

LO JUSTO

Paul Ricœur

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LO JUSTO

LIBROS DE ÉTICA

La Biblioteca sólo provee libros para reflexión y estudio. Se prohíbe su comercialización.

Si puede comprar el libro en papel, hágalo, de esa forma contribuirá para que se sigan publicando más libros.

La Biblioteca es un esfuerzo de colaboración para fomentar el estudio, la reflexión y la cultura cristiana.

<https://www.facebook.com/groups/eticaenpdf>

Paul Ricœur es uno de los más importantes filósofos contemporáneos.

Su obra es de considerable extensión, con repercusiones que no cesan de crecer en los últimos años tanto en Francia, como en Europa en general y en Estados Unidos. Reflexiona con notable fluidez sobre la metafísica y el psicoanálisis, la hermenéutica y la ética, la historia de la filosofía y la religión; también sobre el derecho.

Entre sus libros más famosos se pueden citar: *Sobre la interpretación* (1965 y 1995), *El conflicto de las interpretaciones* (1969), *La metáfora viva* (1975), *Tiempo y relato* (1983, 1985), *El sí mismo como otro* (1990).

Paul Ricœur

LO JUSTO

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Barcelona • Buenos Aires • Mexico D.F. • Santiago de Chile

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Título original en francés

Le Juste

© Editions Esprit, 1995

Traducción: CARLOS GARDINI

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Derechos exclusivos para América Latina

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 100.811, año 1997
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.000 ejemplares en el mes de agosto de 1997

IMPRESORES: Andros Impresores

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1186-7

PROLOGO

Lo equitativo, al ser justo, no es lo justo según la ley, sino un correctivo de la justicia legal. La razón de ello es que la ley siempre es algo general, y que hay casos de especie tal que no es posible formular para ellos un enunciado general que se le aplique con certeza. Así vemos claramente qué es lo equitativo, que lo equitativo es justo y que es superior a cierta clase de lo justo.

ARISTOTELES, *Etica nicomaquea*, V. 15

|

Los textos reunidos en este volumen no constituyen, propiamente hablando, capítulos de un libro. Se trata de conferencias dictadas en diversas instituciones (cuya lista se hallará al final de la obra) y bajo las restricciones –benéficas– de programas cuya problemática yo no había escogido. Me han permitido expresar una de mis más antiguas preocupaciones como profesor de filosofía, respecto de la poca atención que se prestaba en nuestra disciplina a cuestiones concernientes al plano jurídico, en comparación con el interés que se tenía por cuestiones relacionadas con la moral y la política. Esta negligencia resulta aún más asombrosa por ser relativamente reciente. La *República* de Platón está tan ligada a la cuestión de la justicia que la tradición ha convertido esta idea en subtítulo del célebre diálogo. En cuanto a Aristóteles, realizó en sus *Eticas* un análisis detallado de la virtud de la justicia. En la alborada de los tiempos modernos, las teorías contractualistas del vínculo social se asocian con las teorías del derecho natural. Las filosofías de Hobbes, Maquiavelo y Adam Smith no son teorías políticas sino en la medida en que proponen una explicación del origen y de la finalidad del dere-

cho. Leibniz y Kant componen tratados expresamente consagrados al derecho. ¿Y cómo no evocar los *Principios de la filosofía del derecho* de Hegel, que con frecuencia han apuntalado las reflexiones de los filósofos profesionales de mi generación acerca de la secuencia moral-derecho-política? Aun así, el principal objeto de nuestra preocupación era el lazo entre la ética y la política, en desmedro del status específico de lo jurídico.

¿Cómo explicar esta negligencia tan generalizada? El escándalo producido por el desencadenamiento de la violencia durante el espantoso siglo veinte explica en gran medida este ocultamiento de la problemática jurídica por medio de aquello que, generalizando, podemos calificar como lo ético-político. No obstante, este ocultamiento atenta contra las disciplinas aludidas, en la medida en que la segunda culmina en la cuestión de la legitimidad del orden por el cual el Estado se opone a la violencia, aunque sea al precio de aquella otra violencia de la cual surge el poder político mismo y cuyos estigmas aún exhibe: ¿el fracaso del Terror no tendría nada que ver con la incapacidad de la Revolución Francesa para estabilizarse en una constitución que habría garantizado su perennidad? ¿Y la filosofía política de Hegel no se anuda con la cuestión de la constitución? No obstante, si hemos eludido el problema de la legitimidad del orden constitucional que define al Estado como Estado de derecho –como lo he hecho en algunos textos reunidos en *Lectures I: autour du politique*–, ¿no es porque, en vez de demorarnos en torno del *topos* de la filosofía hegeliana del derecho, hemos mirado desde el ámbito de la filosofía de la historia que, en el texto de Hegel, continúa su teoría del Estado, cuando no existe régimen constitucional para poner coto a las relaciones violentas entre Estados que se plantan en el escenario mundial como grandes individuos violentos? Traspuesto el umbral donde la filosofía de la historia retomaba la problemática del derecho, la dramaturgia de la guerra reclamaba toda nuestra energía intelectual, al precio de la reiterada confesión de que en principio el mal político era incomprensible. Estoy lejos de depolar, y

mucho menos de reprobar, este obstinado regreso al problema eminentemente histórico del mal político, puesto que yo mismo he contribuido a ello.¹ Con el propósito, pues, de resistir contra una inercia alentada por el espíritu de la época, me impuse hace algunos años la tarea de ser derecho con el derecho, de hacer justicia a la justicia. Mi encuentro con el IHEJ (Institut des Hautes Etudes pour la Justice) fue determinante en este sentido. He abordado la cuestión de lo injusto y de lo justo en el plano donde la reflexión sobre lo jurídico corría menos riesgo de ser prematuramente asimilada por una filosofía de lo político, a su vez atrapada por una filosofía de la historia, a su vez acechada por el tormento despiadadamente fomentado y sostenido por la aporía del mal político. En la Ecole National de la Magistrature encontré, en efecto, lo jurídico bajo la figura precisa de lo judicial, con sus leyes escritas, sus tribunales, sus jueces, su ceremonia del proceso y, por último, el pronunciamiento de la sentencia donde *se dice el derecho* en las circunstancias de una causa, de un caso eminentemente singular. Así llegué a pensar que lo jurídico, aprehendido bajo los rasgos de lo judicial, ofrecía al filósofo la ocasión de reflexionar sobre la especificidad del derecho, en su lugar propio, a medio camino entre la moral (o de la ética: el matiz que separa las dos expresiones no importaba en este estadio preliminar de nuestra reflexión) y de la política. Para dar un sesgo dramático a esta oposición entre una filosofía política donde la cuestión del derecho es ocultada por el acecho de la indómita presencia del mal de la historia, y una filosofía donde el derecho sería reconocido en su especificidad no violenta, sugiero que la guerra es el tema acuciante de la filosofía política, y la paz el de la filosofía del derecho. En efecto, si el conflicto, y por tanto la violencia, es ocasión de intervención judicial, ésta se deja definir por el conjunto de dispositivos por los cuales el conflicto se eleva

¹ Véase “Le paradoxe politique”, en *Lectures I*, París, Editions du Seuil, 1991.

al rango de proceso, el cual se centra a su vez en un debate de palabras, y cuya incertidumbre inicial se resuelve al fin por medio de una palabra que dice el derecho. Existe pues un lugar de la sociedad –por violenta que ésta sea, por origen y por costumbre– donde la palabra prevalece sobre la violencia. Por cierto, las partes del proceso no salafí apaciguadas del recinto del tribunal. Para ello sería preciso que se reconciliaran, que recorrieran hasta el final el camino del reconocimiento. Como se dice en la conferencia dictada en el Tribunal Supremo y titulada sencillamente “El acto de juzgar”, la finalidad inmediata de este acto es zanjar un conflicto –es decir, poner fin a la incertidumbre–, y su finalidad mediata es contribuir a la paz social, es decir, en definitiva, a la consolidación de la sociedad como empresa de cooperación, al amparo de pruebas de aceptabilidad que excedan el recinto del tribunal y pongan en juego aquel auditorio universal invocado por Perelman.

Por cierto, no deseo ser presa de la dramatización retórica que opone la problemática política de la guerra a la problemática jurídica de la paz; yo sugeriría, de manera más sutil, la idea de una prioridad cruzada entre las dos problemáticas: ¿acaso la paz no es también el horizonte último de lo político pensado como cosmopolítico? ¿Y acaso la injusticia, y en definitiva la violencia, no es también la situación inicial que el derecho procura trascender, sin lograrlo, como se dirá en el ensayo consagrado al porvenir de la “sanción” y a los sinsabores de la “rehabilitación”?

||

El hecho de que el destino pacífico de lo jurídico, al cual lo judicial brinda una particular visibilidad, sea en cierto modo tan originario como la tendencia a la violencia exhibida por el mal político, me parece manifiesto –y aunque esto diste de ser una prueba, no deja de ser un síntoma elocuente– en el testimonio de nuestra memoria, cuando ésta se esfuerza por

renovar el vigor de nuestros primeros encuentros con la cuestión de lo injusto y lo justo. Es adrede que nombro lo injusto antes que lo justo, como a menudo lo hacen, y de modo visiblemente intencional, Platón y Aristóteles. ¿Acaso nuestro ingreso en la región del derecho no estuvo signada por la exclamación “Es injusto”? Esta exclamación expresa una indignación cuya perspicacia es a veces desconcertante, en comparación con nuestros titubeos de adultos consagrados a pronunciarse sobre lo justo en términos positivos. La indignación, de cara a lo injusto, anticipa aquello que John Rawls denomina “convicciones sopesadas”, cuya participación no puede ser recusada por ninguna teoría de la justicia. Recordemos las situaciones típicas en que se inflamaba nuestra indignación. Por una parte, estaban aquellas distribuciones desiguales que encontrábamos inaceptables (el modelo del reparto de la torta en partes iguales, modelo que quizá nunca dejó de cautivar nuestros sueños de distribución justa, es inconducente en la problemática de la teoría de la justicia). Por otra parte, estaban las promesas incumplidas que por primera vez destruían nuestra inocente confianza en la palabra sobre la cual, aprenderíamos después, reposan todos los intercambios, todos los contratos, todos los pactos, y además estaban aquellos castigos que nos parecían desproporcionados respecto de nuestras faltas, o los elogios que veíamos otorgar arbitrariamente a otros, en síntesis, las recompensas no merecidas. Recapitulemos estos motivos de indignación: retribuciones desproporcionadas, promesas traicionadas, reparos desiguales. ¿No vislumbramos de inmediato algunos lineamientos del orden jurídico: derecho penal, derecho civil y comercial, justicia distributiva? Más aún, ¿no discernimos en la indignación la expectativa de una palabra que instauraría entre los antagonistas una *distancia justa* que pondría fin al enfrentamiento? La intención moral de la indignación radica en esta confusa espera de una victoria de la palabra sobre la violencia.

Pero entonces, ¿por qué no atenerse a la indignación? ¿Qué necesita para equivaler a un auténtico sentido de la jus-

ticia? No basta con decir que aún faltan los criterios positivos de lo justo. Es preciso identificar el obstáculo que impide la conquista de lo que acabamos de denominar *distancia justa* entre los antagonistas de los repartos, intercambios y distribuciones que nuestra indignación denuncia como injustos. Este obstáculo es el deseo de venganza, es decir, la pretensión de hacer justicia por mano propia, de sumar violencia a la violencia, sufrimiento al sufrimiento. La gran conquista, en este sentido, consiste en la demarcación entre venganza y justicia. La justicia sustituye el cortocircuito de la venganza por el distanciamiento entre los protagonistas, instituyendo una brecha entre el delito y el castigo que constituye su símbolo en derecho penal. ¿Pero cómo se puede instituir esta brecha, salvo por la intervención de un tercero, alguien que no sea uno de los protagonistas? Aquí se insinúa una ecuación mayor donde lo justo comienza a distinguirse de lo no injusto: una ecuación entre justicia e imparcialidad. La distancia justa, la mediación de un tercero y la imparcialidad se presentan como los grandes sinónimos del sentido de la justicia en la senda por donde la indignación nos condujo desde nuestra más tierna infancia.

En las páginas precedentes, he evocado los motivos de mi interés relativamente reciente en sustraer el análisis de lo jurídico a la tutela de lo ético-político. Sin abandonar el plano de las motivaciones, busqué en nuestros recuerdos infantiles un testimonio ontogenético, por así llamarlo, de la antigüedad de nuestra exigencia de justicia. Ha llegado el momento de pasar de las motivaciones presentes y pasadas a las razones capaces de legitimar el discurso razonable sobre lo injusto y lo justo que está implícito en la empresa judicial. Si en estos últimos años he podido exponer las reflexiones que leeremos, a veces a costa de ciertos tecnicismos que harán hincapié sobre la atención que requiere un discurso argumentado, es porque el lugar filosófico de lo justo se encontraba ya señalado y aumentado en la “pequeña ética” de *Soi-même comme un autre*. En la continuación de este prefacio me propongo actualizar los lazos de dependencia entre

los estudios que leeremos y las estructuras conceptuales de los tres estudios que componen esta ética.

III

El lector poco familiarizado con la obra donde se sintetiza lo esencial de mi labor filosófica agradecerá que reseñe los lineamientos de las tres secciones de *Soi-même comme un autre* (estudios VII, VIII y IX) que constituyen mi aportación a la filosofía moral.

La arquitectura de estos capítulos reposa sobre la intersección de dos ejes, y en consecuencia de dos niveles de lectura diferentes. El primer eje, el “horizontal”, es el de la constitución dialógica del sí-mismo o *Soi* (o, como he propuesto, de la ipseidad que opongo a la mera mismidad, para caracterizar la suerte de identidad que conviene al sí-mismo). El segundo eje, el “vertical”, es el de la constitución jerárquica de los *predicados* que califican la acción humana en términos de moralidad. El *lugar* filosófico de lo justo se encuentra situado, en *Soi-même comme un autre*, en el punto de intersección de estos dos ejes ortogonales y de los trayectos de lectura que jalonan. Retomemos las cosas de manera menos abrupta.

