se vean reflejadas en la ética pública— tiende a producir reacciones peculiares, entre las que no faltan indisimuladas actitudes de *recelo*. Si ello viene ocurriendo desde antiguo en el ámbito cultural latino —por bien conocidas razones históricas— se experimenta hoy de manera más generalizada, por la creciente y llamativa presencia pública de los *fundamentalismos*; sobre todo los de raíz islámica.

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. No cabe, por ejemplo, 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. Sobre todo, cuando quienes las suscriben renuncian al fundamentalista argumento de autoridad, para aportar razones atinentes a la dimensión pública de sus exigencias. Desde este punto de vista, dar por supuesta una *tentación fundamentalista de las religiones en general* no sería sino dejarse

llevar de un prejuicio cultural; dar por hecho que dicha tentación es invencible supondría, por otra parte, suscribir un paradójico *fundamentalismo alternativo de cuño laicista*.

Dando por sentado que un ciudadano puede ser al mismo tiempo creyente, y que todo creyente es a la vez ciudadano, el problema consistirá en cómo establecemos la *frontera* entre un afán de absoluta y global *identificación* entre esas dos dimensiones de la persona y lo que serían *influencias recíprocas* indiscutiblemente legítimas.

La *ética pública* condicionará inevitablemente las posibilidades efectivas de despliegue de las *éticas privadas*; se trata de una espontánea dinámica sociológica, que no en vano ha convertido en tópico la presentación de la ética pública como “religión civil”. Por lo demás, es obvio 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 *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 suscriptas por los ciudadanos, propugnando una “normalización” acorde con unos cánones tan imperativos como imprecisos.

5. Estos amagos de despotismo ilustrado destilan una particular susceptibilidad ante la *pretensión de verdad* con que, desde las éticas omnicomprensivas, se formulan propuestas de ética pública. En puridad procedimental, la *pretensión de verdad* que cada ética privada pueda autoatribuirse habría de considerarse absolutamente irrelevante, tanto en sentido positivo como negativo.

Es muy razonable pensar que quienes proponen que determinadas exigencias, no sólo tengan proyección pública, sino que lleguen incluso a contar con el respaldo de la coercibilidad jurídica, se muestren suficientemente convencidos de su verdad. Convertir, por el contrario, dicho convencimiento en motivo de exclusión a la hora de configurar lo público, llevaría —con dudosa ventaja— a identificar ética pública con *capricho mayoritario*.

El convencimiento de la verdad de lo que se propone es, en principio, positivo; sólo cabría pensar lo contrario ante quien profese una pintoresca y acomplexada teoría de la verdad —que se considere incapaz de ser exitosamente argumentada— o por parte de quien ignore que la configuración de los contenidos de la ética pública debe depender antes de su efectiva relevancia para la convivencia que del grado de verdad que quepa atribuirle.

Verdad y consenso no tienen por qué entenderse como dilema alternativo. Resulta incluso problemático que el consenso pueda officiar de fundamento ético; se apoya más bien —de modo más o menos transparente— en contenidos éticos previos. Para los convencidos de la verdad de una propuesta ética, el consenso cobra, por lo demás, un añadido valor de refrendo.

La clave estará en el discernimiento de qué contenidos concretos revisten una dimensión *pública*, capaz incluso de justificar la entrada en juego de la coercibilidad *jurídica*. Ello equivale a interrogarse por las exigencias indeclinables del derecho, cuestión abordada desde términos novedosos como el de “justicia política”, o tan clásicos como “derecho natural” o “bien común”, por diversa que sea su fundamentación.

La cuestión se simplifica cuando de ese mismo núcleo de contenidos derivan exigencias éticas que determinan quiénes deben considerarse sujetos legitimados para su formulación. La iusnaturalista “dignidad humana” de la modernidad, por ejemplo, justifica la entrada en juego de unos mecanismos democráticos que irán, inevitablemente, mucho más allá de lo procedimental. Una vez más, son las exigencias éticas las que justifican un procedimiento argumentativo, sin exclusiones, y no viceversa.

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, insuficiente. 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 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. En todo caso, quedará rechazada la dictadura de la mayoría; porque esas verdades, públicamente vinculantes, no podrán diseñarse desde una ética 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, éstos sólo tienen sentido como límite sustancial al principio procedimental por antonomasia: la prevalencia de las mayorías.