Empecemos por la lectura “horizontal”, cuya temática, como acabamos de decir, es la constitución dialógica del sí-mismo. Una teoría filosófica de lo justo encuentra así su primer cimiento en el aserto según el cual el sí-mismo no constituye su identidad sino en una estructura relacional que hace prevalecer la dimensión dialógica sobre aquella dimensión monológica que un pensamiento heredero de la gran tradición de la filosofía reflexiva estaría tentado de privilegiar. Pero esta evocación del otro, en el umbral de una reflexión sobre la constitución del sí-mismo, estaría viciada de frivolidad y, ante todo, no bastaría para indicar el lugar donde se puede abordar la cuestión de la justicia si no distinguimos desde un principio dos acepciones distintas de la noción del otro

o de lo otro. El primer otro, por así decirlo, se ofrece en su rostro, en su voz, con los cuales me interpela, designándome segunda persona del singular. Este es el otro de las relaciones interpersonales. Y la amistad, opuesta en este contexto a la justicia, es la virtud emblemática de esta relación inmediata que obra el milagro de un intercambio de papeles entre dos seres insustituibles. Tú eres el tú que me dice tú y a quien yo respondo. Como gusta repetir Emmanuel Lévinas, “*Heme aquí*”, donde el *me* es un *yo* en caso acusativo. Sin embargo, por maravillosa que sea la virtud de la amistad, no puede cumplir las tareas de la justicia, ni engendrarla en cuanto virtud distinta. La virtud de la justicia se establece a partir de una distancia con el otro, tan originaria como la relación de proximidad con el otro ofrecida en su rostro y en su voz. Puede decirse que esta relación con el otro es inmediatamente mediatisada por la *institución*. El otro según la amistad es el *tú*; el otro según la justicia es el *cada cual*, como se expresa en el adagio latino *suum cuique tribuere*, “A cada cual lo suyo”.

En el segundo eje de este trayecto de lectura exploraremos las connotaciones de esta forma pronominal distributiva presente en toda concepción de la sociedad como empresa de distribución de funciones, tareas, beneficios y cargas. A decir verdad, ya hemos encontrado este *cada cual* en las situaciones ejemplares donde nuestra indignación juvenil se inflamaba contra la injusticia: repartos desiguales, falta a la palabra empeñada, retribuciones inicuas. Se trata de circunstancias institucionales, en el sentido más amplio del término, donde la justicia se anuncia como distribución justa. No ocurre de otro modo en las situaciones infinitamente complejas donde las interacciones humanas están enmarcadas dentro de los subsistemas que Jean-Marc Ferry, en *Les puissances de l'expérience*, denomina “órdenes del reconocimiento”. En todos estos grados de complejidad la justicia se anuncia, según la expresión con que Rawls inicia su *Teoría de la justicia*, como “la primera virtud de las instituciones sociales”. El caso de las instituciones judiciales es particular en este sentido, pero particularmente favorable a una determinación más ceñida del

cada cual según la institución: con la institución del tribunal, el proceso enfrenta a partes que el procedimiento judicial ha constituido en “otras”; más aún, la institución se encarna en el personaje del juez, quien, adoptando el papel de tercero entre las partes del proceso, obra como tercero en segundo grado: es el operador de la justa distancia que el proceso instituye entre las partes. Es verdad que el juez no es el único que adopta esta función de tercero en segundo grado. Sin abusar de la simetría, podríamos decir que el juez es a lo jurídico aquello que el funcionario de justicia es a la moral y aquello que el principio –o cualquier otra figura personalizada del poder soberano– es a lo político. Pero sólo en la figura del juez la justicia se hace reconocer como “primera virtud de las instituciones sociales”.

IV

En rigor, sólo a propósito del segundo eje –el eje “vertical”– podemos hablar de arquitectura conceptual, tratándose de la filosofía moral expuesta en *Soi-même comme un autre*. La distribución en tres niveles de los predicados que determinan lo que Charles Taylor llama “evaluaciones fuertes” de la acción, en *The Sources of the Self*, es tan apremiante que fue lo que decidió la distribución en tres capítulos de mis estudios consagrados a la moralidad.²

En el primer nivel, el predicado que califica moralmente la acción es el predicado *bueno*. El punto de vista del cual surge este predicado se puede denominar teleológico, dado que el bien designa el *telos* de una vida consagrada a la busca de aquello que los agentes humanos pueden considerar

² Espero mostrar más adelante que la misma distribución preside el ordenamiento de los textos aquí reunidos, aunque las circunstancias en las cuales fueron producidos no permitían tomar en cuenta cada vez su lugar eventual en la jerarquía de niveles de mi filosofía moral.

como un logro, una feliz coronación. No es indiferente que la palabra vida se pronuncie en el marco de una filosofía de la acción. Nos recuerda que la acción humana está guiada por el deseo, y correlativamente por la carencia, y que en términos de deseo y de carencia se puede hablar de anhelo de una vida lograda. Este lazo entre vida, deseo, carencia y logro constituye el pedestal de la moralidad. Y para esto reservo, por convención idiomática, el término *ética*. Es así como defino la ética por el deseo de un buen vivir.

¿En qué medida concierne esta primera determinación de la moralidad por el predicado *bueno* a una investigación acerca de lo justo? En la medida en que la terna del eje “horizontal” mencionado anteriormente –terna cuyo tercer miembro es el *cada cual* mediatizado por la institución– encuentra su primera formulación en la lectura teleológica de la constitución moral de la acción. Aquí retomo la fórmula que propongo en *Soi-même comme un autre*: deseo de una vida lograda con y para los otros en instituciones justas. La justicia, según esta lectura, forma parte integral del deseo de vivir bien. Dicho de otro modo, el deseo de vivir en instituciones justas surge del mismo nivel de moralidad que los votos de logro personal y que los de reciprocidad en la amistad. Lo justo es objeto de deseo, de carencia, de anhelo. Y se enuncia en un optativo antes de enunciarse en un imperativo. Allí está la marca de su arraigo en la vida (en la vida como *bios*, no como *zoe*). Por cierto, no hay vida humana que no deba ser “examinada”, según el adagio socrático. Y la necesidad de este examen, en convergencia con otras exploraciones que mencionaremos, obliga a elevarse desde el punto de vista teleológico al punto de vista deontológico. Aquello que exige examen es pues la vida, la manera de conducir nuestra vida. La primera pregunta de orden moral no es “¿Qué debo hacer?” sino “¿Cómo quisiera conducir mi vida?” Aristóteles testimonia que la cuestión de lo justo concierne a este interrogante en el principio de la *Etica nicomaquea*, cuando plantea que el alcance de la felicidad no detiene su trayectoria en la soledad –y, añadiría yo, en la amistad– sino en me-

dio de la ciudad. Lo político, en sentido amplio, constituía así la arquitectónica de la ética. Digamos lo mismo en un lenguaje más cercano a Hannah Arendt: el anhelo de vivir bien se concreta en el *interés* por la ciudad. Nos volvemos humanos siendo ciudadanos. El afán de vivir en instituciones justas no significa otra cosa.

La tesis de la primacía del abordaje teleológico en la determinación de la idea de lo justo halla un eco en el ordenamiento de los textos aquí reunidos. Sin consideración por la cronología de su publicación, encabezamos el volumen con dos estudios donde se hace hincapié en el arraigo de la idea de justicia en el terreno de una *antropología filosófica*. El estudio introducido por la pregunta “¿Quién es el sujeto del derecho?” se organiza en torno de la idea de *capacidad*, o más precisamente de la idea del hombre capaz (de hablar, de actuar, de narrar, de considerarse responsable de sus actos). El estudio que le sigue está consagrado, más específicamente, a la última de estas nociones, la de “responsabilidad”: afirmamos que la gama de empleos más recientes de este término gira en torno del polo que constituye la idea de *imputación*, a saber la idea según la cual la acción se puede atribuir al agente a quien se considera su verdadero autor. Estas dos ideas, *capacidad* e *imputabilidad*, tratadas independientemente en sendas conferencias, cobran un nuevo relieve al ser relacionadas, como lo hago en este prefacio, bajo la égida de un abordaje teleológico de la idea de lo justo. Situadas en el contexto del anhelo del buen vivir, constituyen los dos supuestos antropológicos complementarios de una ética de lo justo.

V

Continuemos nuestro ascenso de nivel en nivel. Al predicado *bueno*, que surge del nivel teleológico, le sigue, en el nivel deontológico, la referencia al predicado *obligatorio*. Es el nivel de la norma, del deber, de la interdicción. Como la filo-

sofía moral no puede prescindir de la referencia al bien, al deseo del buen vivir, so pena de ignorar el arraigo de la moral en la vida, en el deseo, en la carencia y el anhelo, parece inevitable la transición del anhelo al imperativo, del deseo a la interdicción. ¿Por qué? Por el motivo fundamental de que la acción implica una capacidad de hacer que se efectúa en el plano interactivo como *poder* ejercido por un agente *sobre* otro agente que es su receptor. Este *poder sobre* otro se presta permanentemente a la violencia en todas sus formas: desde la mentira, donde sólo se maltrata el instrumento del lenguaje, hasta la provocación de sufrimientos que culminan en la imposición de la muerte violenta y en la horrible práctica de la tortura, donde la voluntad de humillación excede la de provocar sufrimiento. En síntesis, dado el *mal* que el hombre infinge al hombre, el juicio moral emitido sobre la acción debe sumar al predicado bueno el de obligatorio, comúnmente en la figura negativa de lo prohibido. En este respecto, una investigación orientada hacia la idea de lo justo no debe encontrarse desprevenida. Lo que hemos dicho sobre la anterioridad de la toma de conciencia de lo injusto sobre la de lo justo encuentra en este punto confirmación y legitimación. ¿Qué nos indigna, tratándose de repartos, intercambios y retribuciones, sino el mal que los humanos se infligen entre sí en virtud del *poder sobre* que una voluntad ejerce al toparse con otra voluntad?

Pero si el hecho de la violencia constituye la *circunstancia* mayor de la transición que va del punto de vista teológico al punto de vista deontológico, no constituye un *argumento* a favor del predicado de lo obligatorio. Todo queda por decir en lo concerniente a la consistencia de este predicado.

Dos observaciones que hemos realizado independientemente pueden, al unirse, llevarnos por la vía de la tesis decisiva. Decíamos, al redondear nuestras reflexiones sobre la indignación, que se requiere la condición de la *imparcialidad* para que la indignación supere el deseo de venganza que insta a la víctima a hacer justicia por sí misma. Señalábamos

que en la figura del *juez* en cuanto tercero de segundo grado se encarna la regla de justicia invocada en el contexto precedente. Unamos ambas observaciones. ¿Cómo se constituye el lazo entre la imparcialidad del juicio y la independencia del juez sino con referencia a la ley? Aquí llegamos al núcleo del enfoque deontológico. Aquello que *obliga* en la obligación es la vindicación de la *validez universal* adherida a la idea de ley.

En *Soi-même comme un autre* despliego las significaciones implícitas en esta vindicación de la validez universal adherida a la idea de ley, guiándome una vez más por la terna de lo propio, lo próximo y lo lejano. No retomaré aquí la argumentación de estilo kantiano a cuyo amparo la terna de primer nivel se puede reescribir como una terna de segundo rango, que coincide en lo esencial con las tres fórmulas del imperativo kantiano: universalización de la máxima de la acción, respeto por la humanidad en mi persona y en la de otro e instauración de un orden de los fines cuyos sujetos serían al mismo tiempo los legisladores. Me concentraré en cambio en la importante mutación que sufre el sentido de la justicia al transitar desde el punto de vista teleológico hasta el punto de vista deontológico. Aquí importa el status formal que se atribuye a la vindicación universal, cuando la ley no es simplemente ley moral sino ley jurídica. Recordaré en pocas palabras la tesis que defiendo en *Soi-même comme un autre* y que amplié por primera vez en el artículo de 1991, retomado en *Lectures I, Autour du politique*, con el título “Lo justo entre lo legal y lo bueno”.³

No sólo la idea de lo justo no encuentra en el nivel deontológico una coherencia tal que pueda deshacerse de toda referencia a lo bueno (y, añadiríamos, de todo recurso a la instancia de la sabiduría práctica), sino que razones que ata-

³ Este ensayo retoma la intervención pronunciada el 21 de marzo de 1991 en el marco de la sesión inaugural del Institut des Hautes Etudes Judiciaires (IHEJ).

ñen al fundamento de la vindicación de la universalidad hacen que se encuentre desgarrada entre una ineludible referencia al bien y la atracción que ejerce sobre ella el status puramente procesal de las operaciones constitutivas de la práctica legal.⁴

Para llevar a término mi argumentación, adopto, en cierto modo por prevención, la descripción que hace John Rawls en su *Teoría de la justicia*, donde considera la sociedad como uno vasta empresa de distribución de bienes, desde los bienes comerciales (remuneraciones, patrimonios, beneficios sociales) y los bienes no comerciales (ciudadanía, seguridad, salud, educación) hasta las posiciones de mando, de autoridad y de responsabilidad que se ejercen en el marco de instituciones de toda clase. Todos estos bienes constituyen sitios de distribución. Aun así, tal distribución plantea un problema, pues consiste esencialmente en repartos aritméticamente desiguales. La cuestión es saber si existen repartos desiguales más justos o menos injustos que otros. Se conoce la solución de Rawls: ella consiste esencialmente en asociar el enfoque deontológico con la tradición contractualista, donde el recurso a los procedimientos aceptados de reparto alienta la decisión –propia del enfoque deontológico en general– de no hacer referencia a la consistencia sustancial de los bienes a distribuir. Para ello imagina una situación original irreal donde los socios, situados por hipótesis en una relación mutua de *fairness*, escogen los principios de justicia que todos pueden aceptar. La característica procesal de la operación que preside la elección de la regla de justicia, y que consiste, como sabemos, en maximizar la parte mínima en todos los repartos desiguales, deriva así de la conjunción del enfoque deontológico y de aquella particularísima forma de contractualismo ligada a la hipótesis de la situación original en el marco de la fábula del velo de ignorancia. Por ende, la tesis que propon-

⁴ De ahí el título del ensayo “Lo justo entre lo legal y lo bueno”, que no se pudo reproducir aquí porque ya se había retomado en *Lectures I*.

go –y que convertiré en segundo teorema de mi teoría de lo justo, después del teorema según el cual el sentido de la justicia está orgánicamente ligado al deseo del buen vivir– es que el sentido de la justicia, elevado al formalismo que requiere la versión contractualista del enfoque deontológico, no puede ser totalmente independiente de toda referencia al bien, en virtud de la naturaleza del problema planteado por la idea de distribución justa, a saber, el tener en cuenta la heterogeneidad real de los bienes a distribuir. En otras palabras, el nivel deontológico, justamente considerado el nivel *privilegiado* de referencia de la idea de lo justo, no podría independizarse al extremo de constituir el nivel *exclusivo* de referencia.

Bajo la égida de este segundo teorema hemos pensado en la posibilidad de agrupar varios ensayos, entre los cuales el primero aborda de manera más crítica la cuestión que hemos resumido, a saber, si “es posible una teoría puramente procesal de la justicia”. Sigue a este ensayo un somero examen de los trabajos de Rawls posteriores a *Teoría de la justicia*, donde el autor precisa las condiciones culturales y políticas en que la teoría de la justicia se puede inscribir en la práctica de las sociedades democráticas; sin renegar de los argumentos formales que bastan para la elaboración de una *teoría* de la justicia, los añadidos y correctivos que Rawls propone con ejemplar probidad intelectual orientarán nuestra exploración hacia las condiciones de ejercicio de la justicia que agrupo luego en el tercer enfoque de mi teoría moral, enfoque que sitúo bajo la égida de la sabiduría práctica.

El estudio siguiente trata sobre las teorías que abogan por un *pluralismo* de las instancias de justicia, y consiste en una réplica frontal al formalismo procesal de Rawls. Hago confluir las tesis que presenta Michael Walzer en *Esferas de justicia*, representativas de lo que en la otra margen del Atlántico se llama “contextualismo” o “comunitarismo”, con las de Luc Boltanski y Laurent Thévenot, donde se propone otro desmembramiento de la idea de justicia, presuntamente indivisible, a partir de la *justificación*, con pruebas de calificación que recurren a *economías* diferentes de las de *escala*.

En estos dos estudios abordamos una faceta diferente de la indivisibilidad de la idea de justicia, inseparable de su status formal, a saber, la cuestión de si la ciudadanía –en las modalidades de pertenencia al cuerpo político– constituye también un bien a repartir, homogéneo frente a los que hemos enumerado. La cuestión de lo político es reintroducida así por una reflexión sobre lo justo que primero deseábamos sustraer de la tutela de la problemática del poder, de la soberanía, de la violencia y del mal político. No diría que lo político se cobra venganza, sino simplemente que no se deja olvidar y que su carácter enigmático sale reforzado de los intentos de alinearlo con los otros focos de juridicidad en aras de un desmembramiento concertado de la idea unitaria de la justicia. El “todo jurídico”, alentado por una proliferación de instancias de justicia, no fracasa menos que el “todo político” del que inicialmente queríamos disociarnos.

Existe un lazo más tenue entre este grupo de estudios y el que hemos añadido, donde vemos que Hannah Arendt intenta deducir una teoría del juicio político a partir de la teoría kantiana del juicio del gusto en la *Critica de la facultad de juzgar*. Al margen de mi conocida admiración por la obra de Hannah Arendt, la cual me ha inducido a incluir este estudio en este volumen y en este lugar, es la principal referencia al “acto de juzgar”, título escogido por Arendt para el tercer tomo, lamentablemente condenado a la inconclusión, de su gran trilogía *Thinking, Willing, Judging*. En el presente volumen era importante recordar que el acto de juzgar no está encerrado en el recinto de los tribunales, como podría sugerirlo erróneamente nuestra insistencia en hacer de lo judicial el ámbito privilegiado de lo jurídico. En el contexto de nuestro examen, el retorno al Kant de la tercera *Critica* recobra la problemática del juicio reflexivo que, en Kant mismo, abarca además el juicio del gusto, el juicio teleológico y, por su intermedio, toda la filosofía kantiana de la historia. Así se sugiere que la teoría de la justicia podría retomarse dentro de una problemática ampliamente kantiana, si desplazamos el

ángulo de ataque de la *Crítica de la razón práctica* a la *Crítica de la facultad de juzgar*.

VI

En cierto modo el grupo de estudios que hemos situado bajo el tercer enfoque satisface este requerimiento, distinguido en *Soi-même comme un autre* desde el punto de vista teleológico y desde el punto de vista deontológico, bajo el título de la *sabiduría práctica*. Aprovecho esta transición para prevenir a mis lectores contra la tendencia a encerrar mi aportación a la discusión del problema moral en la oposición entre enfoque teleológico y enfoque deontológico. Frente a esta tendencia reduccionista, yo diría que los dos estudios de *Soi-même comme un autre* consagrados a los dos niveles del juicio moral regidos por el predicado de lo bueno y lo obligatorio (el VII y el VIII) no constituyen para mí sino ejercicios preparatorios para la confrontación, que en definitiva es lo que más me interesa, con las situaciones que abarco globalmente con lo *trágico de la acción*. En este estadio la conciencia moral, en su fuero interno, debe plantear decisiones singulares, tomadas en un clima de incertidumbre y de graves conflictos. El estudio crucial (IX), situado bajo el signo de la sabiduría práctica, está consagrado a la estructura del juicio moral en situación singular. Bajo esta apelación regresa la virtud aristotélica de la *phronesis*, reinterpretada por Heidegger y Gadamer. La tesis esbozada anteriormente, según la cual el enfoque deontológico no puede eclipsar el enfoque teleológico en el plano de una teoría general de la justicia, encuentra así un complemento en aquella tesis según la cual lo justo califica en última instancia una decisión singular tomada en un clima de conflicto e incertidumbre. Con la *íntima convicción* se cumple el trayecto de la busca de justicia, estimulado por el anhelo de vivir en instituciones justas, y ratificado por la regla de justicia cuyo formalismo procesal garantiza su imparcialidad.

Ahora puedo decir que, si mi reflexión sobre lo justo halla en la institución judicial su referencia privilegiada, es en la medida en que se lea claramente la exigencia de conducir la idea de lo justo hasta la fase terminal del proceso, donde el derecho se dice aquí y ahora. Pero caeríamos en un error inverso al de la exclusividad del formalismo si considerásemos que la problemática de la *aplicación* de la norma no sólo es menor, sino insignificante a ojos de una teoría jurídica digna de este nombre. Podemos llegar a esta errónea subestimación ora mediante una concepción puramente mecánica de la aplicación de la norma a una causa, ora por una concepción discrecional del pronunciamiento de la sentencia. Toda la problemática, que me arriesgo a calificar con el adjetivo *frenética*, consiste en explorar la zona *intermedia* donde se forma el juicio, a medio camino entre la prueba, sometida al constreñimiento lógico, y el sofisma, motivado por el gusto de seducir o la tentación de intimidar. Esta zona intermedia se puede designar con varios nombres, según la estrategia empleada: *retórica*, dado que la retórica, tal como la define Aristóteles, consiste en dar una “réplica” a la dialéctica, a su vez entendida como doctrina de los razonamientos probables; *hermenéutica*, dado que reúne la aplicación con la comprensión y la explicación; *poética*, dado que la invención de la solución apropiada para la situación singular deriva de aquello que, siguiendo a Kant, denominamos imaginación productiva, para distinguirla de la imaginación simplemente reproductiva.⁵

Yo diría que en el juicio reflexivo de la tercera *Critica* kantiana se reúnen los tres rasgos distinguidos por estas tres disciplinas: *probabilidad*, *subordinación* (o aplicación), *innovación*. Este sería pues el tercer teorema de la concepción de lo justo expuesta en los estudios de este volumen, a saber, que el sentido de la justicia, que tiene arraigo en la busca del

⁵ Véase “Rhétorique, poétique, herméneutique”, en *Lectures II*, págs. 479-493, París, 1992.

buen vivir y que encuentra su formulación racional más aséctica en el formalismo procesal, no llega a la plenitud concreta sino en el estadio de la aplicación de la norma en el ejercicio del juicio en situación.

En torno de este teorema giran los cuatro estudios que constituyen el tercer grupo de los textos aquí reunidos. El orden seguido dentro de este grupo responde a una doble preocupación: la de marcar la especificidad epistemológica del acto de juzgar y la de seguir el desarrollo de este acto hasta su conclusión en el tiempo.

Así, en el ensayo titulado “Interpretación y argumentación”, unimos a la fase del *debate*, en el marco del proceso judicial, la problemática que acabamos de situar bajo la égida del juicio reflexivo. En el estadio del debate vemos cómo se enfrentan y enmarañan la *argumentación*, donde predomina la lógica de lo probable, y la *interpretación*, donde prevalece el poder innovador de la imaginación en la producción de los argumentos.

De allí pasamos, en el estudio siguiente, al momento donde se pronuncia la palabra que dice el derecho: es el momento del *acto de juzgar* en el sentido puntual del término. El juicio no sólo tiene un sostén lógico en cuanto acto de discurso sino un sostén moral, en la medida en que la finalidad última del acto del juzgar, consistente en su aportación a la paz cívica, excede la finalidad inmediata del acto que pone fin a la incertidumbre.

Por fuerte que sea el impulso de la reflexión que nos lleva a nuestras consideraciones iniciales sobre aquella confrontación entre paz y guerra que existe en la juntura de lo jurídico y lo político, no hemos querido detenernos en este sueño de paz que en cierto modo constituye la utopía del derecho. En el estudio titulado “Sanción, rehabilitación, perdón”, nos proponemos seguir el destino ulterior del acto de juzgar más allá del pronunciamiento de la sentencia, a saber, en la ejecución de la pena. Así hemos querido manifestar que el deseo de vivir en instituciones justas, y en particular en instituciones judiciales igualitarias, no queda satisfecho a me-

nos que la aplicación no se limite a subordinar una causa a una norma, sino que alcance su meta en la aplicación misma de la pena. Pensamos que en las medidas de rehabilitación, que permiten al culpable recobrar la plenitud de sus capacidades jurídicas y el ejercicio de su ciudadanía, el acto de juzgar rinde homenaje a su finalidad última: reforzar la paz cívica.

Hemos puesto al final el ensayo titulado "La ley y la conciencia" por la sencilla razón de que las dos nociones que asociamos con este título designan respectivamente las dos grandes problemáticas de la teoría de la justicia: la problemática del sí-mismo en busca de su identidad moral, la problemática de los predicados que presiden la calificación moral de la acción humana.

Hemos titulado esta compilación de artículos con el sencillo adjetivo sustantivado, *Lo justo*. El término se aplica a personas, actos, instituciones, y de todos ellos podemos decir que son injustos o justos. Pero desde otro punto de vista, el del nivel donde se forma el *acto de juzgar*, el mismo predicado admite diversas acepciones. En el plano teleológico del anhelo de vivir bien, lo justo es aquel aspecto del bien concerniente al otro. En el plano deontológico de la obligación, lo justo se identifica con lo legal. Queda por dar nombre a lo justo en el plano de la sabiduría práctica, allí donde se ejerce el juicio en situación; propongo esta respuesta: lo justo ya no es lo bueno ni lo legal, sino lo equitativo. Lo equitativo es la figura que adquiere la idea de lo justo en las situaciones de incertidumbre y de conflicto o, por decirlo sin rodeos, bajo el régimen ordinario o extraordinario de lo trágico de la acción.

¿QUIEN ES EL SUJETO DEL DERECHO?

Quisiera demostrar que la pregunta de forma jurídica “¿Quién es el sujeto del derecho?” no se distingue, en última instancia, de la pregunta de forma moral “¿Quién es el sujeto digno de estima y respeto?” (más adelante haré una distinción entre ambos términos). Y la pregunta de forma moral nos remite a su vez a una pregunta de índole antropológica: ¿cuáles son los rasgos fundamentales que vuelven al sí-mismo (*soi*, *self*, *Selbst*, *ipse*) capaz de estima y respeto?

Esta marcha regresiva, que conduce del derecho a la moral y de la moral a la antropología, invita a concentrarse en la especificidad de la pregunta “¿Quién?” en relación con las preguntas “¿Qué?” y “¿Por qué?” La pregunta “¿Qué?” requiere una descripción; la pregunta “¿Por qué?” requiere una explicación; la pregunta “¿Quién?” requiere una identificación. En la primera parte de mi exposición me detendré en la naturaleza de esta última operación, implícita en todas las discusiones acerca de la identidad, trátese de personas o de comunidades históricas. El examen de las formas más fundamentales de la pregunta “¿Quién?” y las respuestas que ella suscita nos lleva a dar su sentido más pleno a la noción de sujeto capaz. En la segunda parte, pues, recorreremos en orden ascendente las mediaciones de orden interpersonal e ins-

titucional que aseguran la transición del sujeto capaz a un sujeto de pleno derecho que se expresa en el plano moral, jurídico y político.

EL SUJETO CAPAZ

La noción de capacidad será central en mi exposición. A mi juicio constituye el referente último del respeto moral y del reconocimiento del hombre como sujeto de derecho. Si se le puede asignar dicha función, se debe a su íntimo lazo con la noción de identidad personal o colectiva.

La manera más directa de abordar este lazo consiste en tratar los diversos asertos concernientes a la identidad personal o colectiva como respuestas a una serie de preguntas que implican el pronombre *quién*. ¿Quién habla? ¿Quién ha realizado tal o cual acto? ¿De quién es la historia que se cuenta en este relato? ¿Quién es responsable de este perjuicio o daño causado a otro?