6. Mientras tanto, en el ámbito privado —en el que no es en la práctica imaginable una actitud relativista— puede estar anidando hasta una triple variedad de *tentaciones fundamentalistas*.

La primera de ellas hace referencia a la difícil compatibilidad entre la omnipotente primacía reconocida a la divinidad y la necesaria sumisión de las propuestas éticas a debate público. Tras estos planteamientos, late un indisimulable maridaje entre fundamentalismo y *voluntarismo*: verdadero sería aquello que Dios, al revelarlo, haya querido establecer como tal. Lo verdadero no es, sin embargo, en realidad tal porque Dios haya querido revelarlo, sino que ha sido *revelado* precisamente *por* ser cualificadamente *verdadero*. Desde esta nueva perspectiva, 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.

La coherencia, podría en un segundo momento plantear 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 un doble campo en las éticas omnicomprensivas: las exigencias maximalistas de la moral personal, por una parte, y, por otra, el ajustamiento de las relaciones sociales.

El recurso al *derecho natural*, por ejemplo, encerraba tal elemento, además de ofrecer las posibilidades de conocimiento secularizado que ya resaltara Grocio. Ante la creciente multiculturalidad de las sociedades occidentales, se hace preciso contar hoy con similares contenidos éticos de reconocimiento compartido, girando ahora en torno a puntos de referencia como el “contenido esencial” de los derechos humanos o las exigencias de la “buena fe”, o conceptos como los de “bien común”, “orden público” o “sociedad bien ordenada”. Todos ellos no hacen sino contribuir a demarcar el ámbito de la ética pública, admitiendo pacíficamente que en él no toda exigencia ética privada ha de encontrar asiento. Queda así descartada la pretensión del *integrismo* de que todos los mandatos de la divinidad se vean jurídicamente respaldados.

No cabe excluir una tercera fuente de tensiones, cuando determinadas exigencias —consideradas como indispensables para configurar una convivencia social digna del hombre— no llegan a verse jurídicamente reconocidas. No parece quedar otra escapatoria que un refugio práctico en la *doble verdad*, o dar de antemano por justificado el *confinamiento* incondicionado de la verdad en el ámbito de la *ética privada*.

7. Se 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. 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*.

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 se verá matizado en *defensa de los derechos de las minorías*, 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 imposible. No se está reconociendo simplemente que el derecho acaba teniendo aleatorios contenidos “morales”; se está dando por sentado que algunos de ellos juegan como exigencia ética imprescindible, hasta el punto de convertir en nula “de pleno derecho” cualquier positivación que los desconozca.

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 —en conclusión— 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.

Universidad de Granada.

Anuario de Filosofía Jurídica y Social

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO COMPARADO

SECCIÓN TEORÍA GENERAL

17

RELACIÓN ENTRE ECONOMÍA Y DERECHO EN EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DEL SIGLO XX

MARTÍN LACLAU: *Economía y Derecho en la filosofía de Rudolf Stammer* • JUAN CARLOS AGULLA: *Economía y sociedad nacional en Max Weber* • FELIPE FUCITO: *Sobre el pensamiento económico de Hans Kelsen* • DANTE CRACOGNA: *Posner y el análisis económico del Derecho*.

LOS GRANDES TEMAS DE LA TEORÍA EGOLÓGICA DEL DERECHO

MARTÍN LACLAU: *Carlos Cossio y el problema ontológico del Derecho* • IRMA E. AIDAR: *Apuntes sobre la noción de norma en Cossio* • DANTE CRACOGNA: *La axiología egológica* • CARLOS COSSIO: *La descripción en el propósito descriptivo de la fenomenología*.

ARTÍCULOS VARIOS

MARIO G. LOSANO: *Los grandes sistemas jurídicos* • STANLEY L. PAULSON: *Un cisma en la Teoría Pura de Kelsen ya en la década de 1920* • AGUSTÍN SQUELLA: *¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural?* • ANDRÉS OLLERO TASSARA: *Derecho y moral entre lo público y lo privado* • HERMANN PETZOLD-PERNÍA: *Breves consideraciones sobre la naturaleza del proceso hermenéutico-jurídico*.

ABELEDON-PERROT

AÑO 1997

BUENOS AIRES