La pregunta “¿Quién habla?” es sin duda la más primaria, en la medida en que todas las demás implican el uso del lenguaje. Sólo alguien capaz de designarse a sí mismo como autor de sus enunciaciones puede dar una respuesta a esta pregunta. El examen de este punto surge de una pragmática del discurso, ilustrada por la conocida teoría de los *speech-acts*. Empero, es preciso dar a esta pragmática una prolongación reflexiva, con el fin de elevarse desde la multiplicidad de actos de enunciación al acto por el cual el enunciante se designa como polo idéntico o, por utilizar otra metáfora husserliana, como foco del despliegue de una cantidad indefinida de actos discursivos.

De la misma manera se plantea la segunda pregunta, “¿Quién es el autor de tal acto?” La pregunta “¿Qué?”, como hemos sugerido, se responde por medio de una descripción que implica verbos de acción y la pregunta “¿Por qué?” por medio de una explicación que atiende a causas o motivos.

La cuestión de la atribución del acto a alguien es de otro orden y responde a la pregunta “¿Quién?” Strawson y Hart hablan en este sentido de *ascription*, yo hablaré de asignación [*assivation*]. La identificación de un agente, la asignación a alguien de un acto o el segmento de un acto, suele ser una operación difícil, por ejemplo cuando nos proponemos evaluar el grado de participación de tal o cual persona en una empresa compleja donde intervienen varios agentes. Este problema se plantea constantemente en el plano del conocimiento histórico, o en el curso de procedimientos jurídicos que procuran identificar singularmente a aquel individuo responsable a quien se obligará a reparar un daño o a sufrir la pena por un acto delictivo o criminal. Como en el caso del discurso, la capacidad de un agente humano para designarse como autor de sus actos posee una significación considerable para la ulterior asignación de derechos y deberes. Aquí tocamos el núcleo de la idea de capacidad, a saber el “poder hacer”, lo que en inglés se designa con el término *agency*. Lamentablemente, el vocabulario filosófico es pobre en este terreno: o bien nos contentamos con metáforas (el agente, según una sugerencia de Aristóteles, es el “padre” de los actos, como lo es de sus hijos: todavía es su “dueño”), o bien nos remitimos al uso más primitivo de la idea de causa eficiente: ésta, expulsada de la física después de Galileo y Newton, regresa en cierto modo a su cuna, que es la experiencia del poder ejercido sobre nuestros miembros y, por intermedio de los mismos, sobre el decurso de las cosas. Este poder de intervención está implícito en el concepto ético-jurídico de imputación, esencial para la asignación de derechos y deberes.

Daremos un nuevo paso en la exploración de la noción de sujeto capaz al introducir, con la dimensión temporal de la acción y del lenguaje mismo, el componente narrativo de identidad personal o colectiva. El examen de la noción de identidad narrativa permite distinguir la identidad del sí-mismo de la identidad de las cosas: ésta remite a la estabilidad, vale decir a la inmutabilidad de una estructura, ilustrada por la fórmula genética de un organismo viviente; la identidad na-

rrativa, en cambio, admite el cambio; esta mutabilidad es la de los personajes de las historias que contamos; ellos participan de la intriga al mismo tiempo que la historia misma. La noción de identidad narrativa reviste la mayor importancia en mi investigación acerca de la identidad de los pueblos y las naciones, pues posee el mismo carácter dramático y narrativo que a menudo corremos el riesgo de confundir con la identidad de una sustancia o de una estructura. En el nivel de la historia de los pueblos, como en la de los individuos, la contingencia de las peripecias contribuye a la significación global de la historia narrada y la de sus protagonistas. Reconocerlo equivale a desprenderse de un prejuicio que concierne a la identidad reivindicada por los pueblos bajo la impronta de la arrogancia, el miedo o el odio.

Se alcanza un último estadio en la reconstitución de la noción de sujeto capaz con la introducción de predicados éticos o morales, que remiten ora a la idea de bien, ora a la de obligación (reservaré la calificación de ético para la primera clase de predicados, y la de moral a la segunda clase, pero la discusión de este punto no importa aquí). Estos predicados se aplican ante todo a actos que juzgamos y estimamos buenos o malos, permitidos o prohibidos; se aplican reflexivamente, por lo demás, a los agentes a los cuales imputamos estos actos. Es aquí donde la noción de sujeto capaz alcanza su más alta significación. Somos capaces de estima o de respeto en la medida en que somos capaces de estimar buenos o malos, de declarar permitidos o prohibidos, los actos ajenos o propios. Un sujeto de imputación resulta de la aplicación reflexiva de los predicados “bueno” y “obligatorio” a los agentes mismos.

Añadiré dos observaciones. Ante todo quisiera sugerir que hay un lazo de implicación mutua entre la estima de sí mismo y la evaluación ética de aquellos actos nuestros que tienden al “buen vivir” (en el sentido aristotélico), como hay un lazo entre el respeto por sí mismo y la evaluación moral de estos mismos actos sometidos a la prueba de la universalización de las máximas de la acción (en el sentido kantiano).

Conjuntamente, la estima de sí mismo y el respeto por sí mismo definen la dimensión ética y moral del sí-mismo, en la medida en que caracterizan al hombre como sujeto de imputación ético-jurídica.

Aclaremos que la estima y el respeto por sí mismo no se suman simplemente a las formas de autodesignación que hemos tratado anteriormente. Las incluyen y en cierto modo las recapitulan. Podemos preguntarnos: ¿en cuanto qué podemos estimarnos o respetarnos? En cuanto capaces de designarnos emisores de nuestras enunciaciones, agentes de nuestros actos, protagonistas y narradores de las historias que contamos acerca de nosotros mismos. A estas capacidades se añaden las que consisten en evaluar nuestros actos según la vara de lo “bueno” y lo “obligatorio”. Nos estimamos a nosotros mismos en cuanto capaces de estimar nuestros propios actos, nos respetamos en cuanto capaces de juzgar imparcialmente nuestros propios actos. La estima y el respeto por sí mismo se dirigen reflexivamente, pues, a un sujeto capaz.

ESTRUCTURA DIALOGICA E INSTITUCIONAL DEL SUJETO DE DERECHO

¿Qué le falta al sujeto capaz cuyos niveles constitutivos acabamos de enumerar para ser un *verdadero* sujeto de derecho? Le faltan las condiciones de actualización de sus aptitudes. Estas, en efecto, requieren la mediación continua de formas interpersonales de alteridad y de formas institucionales de asociación para devenir poderes reales a los cuales correspondan derechos reales. Veamos. Es importante, antes de extraer las consecuencias que esta afirmación conlleva para la filosofía política y la filosofía del derecho, entenderse sobre lo que acabamos de llamar formas impersonales de alteridad y formas institucionales de asociación. El examen no sólo debe centrarse en la necesidad de una mediación, que podemos llamar mediación del otro en general, sino en la necesidad

de un desdoblamiento de la alteridad misma, en alteridad interpersonal y alteridad institucional. Para una filosofía dialógica es tentador ceñirse a las relaciones con otro, que es habitual situar bajo el emblema del diálogo entre “yo” y “tú”. Sólo estas relaciones merecen la calificación de interpersonales. Pero en este cara a cara falta la relación con el *tercero*, que parece tan primaria como la relación con el *tú*. Este punto es de suprema importancia, si queremos dar cuenta del tránsito de la noción de hombre capaz a la de sujeto real del derecho. Sólo la relación con el tercero, situado en el trasfondo de la relación con el tú, ofrece un fundamento para la mediación institucional que es requerida por la constitución de un sujeto real de derecho, en otras palabras, de un ciudadano. Esta doble necesidad –la de la mediación por la alteridad en general, y la distinción entre el otro como tú y el otro como tercero– se puede establecer en el plano de la antropología fundamental sobre la cual nos hemos apoyado para elaborar la noción de sujeto capaz.

En efecto, en cada uno de los cuatro niveles donde nos hemos situado sucesivamente podemos demostrar la necesidad de una constitución triádica que rige el tránsito de la capacidad a la efectivización. Volvamos al primer nivel de nuestro análisis antropológico del hombre capaz, el nivel del sujeto parlante. Hemos hecho hincapié en la capacidad del hablante para designarse a sí mismo como enunciador único de sus enunciaciones múltiples. Pero hemos fingido ignorar que un sujeto de discurso sólo puede identificarse y designarse a sí mismo en el contexto de una interlocución. Dentro de este contexto, a un hablante en primera persona corresponde un destinatario en segunda persona. La enunciación, en consecuencia, es cuando menos un fenómeno bipolar, que une un *yo* con un *tú*, cuyos lugares son intercambiables sin que las personas dejen de ser insustituibles. El dominio de los pronombres personales no está completo si no se comprenden cabalmente las reglas de este intercambio. Este dominio pleno contribuye al surgimiento de un sujeto de derecho de la siguiente manera: *como yo*, el otro puede designarse a sí mis-

mo en cuanto *yo* cuando habla. La expresión *como yo* anuncia el reconocimiento del otro como igual en cuanto a deberes y derechos. Dicho esto, vemos al instante que el análisis donde el otro figura únicamente como *tú* queda trunco. No sólo falta el él/ella de la tríada de los pronombres (la persona de quien hablamos), sino que falta la referencia a la institución misma del lenguaje, en la cual se encuadra la relación interpersonal del diálogo. En este sentido, el él/ella representa la institución, en la medida en que ésta abarca a todos los hablantes de una lengua natural que no se conocen y no están ligados entre sí sino por el reconocimiento de reglas comunes que distinguen una lengua de otra. Pero este reconocimiento no se reduce a la adopción de las mismas reglas, sino que supone la confianza que cada cual pone en la regla de sinceridad sin la cual sería imposible todo contacto lingüístico. Espero que el otro signifique lo que dice, *means what he/she says*; esta confianza brinda al discurso público una base fiduciaria donde el otro aparece como tercero y no simplemente como *tú*. A decir verdad, esta base fiduciaria es más que una relación interpersonal: es la condición institucional de toda relación interpersonal.

La misma relación triádica yo/tú/tercero reaparece en el plano que hemos distinguido con la pregunta “¿Quién actúa?”, “¿Quién es el autor del acto?”. La capacidad de designarse autor de sus propios actos se inscribe en un contexto de *interacción* donde el otro figura como mi antagonista o mi colaborador, en relaciones que oscilan entre el conflicto y la interacción. Pero en toda empresa hay implícitos muchos otros. Cada agente está ligado a otros por intermedio de *sistemas sociales* de diversos órdenes. Podemos, con Jean-Marc Ferry, hablar de “órdenes del reconocimiento” para designar las grandes organizaciones que estructuran la interacción: sistemas técnicos, sistemas monetarios y fiscales, sistemas jurídicos, sistemas burocráticos, sistemas pedagógicos, sistemas científicos, sistemas de comunicaciones, etcétera. El sistema democrático se inscribe en el conjunto de los “órdenes del reconocimiento” como uno de dichos sistemas (volveremos

luego sobre este punto, que puede resultar paradójico). Debemos recordar que el propósito de esta organización es el *reconocimiento*, frente a aquella abstracción sistemática que excluiría toda consideración de las iniciativas y las intervenciones por las cuales las personas se plantan de cara a los sistemas. Inversamente, debemos afirmar que la organización de los sistemas sociales es la mediación obligada del reconocimiento frente a aquel comunitarismo personalista que soñaría con reconstruir el lazo político sobre el modelo del lazo interpersonal ilustrado por la amistad y el amor.

Podríamos cuestionar que la identidad narrativa posea la misma estructura ternaria que el discurso y la acción. De nada serviría. Las historias de vida están entrelazadas a tal punto que el relato que cada cual hace o recibe de su propia vida deviene un segmento de esos otros relatos que son los relatos de los otros. Entonces podemos considerar que las naciones, los pueblos, las clases, las comunidades de toda suerte, como las instituciones que se reconocen, cada cual para sí y unas para otras, por su identidad narrativa. En este sentido la historia –en el sentido de historiografía– se puede considerar como una institución destinada a manifestar y preservar la dimensión temporal de los órdenes del reconocimiento que acabamos de considerar.

Ahora volvemos al nivel propiamente ético de la estima por sí mismo. Hemos subrayado su contribución a la constitución del sujeto capaz, esencialmente capaz de imputación ético-jurídica. El carácter intersubjetivo de la responsabilidad tomada en este sentido es evidente. El ejemplo de la promesa permitirá comprenderlo. El otro está implícito de muchas maneras: como beneficiario, como testigo, como juez, y más fundamentalmente como aquel que, al contar conmigo, con mi capacidad para cumplir mi palabra, me convoca a la responsabilidad, me hace responsable. En esta estructura de confianza se intercala el lazo social instituido por los contratos, los pactos de toda clase, que otorgan una estructura jurídica al intercambio de la palabra dada. El principio de que los pactos se deben observar constituye una regla de reconocimien-

to que supera el cara a cara de la promesa personal. Esta regla somete a todos los vivientes a las mismas leyes y, tratándose del derecho internacional o humanitario, a la humanidad toda; el cara a cara no es más un tú, sino ese tercero que se designa notablemente con *cada cual*, forma pronominal que es impersonal pero no anónima.

Hemos llegado al punto donde lo político aparece como el entorno por excelencia para el logro de las potencialidades humanas. El medio por el cual ejerce esta función es ante todo la puesta en obra de lo que Hannah Arendt llamaba “espacio público de aparición”. La expresión prolonga un tema del Iluminismo, el de la “publicidad” en el sentido de la actualización, sin constreñimiento ni disimulo, de la red de alianzas en cuyo seno cada vida humana despliega su breve historia. La noción de espacio público expresa la condición de pluralidad resultante de la extensión de las relaciones interhumanas a todos aquellos que el cara a cara entre el *yo* y el *tú* deja fuera en calidad de terceros. A su vez, esta condición de pluralidad caracteriza el anhelo de vida conjunta de una comunidad histórica, pueblo, nación, región, clase, etcétera. La institución política confiere a este anhelo de vida conjunta una estructura distinta de todos los sistemas que hemos caracterizado como “órdenes del reconocimiento”. Con Hannah Arendt, pues, llamaremos *poder* a la fuerza común que deriva de este anhelo de vida conjunta y que sólo existe mientras sea efectivo, como lo indican las aterradoras experiencias de derrota, donde el lazo se desbarata, dando una prueba por vía negativa. Como lo indica la palabra, el poder político existe, a través de todos los niveles de poder que hemos enumerado, en continuidad con el poder por el cual hemos caracterizado al hombre capaz. A cambio, confiere a este edificio de poderes una perspectiva de duración y estabilidad y, más fundamentalmente, proyecta el horizonte de la paz pública comprendida como tranquilidad del orden.

Ahora podemos preguntarnos cuáles valores éticos específicos surgen de este nivel propiamente político de la institución. Podemos decir, sin titubear, la justicia. “La justicia

—escribe Rawls al comienzo de su *Teoría de la justicia*— es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad es la primera virtud de los sistemas de pensamiento. ¿Y cuál es el cara a cara de la justicia? No eres *tú*, identificable por tu rostro, sino *cada cual* en cuanto *tercero*. Su consigna es: “Dar a cada uno lo suyo”. La aplicación de la regla de justicia a las interacciones humanas supone que podemos considerar la sociedad como un vasto sistema de distribución, es decir, de reparto de funciones, cargos, tareas, más allá de la simple distribución de valores comerciales en el plano económico. La justicia, en este sentido, tiene la misma extensión que los “órdenes de conocimiento”.

No entraré aquí en la discusión del principio o los principios de la justicia, lo cual me alejaría de mi propósito.¹

Me atendré, en cambio, a la pregunta que dio origen a esta investigación: ¿quién es el sujeto del derecho? Hemos elaborado dos respuestas. Primero dijimos que el sujeto del derecho es el mismo que el sujeto digno de respeto y que este sujeto encuentra su definición, en el plano antropológico, en la enumeración de las capacidades atestiguadas en las respuestas que damos a una serie de preguntas con “¿Quién?”, culminando en “¿A quién se puede imputar la acción humana?” Luego dimos una segunda respuesta, según la cual estas capacidades sólo serían virtuales —es decir, truncas o nulas— en ausencia de mediaciones interpersonales e institucionales, entre las cuales figura el Estado en un lugar que se ha vuelto problemático.

La primera respuesta da la razón a cierta tradición liberal, según la cual el individuo precede al Estado: los derechos asociados con las capacidades y potencialidades mencionadas constituyen derechos del *hombre*, en el sentido preciso del término, es decir derechos que corresponden al

¹ Véanse, en este volumen, los artículos “¿Es posible una teoría puramente procesal de la justicia?”, “A propósito de *Teoría de la justicia* de John Rawls” y “La pluralidad de las instancias de justicia”.

hombre en cuanto tal, y no en cuanto miembro de una comunidad política concebida como fuente de derechos positivos. En cambio, la versión ultraindividualista del liberalismo es falsa, en la medida en que desconoce la etapa antropológica del poder decir, del poder hacer, del poder narrar, del poder imputar, en síntesis, del *yo puedo* fundamental y múltiple del hombre actuante y sufriente, y pretende abordar directamente los logros efectivos de los individuos, de los cuales podemos admitir que son contemporáneos del derecho positivo de los Estados. En conclusión, vemos la importancia de la distinción entre capacidad y logro. Ella suscita la distinción entre dos versiones del liberalismo. Según una, que encuentra su expresión más cabal en el *Contrato social*, el individuo ya es sujeto de derecho completo antes de entrar en la relación contractual: cede derechos reales que entonces llamamos naturales, a cambio de la seguridad, como en Hobbes, o a cambio de la civilidad y la ciudadanía, como en Rousseau y Kant. Por ello mismo, su asociación con otros individuos en un cuerpo político es aleatoria y revocable. No ocurre así en la otra versión del liberalismo político por la cual siento preferencia. Sin la mediación institucional, el individuo es sólo un esbozo de hombre, su pertenencia a un cuerpo político es necesaria para su desarrollo humano y, en este sentido, no es digna de ser revocada. Todo lo contrario. El ciudadano surgido de esta mediación institucional no puede sino anhelar que todos los humanos gocen como él de esta mediación política que, sumándose a las condiciones *necesarias* que derivan de una antropología filosófica, devienen una condición *suficiente* de la transición que lleva desde el hombre capaz hasta el ciudadano real.

EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

Ensayo de análisis semántico

El estudio que propongo es limitado en sus ambiciones: lo he denominado “Ensayo de análisis semántico”, pero sería más propio hablar de “semántica conceptual” en el sentido que R. Koselleck da a este término en el campo de la historia y del conocimiento histórico.¹ El ensayo está inspirado por la perplejidad en que me ha sumido el examen de los empleos contextuales contemporáneos del término *responsabilidad*. Por una parte, el concepto parece bien fijado en su uso jurídico clásico: en derecho civil, la responsabilidad se define por la obligación de reparar el daño que hemos causado con nuestra falta y en ciertos casos está determinada por la ley; en derecho penal, por la obligación de soportar el castigo. Es manifiesto el lugar otorgado a la obligación: obligación de reparar o de sufrir la pena. Es responsable quien se somete a estas obligaciones. Esto parece bastante claro. Pero, por otra parte –o, mejor dicho, por otras partes–, el flujo impregna la escena conceptual. Ante todo, sorprende

¹ Este texto forma un conjunto con dos artículos ya publicados en *Esprit*: “Le juste entre le légal et le bon” (septiembre de 1991) y “L’acte de juger” (julio de 1992).

que un término de sentido tan firme en el plano jurídico sea de origen tan reciente, sin inscripción marcada en la tradición filosófica. Luego, nos causa embarazo la proliferación y dispersión de empleos del término en su uso corriente, más allá de los límites asignados por el uso jurídico. El adjetivo responsable entraña a la vez una diversidad de complementos: somos responsables de las consecuencias de nuestros actos, pero también responsables por los demás, en la medida en que están a nuestro cargo o cuidado, y a veces más allá de esta medida. En el extremo, somos responsables de todo y de todos. En estos empleos difusos, la referencia a la obligación no desaparece, sino que alude al cumplimiento de ciertos deberes, a la asunción de ciertas cargas, al respeto de ciertos compromisos. En síntesis, es una obligación de hacer algo que desborda el marco de la reparación o la punición. Este desborde es tan insistente que el término se impone hoy día en la filosofía moral bajo esta significación, al punto de ocupar todo el terreno y convertirse en “principio” con Hans Jonas y, en gran medida, con Emmanuel Lévinas. El estallido se expande en todos los sentidos, al amparo de las asimilaciones azarosas que alienta la polisemia del verbo *responder*: no sólo *responder por*, sino *responder a* (una pregunta, una convocatoria, una exhortación, citación, etcétera). Pero eso no es todo. En el plano propiamente jurídico, más allá de las extensiones implícitas en la definición que citaremos más adelante, la cual incluye la responsabilidad por el otro o por la cosa cuidada –extensión del campo de aplicación más que del nivel de significación–, la idea jurídica de responsabilidad enfrenta la rivalidad de conceptos adversos, aún más jóvenes que el concepto que examinamos. Mireille Delmas-Marty hace un rápido balance de ello al principio de su obra *Para un derecho común*, trátese de peligrosidad, riesgo, solidaridad.² Esta es pues la situación: por una parte, cerrazón de la definición jurídica desde principios del siglo XIX;

² Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, París, Le Seuil, 1994.

por la otra, un nombre que carece de antepasados filosóficos acreditados, estallido y desplazamiento del centro de gravedad en el plano de la filosofía moral, impetuosa confluencia de nuevos candidatos a la función estructuradora ejercida hasta ahora por el concepto de responsabilidad, tomado en su definición estricta de obligación de reparar y obligación de soportar la pena.

Frente a esta situación, propongo la siguiente estrategia. En una primera parte examinaremos *retrospectivamente* el concepto jurídico clásico de responsabilidad, llegando hasta su ancestro, el concepto fundador que, como veremos, tiene su lugar marcado en la filosofía moral bajo otro nombre. Luego, en una segunda parte, buscaremos *prospectivamente* las filiations y derivaciones –mejor dicho, derivas– que han conducido a los desplazamientos mencionados en el uso corriente del término responsabilidad, así como los ataques sufridos en el plano propiamente jurídico por parte de los rivales más jóvenes. Se trata de saber hasta qué punto la historia contemporánea, aparentemente anárquica, del concepto de responsabilidad, se podrá volver inteligible por medio de la labor de filiación semántica realizada retrospectivamente en la primera parte.

ENTRE IMPUTACION Y RETRIBUCION

La idea rectora de esta elucidación retrospectiva es la siguiente: debemos buscar el concepto fundador fuera del campo semántico del verbo *responder*, trátese de “responder por” o “responder a”, a saber, en el campo semántico del verbo *imputar*. En la imputación reside una relación primaria con la obligación, por ende la obligación de reparar o de soportar la pena sólo constituye un corolario o complemento que podemos situar bajo el término genérico de retribución (o, en el vocabulario de la teoría de los actos de discurso, en la categoría de los “veredictivos”).

El término imputación está muy difundido en una época en que el término responsabilidad no es de empleo reconocido fuera de la teoría política, donde se habla de responsabilidad del soberano ante el parlamento británico. Es verdad que la referencia a este empleo extrajurídico no carece de interés, puesto que aparece la idea de rendir cuentas, idea cuyo lugar en la estructura conceptual de la imputación ya hemos visto. Este empleo adyacente del término responsabilidad ha podido incidir en la evolución que llevó a identificar el concepto de responsabilidad, en su sentido jurídico, con el sentido moral de imputación. Pero no estamos allí. Ante todo debemos cernir el concepto de imputación en su estructura propia antes de interpretar las idas y venidas entre imputación y retribución.

Imputar, dicen nuestros mejores diccionarios, es *atribuir a alguien un acto culpable, una falta, y por ende un acto reñido de antemano con una obligación o una prohibición que dicho acto enfrenta*.^{*} Esta definición deja claro que, a partir de la obligación o la prohibición de hacer, y por la mediación de la infracción y de la reprobación, el juicio de imputación conduce al de retribución en cuanto obligación de reparar o de sufrir la pena. Pero este movimiento que orienta el juicio de imputación hacia el de retribución no nos debe hacer olvidar el movimiento inverso que va de la retribución a la atribución del acto a su autor. Allí reside el núcleo de la imputación. El diccionario Robert cita en este sentido un impor-

* El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española presenta dos acepciones: “1. Atribuir a otro una culpa, delito o acción. 2. Señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta”. El *Diccionario del uso del español*, de María Moliner, incluye estas definiciones: “Atribuir a alguien cierta falta o delito. Achacar. Atribuir a una cosa ser causa de cierta desgracia o contratiempo”. [N. del T.]

tante texto de 1771 (*Dictionnaire de Trévaux*), definiendo *imputer*:

Imputer une action à quelqu'un, c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l'en rendre responsable.

"Imputar un acto a alguien consiste en atribuirselo como su verdadero autor, ponerlo en su cuenta, por así decirlo, y responsabilizarlo por él."

La definición es notable porque manifiesta claramente la derivación que conduce de atribuir a retribuir. Insistamos en ello: atribuir el acto a alguien como su verdadero autor. Es preciso no perder de vista esta referencia al agente, pero no es lo único notable. La metáfora de la cuenta –"ponerlo en su cuenta, por así decirlo"– es sumamente interesante.³ No es exterior al juicio de imputación, pues el verbo latino *putare* implica cálculo, cómputo, sugiriendo la idea de una extraña compatibilidad moral de los méritos y los deméritos, como en un libro contable de dos columnas: ingresos y egresos, debe y haber, en vista de una suerte de balance positivo o negativo (el último retoño de la metáfora sería el carné con puntaje, bien físico y bien legible, del automovilista francés). A su vez, esta compatibilidad particular sugiere la idea de una suerte de expediente moral, de registro o *record*, como diríamos en inglés, de compilación para un recuento de deudas y de méritos (nuestro registro de antecedentes penales sería lo más

³ Es llamativo que otras lenguas, marcadas como el francés por el uso latino de los términos *putare* e *imputatio*, sigan siendo tributarias de la metáfora de la "cuenta", como vemos en el alemán *Zurechnung* y el inglés *accountability*. El *Oxford English Dictionary* presenta esta definición de *accountable*: "*liable (ligabilis, that can be bound) to be called to account, or to answer to responsibilities and conduct; answerable, responsible*". La filiación de *accountable* y *responsible* se mantiene en la definición de este segundo término: "*morally accountable for one's own actions; capable of rational conduct*".

parecido a la idea de este extraño expediente). Así nos remitiríamos a las figuras semimíticas del gran libro de las deudas: libro de vida y de muerte. Esta metáfora de un registro-balance parece subyacer a la idea aparentemente trivial de “rendir cuenta” y también a otra, aparentemente aún más trivial, la de “dar cuenta”, en el sentido de informar, referir, comunicar, al cabo de una suerte de lectura de este extraño expediente-balance.⁴

Debemos buscar los intentos de fijación conceptual de la imputación en el trasfondo de estos matices del lenguaje común, todavía rico con la metáfora de la cuenta.

La contribución de la teología de la Reforma es esclarecedora: la idea rectora no es la imputación de una falta, o bien de un mérito, al autor de la acción, sino la imputación por la gracia de los méritos de Cristo, méritos adquiridos en la Cruz, al pecador que deposita su fe en este sacrificio. El término imputación –asociado con el griego evangélico *logizesthai*, por medio del latín *imputare*– es así absorbido en el espacio de gravitación de la doctrina de la justificación por la fe. El fundamento radical de esta doctrina consiste en la *justitia aliena* del Cristo, al margen de los méritos propios del pecador. A decir verdad, habría que remontarse, más allá de Lutero, al nominalismo de Ockham y su doctrina de la *acceptio divina* de Duns Scoto y, más aún, retomar la interpretación que hace san Pablo de la fe de Abraham (*Gén.*: 15.6): “Abraham creyó en Dios y se le tuvo en cuenta como justicia” (*Romanos*, 3:28; 4:3; 9:22; *Gálatas*, 3:6). Durante esta prolongada prehistoria del concepto de imputación, el acento

⁴ Hasta mediados del siglo XIX, el verbo *imputer* se pudo tomar en buena parte en el sentido de atribuir (a alguien) algo loable, favorable. La atribución se puede hacer incluso sin idea de acusación ni de elogio: imputar una obra a un presunto autor. De allí la expresión *imputer à crime ou à gloire* (“atribuir al crimen o a la gloria”). La acción de imputar no está pues necesariamente asociada con la culpa, la acusación ni la falta. Lo confirma el uso teológico del término, según el cual los méritos de Cristo son atribuidos al hombre, puestos a cuenta del hombre.

recae sobre el modo en que Dios “acepta” al pecador en nombre de su “justicia soberana”. De este modo el concepto de imputación se proyecta al escenario conceptual en ocasión de los conflictos teológicos del siglo XVI; la Contrarreforma católica rechaza la doctrina luterana de la justificación *sola imputatione justitia Christi*. En un orden de ideas emparentado, no debemos pasar por alto el lugar que ocupó, en las tentativas de teodicea, la cuestión de la imputación del mal. Dicho esto, la cuestión de cuánto debe la noción jurídica de imputabilidad a este contexto teológico es controvertida. El acento puesto sobre la “capacidad” (*Fähigkeit*) en la noción de *imputavitas*, traducida al alemán como *Imputabilität*, luego por *Zurechnungsfähigkeit*, incluso *Schuldfähigkeit*, sugiere un recurso al concepto aristotélico de disposición natural, en una dirección de pensamiento aparentemente opuesta a la doctrina forense (en el sentido de procedente del exterior) de la “justificación” de Lutero. Parece lícito considerar la doctrina del derecho natural de las gentes como fuente no sólo independiente sino contraria a la fuente teológica. Con Pufendorf, el acento recae sobre la “capacidad” del agente, ya no sobre la “justicia” soberana de Dios.⁵

Esta noción de imputabilidad –en el sentido de “capacidad para la imputación” (moral y jurídica)– constituye una clave indispensable para comprender el posterior interés de Kant en preservar la doble articulación cosmológica y ética (que aún se conserva en el lenguaje común, como hemos visto) del término imputación, en cuanto juicio de atribución a alguien, como autor verdadero, de una acción culpable. La fuerza de la idea de imputación en Kant radica en la conjunción

⁵ Sobre estos temas, véase Ritter, art. *Imputation (Zurechnung)*, págs. 274-277. Sobre Pufendorf (*De jure naturae et gentium*, Lund, 1672), véase Simone Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, París, PUF, 1994; léanse sobre todo las páginas relacionadas con la teoría de los “seres morales” (*entia moralia*), en su *capacidad* de institución o de imposición (*impositio*) y en relación con la *imputación* que resulta de esta capacidad, págs. 51-56.

de dos ideas más primarias, la atribución de un acto a un agente y la calificación moral y generalmente negativa de este acto. La *Metafísica de las costumbres* define la *Zurechnung (imputatio)* en sentido moral como el “juicio por el cual alguien es tenido por *Urheber (causa libera)* de un acto (*Handlung*) que desde entonces se denomina *Tat (factum)* y cae bajo las leyes” (Ak. A. 6, 227). Esta definición aparece invariable en la *Doctrina del derecho*:

Un hecho [*Tat*] es un acto en cuanto se lo considere bajo las leyes de la obligación, y en consecuencia en cuanto el sujeto del mismo sea considerado desde el punto de vista de la libertad de su arbitrio. El agente es por ende considerado como el autor [*Urheber*] del efecto [*Wirkung*] y éste, así como el acto mismo, le puede ser imputado, en cuyo caso habremos tenido previo conocimiento de la ley en virtud de la cual una obligación pesa sobre cada una de estas cosas... Una persona es aquel sujeto cuyos actos son susceptibles de imputación. La cosa es aquello que no es susceptible de ninguna imputación.⁶

Pero si queremos llegar al nivel radical de esta constitución cosmológico-ética de las ideas de imputación e imputabilidad en Kant, no debemos comenzar por la *Metafísica de las costumbres*, ni por la *Crítica de la razón práctica*, y mucho menos por la *Doctrina del derecho*, sino por la *Crítica de la razón pura*, e ir directamente a la tercera “Antinomia cosmológica” de la *Dialéctica trascendental*, donde la noción de imputación aparece en una situación aporética de donde nunca saldrá del todo.

Conocemos los términos de la antinomia. Tesis:

La causalidad que obedece las leyes de la naturaleza no es la única de donde pueden derivar los fenómenos del

⁶ Emmanuel Kant, *Doctrine du droit*, traducción francesa de A. Philonenko, París, Ed. Vrin, 1971, págs. 97-98.

mundo en su conjunto. También es necesario admitir, para explicarlos, una causalidad por una libertad.

Antítesis:

No hay libertad sino que todo en el mundo acontece según las leyes de la naturaleza. (A 445, B 473.)

Es preciso, pues, comenzar por allí, por estos dos modos, para que un hecho acontezca, acontezca por el impulso de las cosas, acontezca en virtud de la libre espontaneidad. Junto a la tesis debemos colocar la idea de imputación. He aquí como entra en escena: primero en la *Prueba*, luego en el *Comentario* sobre la primera antinomia. A decir verdad, la palabra no parece clara en la “prueba”, sino sólo por constituir su raíz, a saber la noción de “espontaneidad absoluta de las causas”, la cual, se dice, “consiste en iniciar a partir de sí misma (*von Selbst*) una serie de fenómenos que se desarrollan según las leyes naturales, por consecuencia una libertad trascendental” (ibíd.). Tal es la raíz: la capacidad originaria de iniciativa. De ella se desprende la idea de imputabilidad (*Imputabilität*) introducida en el *Comentario*:

La idea trascendental de la libertad dista en verdad de constituir el contenido pleno del concepto psicológico del mismo nombre, concepto que es en gran parte empírico; ella constituye únicamente el concepto de la espontaneidad absoluta de la acción, como fundamento de la imputabilidad de dicha acción; ella es, empero, el verdadero obstáculo para la filosofía, que tropieza con dificultades insuperables para admitir esta suerte de causalidad incondicionada. (A 448, B 476.)

Así la imputabilidad, tomada en su sentido moral, es una idea menos radical que la de “espontaneidad absoluta de la acción”. Pero el precio que se paga por semejante radicalismo es el enfrentamiento con una situación inevitablemente antinómica donde dos clases de causalidad, la causalidad libre y la causalidad natural, se oponen sin conciliación posi-

ble, a lo cual se suma la dificultad de pensar un comienzo relativo en plena mitad del curso de las cosas, lo cual obliga a disociar la idea de “comienzo en la causalidad” (que es la causalidad libre) de la idea de “comienzo en el tiempo” (el presunto comienzo del mundo y la realidad en su conjunto).⁷

Hasta aquí puede llegar, en el marco de la primera *Critica*, el análisis conceptual de la idea de imputabilidad en el plano de su doble articulación cosmológica y ética. Por una parte, el concepto de libertad trascendental permanece vacío, aguardando su vínculo con la idea moral de ley. Por otra parte, queda en reserva en cuanto raíz cosmológica de la idea ético-jurídica de imputabilidad.

Es aquí donde la segunda *Critica* introduce el vínculo decisivo, entre libertad y ley, vínculo en virtud del cual la libertad constituye la *ratio essendi* de la ley y la ley la *ratio cognoscendi* de la libertad. Sólo ahora coinciden libertad e imputabilidad.

⁷ La continuación del texto de la *Dialéctica* presenta dos ideas importantes. Según la primera, la razón participa en esta controversia insuperable por medio de *intereses* opuestos. Kant distingue varias modalidades de interés. Ante todo un interés *práctico*: es el que predomina en el paso de la idea de libertad trascendental a la de imputabilidad (Kant habla de “piedras fundamentales” de la moral y de la religión”, A 467); pero el interés *especulativo* no es menor; consiste en pensar lo incondicionado e irreductible en el movimiento que sigue al entendimiento ascendente y descendente de condición en condición; se suma, por último, aquello que Kant denomina interés *popular*: “el sentido común no encuentra la menor dificultad en las ideas de comienzo incondicionado de toda síntesis” (A 467). En cambio, “el empirismo excluye toda especie de popularidad”, pues le resulta difícil “permanecer totalmente mudo y confesar su ignorancia” (A 472). La segunda idea a retener para la continuación de la discusión es el estilo de solución de la tercera antinomia. Mientras que las dos primeras antinomias, llamadas “matemáticas” (concernientes a la dimensión absoluta del mundo, en el espacio y en el tiempo), no autorizan sino una disolución escéptica, consistente en desechar la tesis y la antítesis, la antinomia “dinámica” de la causalidad libre y de la causalidad natural autoriza una conciliación, consistente en conservar la tesis y la antítesis en dos planos distintos, el de la regresión finita de la cadena de las condiciones a lo incondicionado, y el de la regresión infinita de condición en condición.

En lo que Hegel llamaría “visión moral del mundo”, la articulación de las dos obligaciones, la de actuar conforme a la ley y la de reparar el daño o pagar la pena, tiende a bastarse a sí misma al extremo de eclipsar la problemática de la libertad cosmológica, de donde depende empero la idea de atribución de una acción a alguien como su verdadero autor. Este proceso de eliminación, basado en la *Crítica de la razón práctica*, llega –como ocurre en la *Teoría pura del derecho* de Kelsen– a una moralización y juridización total de la imputación.⁸ Al cabo de este proceso podemos decir que la idea de retribución (de la falta) ha desplazado la de atribución (de la acción de su agente). La idea puramente jurídica de responsabilidad, entendida como obligación de reparar el daño o de sufrir la pena, se puede considerar un resultado conceptual de este desplazamiento. Quedan las dos obligaciones: la de hacer, la cual se viola en la infracción, y la de reparar o de sufrir la pena. La responsabilidad jurídica procede así del cruce de estas dos obligaciones, la primera justificando la segunda, la segunda sancionando la primera.

⁸ “Imputación designa una relación normativa: sólo esta relación y ninguna otra expresa el término *sollen* cuando se utiliza en una ley moral o en una ley jurídica”. ¿Qué queda pues de la raíz cosmológica de la imputación tal como se preservaba en la tercera antinomia kantiana? Nada, en definitiva: “No es en absoluto la libertad, entendida como la no determinación causal de la voluntad, lo que vuelve posible la imputación, sino al contrario, la imputación supone la determinabilidad causal de la voluntad. No imputamos al hombre porque sea libre, sino que el hombre es libre porque le imputamos”. Se diría que la segunda *Crítica* kantiana evaca la primera y su parte más dramática, la teoría de las antinomias. Como testimonio, esta última definición de imputación, de la cual parece haberse eliminado todo rastro de aporía: “conexión establecida entre una conducta humana y la condición en la cual es prescrita o prohibida por una norma”. Debo estas citas a Simone Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, París, Ed. Vrin, 1975, págs. 47-52.

LA IDEA CONTEMPORANEA DE RESPONSABILIDAD: UN CONCEPTO EN EXPANSION

Me propongo, en la segunda parte de mi estudio, dar cuenta de la expansión contemporánea de la idea de responsabilidad, fuera de los límites del legado kantiano.

Imputación y “ascripción”

Esta anárquica expansión, debemos confesarlo, resultó posible merced a reinterpretaciones muy diversas de la idea de espontaneidad libre, preservada por Kant en el trasfondo de la idea moral de imputación, a título de idea cosmológica, y ello al precio de la antinomia que hemos citado. Estos intentos tienen en común alzar el yugo de la obligación que, con Kelsen y toda la escuela neokantiana, llega a moralizar por completo la cadena constituida por el acto, sus efectos y las diversas modalidades de retribución que conllevan efectos que se consideran contrarios a la ley. Podemos hablar en sentido inverso de proceso de desmoralización de la raíz de la imputación, para caracterizar los intentos de restaurar el concepto de “capacidad” de actuar, por ende de “imputabilidad”, cuyo lugar hemos visto entre los jurinaturalistas. Si la empresa tenía éxito, el concepto de responsabilidad, que había terminado por desplazar el de imputación al extremo de convertirse en su sinónimo y luego sustituirlo en el vocabulario contemporáneo, podía estar disponible para nuevas aventuras que no excluyen nuevos intentos de remoralización de la responsabilidad, pero por otras vías que la obligación, en el sentido de restricción moral o de restricción social internalizada. Quizá surja cierto orden de la aproximación entre lo que denomino intento de desmoralización de la raíz de la imputación e intento de remoralización del ejercicio de la responsabilidad.

Se excusará el carácter esquemático de esta empresa, sin duda desmesurada, que sólo procura ofrecer al lector una guía diseñada con trazos muy gruesos.

La reconquista de la idea de espontaneidad libre se ha intentado por varias vías que yo, por mi parte, he procurado hacer converger en una teoría del hombre actuante y sufriente. Así tenemos, por un lado, las aportaciones de la filosofía analítica, y por el otro las de la fenomenología y la hermenéutica.

Las primeras se reparten entre la filosofía del lenguaje y la teoría de la acción. Retendré análisis que surgen de la filosofía del lenguaje, la teoría de la *ascription* de Strawson,⁹ teoría que ha influido sobre juristas tan importantes como L. A. Hart, de quien tomo un famoso artículo.¹⁰ Strawson emplea el término *ascription* para designar la operación predicativa de un género único consistente en atribuir un acto a alguien. Su análisis tiene por marco una teoría general de la identificación de los "particulares básicos", es decir los sujetos de atribución irreductibles a otros, y por ende implícitos en todo intento de derivación a partir de individuos de una clase presuntamente más fundamental. Según Strawson, sólo existen dos clases: los "cuerpos" espaciotemporales y las "personas". ¿Qué predicados nos atribuimos fundamentalmente en cuanto personas? Responder esta pregunta equivale a definir la *ascription*. Se dan tres respuestas: 1) nos atribuimos dos clases de predicados, predicados físicos y predicados psíquicos (X pesa sesenta kilos, X recuerda un viaje reciente); 2) predicamos las dos clases de propiedades de la misma entidad, la persona, y no de dos entidades distintas, como por ejemplo el alma y el cuerpo; 3) los predicados psíquicos son tales que guardan la misma significación, atribúyanse al sí-mismo o a otro (yo comprendo los celos, sean de Pedro, de Pablo o

⁹ p. Strawson, *Individuals*, Londres, Methuen and Co., 1959.

¹⁰ L. A. Hart, "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, págs. 171-194.

míos). Estas tres reglas de la *ascription* definen conjuntamente la persona como “particular básico”, a la vez entrelazado en los cuerpos y distinto de ellos. No es necesario, en principio, asociar esta manera *sui generis* de atribuir con una metafísica de las sustancias. Basta con prestar atención a las reglas lingüísticas insoslayables de la identificación por *ascription*.

La teoría de la *ascription* o asignación nos interesa en este estudio en la medida en que, entre todos los predicados, el que es designado por el término de acción es el que está en el centro de la teoría de la asignación. La relación entre la acción y el agente se encuentra pues cubierta por dicha teoría de la asignación, es decir de atribución de predicados específicos a particulares de base específicos, sin consideración por la obligación moral, y desde el solo punto de vista de la referencia identificadora a particulares básicos. Por este motivo clasifico la teoría de la ascripción entre los intentos de desmoralizar la noción de imputación.

No afirmo que la teoría de la asignación baste para la reconstrucción de un concepto de responsabilidad menos dependiente respecto de la idea de obligación, trátese de la obligación de hacer o de la obligación de reparar o de sufrir la pena. Pero posee el mérito de abrir una investigación moralmente neutra de la acción. La teoría de la asignación sólo constituye un primer paso en este sentido, como lo demuestra la necesidad de complementar, en el terreno propiamente lingüístico, una semántica del discurso, centrada en la cuestión de la referencia identificadora, la cual sólo conoce a la persona como una de las cosas de las que hablamos, con una pragmática del lenguaje, donde ya no se acentúan los enunciados (su sentido y su referencia) sino las enunciaciones. Como ocurre en la teoría de los actos de discurso (*speech acts*): prometer, advertir, ordenar, observar, etcétera. Entonces resulta lícito intentar, en un segundo tiempo, separar al enunciador de la enunciación, prolongando así el proceso de separación entre el acto-enunciación y la proposición-enunciado. Así podemos cernir el acto de autodesignación del sujeto parlante y del sujeto actuante, y hacer confluir la teoría de la asigna-

ción, que una vez más habla de la persona desde fuera, con una teoría del enunciador donde la persona se designa a sí misma como la que habla y actúa, vale decir que actúa hablando, como ocurre en el ejemplo de la promesa, erigida en modelo de todos los actos de discurso.

Tal sería, en filosofía analítica, la primera mitad de la serie de pasos encaminados a la reconstrucción de la idea de espontaneidad libre. La segunda mitad sería ocupada por la contribución de la teoría de la acción. Las *Investigaciones filosóficas* del segundo Wittgenstein y los minuciosos análisis de Davidson¹¹ son aquí las guías más instructivas. De ello se desprende que la teoría de la acción presenta también su fase semántica, con el examen de las frases de acción (“Bruto mató a César”), y una fase pragmática, con el examen de las ideas de razones de actuar y de poder de actuar. El examen de esta última noción (*agency* en inglés) vuelve a conducir el análisis de la acción por los parajes de la teoría aristotélica de la praxis.

En este nivel –puesto que se trata de remitir la acción, en cuanto acontecimiento público, a sus intenciones y sus motivos, en cuanto acontecimientos privados, y de allí al agente, como aquel que puede– se descubren conjunciones y confluencias inadvertidas entre filosofía analítica y filosofía fenomenológica y hermenéutica.

Corresponde a ésta, en efecto, abordar la pregunta que quedó pendiente con la noción de autodesignación del sujeto del discurso y del sujeto de la acción. El tránsito de la enunciación al enunciador y de la acción al agente ponen en juego una problemática que supera los recursos de una filosofía lingüística. Se trata del sentido atribuido a las respuestas a la pregunta “¿Quién?” (¿quién habla, quién actúa, quién narra su vida, quién se designa como el autor moralmente responsable de estos actos?). La relación entre la acción y su agente

¹¹ D. Davidson, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

no es más que un caso particular, a decir verdad altamente significativo, de la relación del sí-mismo con el conjunto de sus actos, trátese de pensamientos, palabras o acciones. No obstante, esta relación opone a la reflexión una opacidad extrema que está señalada con insistencia por las metáforas en las cuales se envuelve el testimonio de nuestro poder hacer. Aristóteles, que fue el primero en emprender una descripción detallada de la “elección preferencial” y de la “deliberación”, no dispone de ningún concepto propio de la acción humana que distinga el poder ser humano del principio interno del movimiento físico. Los actos que “dependen de nosotros”¹² son al agente aquello que los niños son a sus “progenitores” o los instrumentos, los órganos y los esclavos a sus “dueños”. Después de Locke, los modernos añaden una sola metáfora nueva, como vemos en la teoría de la *ascription* de Strawson, cuando éste declara que los predicados físicos y psíquicos de la persona le “pertenecen propiamente”, que los “posee”, que son “suyos”. Esta “posesión” del poder de actuar parece designar un hecho primario, el famoso *yo puedo* asumido con tanta insistencia por Merleau-Ponty.

La única senda abierta para una superación conceptual de las metáforas de la generación, del dominio, de la posesión, es la larga vía del tratamiento de las aporías emparentadas con la antinomia kantiana de la causalidad. En efecto, es imposible un puro y simple retorno a Aristóteles. Su filosofía no daría margen para las antinomias de la causalidad que se han vuelto inevitables con la ciencia de Galileo y Newton. Su filosofía de la acción se basa en una filosofía de la naturaleza que en gran medida es animista. Para nosotros, se ha roto la continuidad entre causalidad natural y causalidad libre. Es preciso pasar por el choque de las causalidades e intentar una fenomenología de su entrelazamiento. Lo que se ofrece al pensamiento son fenómenos como la *iniciativa*, la *intervención*, donde se deja sorprender la intromisión del

¹² *Ta epli'hemin* (*Etica nicomaquea*, III, 5, 1112 a 30-34).

agente de la acción en el decurso del mundo, intromisión que causa efectivamente cambios en el mundo. Si no podemos representar esta aprehensión de las cosas por parte del agente humano en medio del decurso del mundo sino como una conjunción de varias clases de causalidad, debemos reconocer en ello una limitación conceptual ligada a la estructura de la acción en cuanto iniciativa, es decir, comienzo de una serie de efectos en el mundo. Tenemos por cierto el vivo sentimiento, la confiada certidumbre, de “poder hacer” todas las veces que hacemos coincidir una acción que se halla en nuestro poder con las ocasiones de intervención que ofrece cualquier sistema físico terminado y relativamente cerrado. Pero esta comprensión inmediata, este testimonio del “poder hacer”, no puede ser aprehendido conceptualmente sino como confluencia de varias causalidades. El pasaje por la antinomia de estilo kantiano, luego la superación de la misma en los diversos modelos *ad hoc* de iniciativa o de intervención,¹³ no tienen más función que llevar al nivel reflexivo la seguridad que se asocia con el fenómeno del *yo puedo*, testimonio imborrable que lleva en sí mismo el hombre capaz.

Reformulación del concepto jurídico de responsabilidad

Me gustaría situar bajo el signo de la difusión del concepto de responsabilidad, por una parte, las transformaciones que se inscriben en el campo jurídico, y por la otra las evoluciones que atañen a la moralidad más allá de los límites del derecho.

En lo concerniente a la renovación de la idea de responsabilidad en el plano jurídico, desearía insistir en un aspecto del problema que tiene su lugar de origen en el derecho ci-

¹³ Entre varios modelos de composición entre causalidades heterogéneas, privilegio el de H. Von Wright, en *Explanation and Understanding*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1971.

vil donde, como hemos mencionado, la responsabilidad consiste en la obligación de reparar los daños. Una cierta despenalización de la responsabilidad ya está seguramente implícita en la simple obligación de reparar. Podríamos pues pensar que además de la idea de punición también debería desaparecer la idea de falta. ¿No consideramos que la falta es punible por antonomasia? No obstante, no es así. El Código Civil continúa hablando de falta para preservar, a nuestro parecer, tres ideas, a saber: que una infracción se cometió, que el autor conocía la norma y que era consciente de sus actos, al punto de haber podido actuar de otra manera. Es así que en derecho civil clásico la idea de falta se encuentra disociada de la idea de punición y permanece no obstante asociada con la obligación de reparar. Pero este status aparece conceptualmente frágil hoy en día. La historia contemporánea de lo que llamamos el *derecho de la responsabilidad*, en el sentido técnico del término, tiende a dejar espacio para la idea de *responsabilidad sin falta*, bajo la presión de conceptos tales como los de solidaridad, seguridad y riesgo, que tienden a ocupar el lugar de la idea de falta. Da la impresión de que la despenalización de la responsabilidad civil también debía implicar su total desculpabilización.

¿Pero esta operación se puede llevar a cabo hasta el final? Se trata de saber si la sustitución de la idea de falta por la de riesgo no redundaría, paradójicamente, en una desresponsabilización total de la acción. La referencia a la falta en el campo de la responsabilidad civil sería pues inexpugnable. La cuestión está muy bien planteada por Mireille Delmas-Marty en *Pour un droit commun*, y también por E. Ewald.¹⁴ Nos remitiremos también a un artículo de Laurence Engel.¹⁵ Estos autores parten de la corroboración de que la crisis del derecho de la responsabilidad tiene por punto de partida un des-

¹⁴ F. Ewald, *L'Etat-providence*, París, Grasset, 1986.

¹⁵ Laurence Engel, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine", *Esprit*, junio de 1993.

plazamiento del énfasis que antaño se ponía sobre el presunto autor del daño y que hoy se plantea como preferencia por la víctima a quien sobre el daño sufrido pone en posición de exigir reparación, con frecuencia una indemnización. Engel observa que la ley de 1898 de accidentes de trabajo, que vuelve obligatorias para las empresas las garantías del riesgo, constituye la primera expresión del decisivo pasaje “de una gestión individual de la falta a una gestión socializada del riesgo” (op. cit., pág. 16). Y este autor observa en la misma obra: “La creación de un sistema de indemnización a la vez automático y a destajo traduce la necesidad de garantizar una indemnización en ausencia de comportamiento culpable”. La evaluación objetiva del perjuicio tiende así a obliterar la apreciación del lazo subjetivo entre la acción y su autor. Allí nace la idea de responsabilidad sin falta.

Podríamos alegrarnos de esta evolución, dado que exalta un valor moral importante, el de la solidaridad, sin duda más digno de estima que el valor utilitario de la seguridad. Pero debemos estar alerta contra los efectos perversos de este desplazamiento. Ellos son alentados por la increíble extensión de la esfera de los riesgos y su cambio de escala en el espacio y en el tiempo (la reflexión de Hans Jonas que evocaremos más adelante parte de este mismo punto); en el límite, toda incapacidad adquirida, percibida como un daño sufrido, puede abrir un derecho a la reparación en ausencia de toda falta demostrada. El efecto perverso consiste en que, cuanto más se extiende la esfera de los riesgos, más apremiante y urgente se vuelve la búsqueda de un responsable, es decir de alguien, persona física o moral, capaz de indemnizar y de reparar. Pareciera que la multiplicación de casos de victimización suscitara una exaltación proporcional de aquello que bien podemos denominar un resurgimiento social de la acusación. La paradoja es enorme: en una sociedad que sólo habla de solidaridad, con el afán de reforzar electivamente una filosofía del riesgo, la investigación vindicativa del responsable equivale a reculpabilización de los autores identificados de los daños. Basta con ver con qué sarcasmo la opinión pú-

blica acogió el famoso “responsable pero no culpable” de la ministra Georgina Dufoix.

Pero hay otros efectos más sutiles. Dado que, en el proceso que da lugar a la indemnización, existen relaciones contractuales que están mayoritariamente en juego, la suspicacia y el desafío implícitos en la persecución del responsable tienden a corromper el capital de confianza sobre el cual reposan todos los sistemas fiduciarios subyacentes a las relaciones contractuales. Pero eso no es todo: la virtud de solidaridad, invocada en apoyo de las pretensiones exclusivas de la filosofía del riesgo, está por ser desalojada de su eminente posición ética por la idea misma de riesgo que la ha engendrado, en la medida en que la protección contra el riesgo orienta hacia la investigación de seguridad más que hacia la afirmación de solidaridad. Más fundamentalmente, si la victimización es aleatoria, su origen tiende también a serlo, en virtud del cálculo de probabilidad que sitúa todos los casos bajo el signo del azar. Así, desconectada de una problemática de la decisión, la acción se ve situada bajo el signo de la fatalidad, lo cual es exactamente lo contrario de la responsabilidad.¹⁶ La fatalidad no es nadie, la responsabilidad es alguien.

En vista de estos efectos perversos, hoy se elevan voces a favor de una problemática más equilibrada –Mireille Delmas-Marty habla de “recomposición de un paisaje”–, problemática según la cual la imputación de responsabilidad y la reivindicación de la indemnización deberían ser netamente disociadas con miras a coordinarlas mejor ulteriormente, la idea de indemnización relegándose al rango de técnica de gestión de la dimensión-riesgo en las interacciones humanas. Así se pondría al desnudo el enigma residual de una falta que, mantenida en el trasfondo de la idea de responsabilidad, no se recobraría sino mediante la idea de punición. Queda planteada la cuestión de saber hasta qué punto la idea de falta puede ser desprendida de la de punición. Una vía consistiría

¹⁶ “¡Es culpa de la mala suerte!”.

en buscar por el lado de la sugerencia, hecha entre otros por Antoine Garapone, secretario general del Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ), de que el acto de decir el derecho en una situación determinada, remitiendo a su justo lugar y a una justa distancia al acusado y su víctima, vale en cuanto reparación moral para la víctima. Sin embargo, decir el derecho sólo tiene sentido si cada cual es reconocido en su papel. ¿No reencontramos así el núcleo de la idea de imputación, en cuanto designación del autor "verdadero" de la acción?

En suma, si es preciso "recomponer un paisaje", se trata del paisaje de la responsabilidad jurídica donde la imputación, la solidaridad y el riesgo encontrarían sus justos lugares respectivos.

Transformaciones del concepto moral de responsabilidad

La cuestión consiste pues en saber si otras evoluciones, transformaciones y desplazamientos acontecidos en el plano moral pueden contribuir a esta recomposición.

A primera vista, no es lo que un rápido examen de la situación permite esperar. Ante todo, nos llama la atención el contraste entre el retroceso en el plano jurídico de la idea de imputación, bajo la presión de los conceptos concurrentes que acabamos de evocar, y la asombrosa proliferación y dispersión de los empleos del término responsabilidad en el plano moral. Da la impresión de que el estrechamiento del campo jurídico fuera compensado por una extensión del campo moral de la responsabilidad. No obstante, en una segunda aproximación, la paradoja parece menor que al principio.

La primera inflación a tener en cuenta se produce en el plano jurídico mismo: ella afecta la extensión del dominio de los riesgos, accidentes e incertidumbres invocados por las víctimas en una sociedad donde todo daño suele requerir indemnización. No obstante, como decíamos al mencionar los

efectos perversos, esta misma inflación lanza a la opinión pública en busca de responsabilidades susceptibles de reparación e indemnización. Es lícito preguntarse si la presunta inflación del concepto moral de responsabilidad no se debe relacionar con un desplazamiento retrospectivo de la responsabilidad jurídica, a mayor altura que la acción y sus efectos damnificables, en dirección de las requeridas medidas de precaución y prudencia que pueden prevenir el daño. Al cabo de una evolución donde la idea de riesgo habría podido conquistar todo el espacio del derecho de la responsabilidad, sólo subsistiría una obligación, la de garantizar contra todo riesgo. Así el jurista tiende una mano en dirección del moralista bajo el signo de la prudencia preventiva.

Esto parece sugerir la evolución rampante de la idea *moral* de responsabilidad.

Creo que ante todo conviene exponer el desplazamiento que representa el cambio de *objeto* de la responsabilidad, desplazamiento que tiene su expresión en construcciones gramaticales nuevas. En el plano jurídico, declaramos al autor responsable de los *efectos* de su acción y, entre éstos, de los daños causados. En el plano moral, lo juzgamos responsable de otro hombre, un otro. Es verdad que este sentido no está ausente del derecho civil. El famoso artículo 1348, ya citado, dispone que somos responsables, entre otras cosas, del daño causado "por obra de aquellas personas por las cuales debemos responder o aquellas cosas que tenemos bajo su cuidado". La idea de personas por las cuales se debe responder queda subordinada, en derecho civil, a la del daño objetivo. No obstante, la transferencia en virtud de la cual el otro vulnerable tiende a reemplazar el daño cometido en la posición de objeto de responsabilidad, se encuentra facilitada por la idea intermedia de cargo confiado. Soy responsable del otro *que tengo a mi cargo*. La responsabilidad no se reduce al juicio dado sobre la relación entre el autor de la acción y los efectos de ésta en el mundo; se extiende a la relación entre el autor de la acción y el que sufre dicha acción, la relación entre agente y paciente (o receptor) de la acción. La idea de

persona que alguien tiene a cargo, unida a la idea de cosa que alguien tiene bajo su cuidado, conduce así a una ampliación notable que hace de lo vulnerable y de lo frágil, en cuanto cosa sometida a los cuidados del agente, objeto directo de su responsabilidad. ¿Responsabilidad de qué?, podemos preguntarnos. De lo frágil, tendemos a responder. Es verdad que este desplazamiento y esta extensión no son del todo inesperadas: en una época en que la víctima, el riesgo de accidentes, el daño sufrido, ocupan el centro de la problemática del *derecho* de la responsabilidad, no es sorprendente que lo vulnerable, lo frágil, se tengan en el plano *moral* igualmente por objeto verdadero de responsabilidad, por la cosa de la cual se es responsable. Pero también podemos dar a este desplazamiento del objeto de la responsabilidad un origen distinto en el plano moral, y ello en conjunción con la promoción de la intersubjetividad como tema filosófico mayor. Más precisamente, si seguimos a Emmanuel Lévinas, es de otro, más que del fuero interno, de donde procede la exhortación moral. Al convertirse en fuente de moralidad, el otro es promovido al rango de objeto de preocupación, en la medida de la fragilidad y la vulnerabilidad de la fuente misma de la exhortación. El desplazamiento se convierte entonces en un vuelco: nos volvemos responsables del daño porque, ante todo, somos responsables por el otro.

Pero eso no es todo. A este desplazamiento del *objeto* de la responsabilidad, dirigido contra el objeto vulnerable, se suma otro desplazamiento que otorga al precedente una nueva inflexión. Aquí podríamos hablar de una extensión ilimitada del *alcance* de la responsabilidad, la vulnerabilidad *futura* del hombre y de su entorno convirtiéndose en punto focal de la preocupación responsable. Entendemos por alcance la extensión, tanto temporal como espacial, dada a la noción de *efectos* de nuestros actos. He aquí la pregunta: ¿hasta dónde se extiende en el espacio y en el tiempo la responsabilidad de nuestros actos? La pregunta cobra toda su gravedad cuando estos efectos se consideran daños que afectan a otros seres humanos, en síntesis, *perjuicios*. ¿Hasta dónde se extiende la cadena de

efectos perniciosos de nuestros actos que podamos aún considerar implícitos en el principio, el comienzo, el *initium* del que un sujeto es considerado autor? Una respuesta parcial está contenida en la consideración de la extensión de los *poderes* ejercidos por los humanos sobre otros humanos y sobre su entorno común. Enunciada en términos de alcance, la responsabilidad se extiende a tanta distancia como se extienden nuestros poderes en el espacio y en el tiempo. Por ende, los perjuicios asociados con el ejercicio de estos poderes, sean previsibles, probables o simplemente posibles, se extienden tanto como nuestros poderes mismos. De ahí la trilogía: poderes-perjuicios-responsabilidad. En otras palabras, nuestra capacidad perniciosa –y nuestra responsabilidad por los daños– se extiende tanto como se extienden nuestros poderes. Es así que podemos justificar, a la manera de Hans Jonas en *Le principe responsabilité*, esta doble relación de la responsabilidad, retrospectivamente hacia las medidas de precaución y de prudencia requeridas por aquello que se llama la “heurística del miedo”, y prospectivamente hacia los efectos potencialmente destructivos de nuestra acción.

Pero también percibimos las nuevas dificultades que presenta esta extensión virtualmente ilimitada del alcance de nuestros actos y por ende de nuestra responsabilidad, por lo menos en tres aspectos. Ante todo está la dificultad de identificar al responsable en el sentido de autor propiamente dicho de los efectos perniciosos; así se vuelve a cuestionar la adquisición, debida al derecho penal, de la individualización de la pena. Hay miles de microdecisiones singulares, mezcladas con una cantidad indefinida de intervenciones que cobran sentido en el nivel de los sistemas instituidos, tales como el sistema ecológico, burocrático, financiero, etcétera, en síntesis, en el nivel de todos los sistemas enumerados por J.-M. Ferry como “órdenes del reconocimiento”.¹⁷ Es como si la responsabili-

¹⁷ Jean-Marc Ferry, *Les puissances de l'expérience*, t. II, *Les ordres de la reconnaissance*, París, Editions du Cerf, 1991, sobre todo las págs. 7-115.

dad diluyera sus efectos al alargar su radio, hasta volver inasibles al autor o autores de los efectos perniciosos que se deben combatir. Segunda dificultad: ¿hasta dónde se puede extender en el espacio y en el tiempo una responsabilidad susceptible de ser asumida por autores presuntos e identificables de los perjuicios? La cadena de los efectos empíricos de nuestros actos, como observaba Kant, es virtualmente infinita. En la doctrina clásica de la imputación, la dificultad, aunque no quede resuelta, está al menos contenida dentro de límites precisos, en la medida en que no tuvimos en cuenta sino los efectos ya vencidos, y por ende los daños ya denunciados. ¿Pero cuáles perjuicios venideros, algunos de ellos cíertamente en escala cósmica, se revelarán sólo en varios siglos? Tercera dificultad: ¿en qué se convierte la idea de reparación, aun reemplazada por la de indemnización, es decir de garantía contra el riesgo, cuando no existe ninguna relación, ni siquiera difusa, de reciprocidad entre los autores de los perjuicios y sus víctimas?

Sólo podemos responder parcialmente a estas dificultades. La orientación retrospectiva que la idea moral de responsabilidad tenía en común con la idea jurídica, orientación en virtud de la cual somos eminentemente responsables de aquello que hemos hecho, se debería sustituir por una orientación más deliberadamente prospectiva, en función de la cual la idea de prevención de los perjuicios venideros se sumaría a la de reparación de los daños ya cometidos. Sobre esta idea de prevención sería posible reconstruir una idea de responsabilidad que respondiera a los tres motivos de inquietud que hemos mencionado. Ante todo, aclaremos que el sujeto de responsabilidad es aquí el mismo que el de los poderes generadores de perjuicios, es decir, indivisiblemente las personas singulares y los sistemas en cuyo funcionamiento las acciones individuales intervienen de manera en cierto modo infinitesimal y “homeopático”. En esta escala ínfima pero real se ejercería el espíritu de vigilancia, la virtud de prudencia propia de esta responsabilidad prospectiva. En cuanto al inmenso alcance atribuido a nuestros actos por la idea de perjuicio

en escala cósmica, se puede asumir si introducimos el nexo entre las generaciones. Hans Jonas no se equivoca al interpolar de algún modo entre cada agente y los efectos lejanos el lazo interhumano de filiación. Entonces se requiere un nuevo imperativo que nos imponga actuar de tal modo que aún haya humanos después de nosotros. A diferencia del segundo imperativo kantiano, que implica cierta contemporaneidad entre los agentes y su cara a cara, este imperativo no tiene en cuenta la duración. Pero, y aquí estaría la respuesta a la tercera dificultad, una responsabilidad que no tenga en cuenta la duración sería también una responsabilidad sin consideración por la proximidad ni la reciprocidad. No obstante, podemos preguntarnos en qué se convierte la idea de solidaridad así estirada en su duración.

Aquí asoman nuevas dificultades, ligadas a un aspecto de la prospectiva que no se reduce al alargamiento en el tiempo de la cadena de las consecuencias de la acción. Todavía es preciso, y quizás sea lo más importante, tener en cuenta el conflicto entre los efectos intencionales previsibles y deseados de una acción y aquello que Robert Spämann denomina *efectos laterales* (en el sentido en que hablamos de efectos secundarios de un medicamento).¹⁸

Es un problema bien conocido entre los medievales y ya mencionado por Agustín y luego por Abelardo en *Ethica seu Scito te ipsum*,¹⁹ bajo el título de *Dolus indirectus*, en la articulación de lo intencional y lo no deseado. La gran casuística del siglo XVII –incluidas las *Provinciales* de Pascal– no ignoró el dilema al que conduce la consideración de los efectos adyacentes, entre los cuales los efectos perversos cons-

¹⁸ Robert Spämann, "Nebenwirkungen als moralisches Problem", *Philosophisches Jahrbuch*, 1975 (82).

¹⁹ Citado por R. Spämann, ibíd. La distancia entre efectos previstos y efectos imprevistos es "constitutiva de la acción humana. La historia humana es la de una resolución continua de los problemas surgidos de las consecuencias no intencionales que dejan las resoluciones de problemas pasados".

tituyen una suerte de colmo. El dilema es el siguiente: por una parte, la justificación por la mera buena intención arranca de la esfera de la responsabilidad los efectos secundarios, ya que se opta por ignorarlos; el precepto de “cerrar los ojos ante las consecuencias” se troca entonces en la mala fe de quien “se lava las manos” de las consecuencias. Por otra parte, si el agente humano se hace cargo de *todas* las consecuencias, incluidas las más contrarias a la intención inicial, se vuelve responsable de todo de manera indiscriminada, es decir responsable de algo que no puede *asumir*. Como señala Spämann, hacerse cargo de la totalidad de los efectos es convertir la responsabilidad en fatalismo, en el sentido trágico de la palabra, es decir en denuncia terrorista: “¡Es usted responsable de todo y culpable de todo!”

Hegel explica este dilema en la primera sección de la segunda parte de los *Principios de la filosofía del derecho*, consagrada a la moralidad subjetiva (*Moralität*).²⁰ Este cuadro de la visión moral del mundo no es extraño a la intelección del dilema. El problema nace del carácter finito de la voluntad subjetiva. Esta finitud consiste en que la voluntad subjetiva no puede devenir acción salvo exteriorizándose, poniéndose así bajo la ley de la necesidad externa.²¹ Muchos efectos de nuestros proyectos sobre el curso de las cosas escapan así al control de la intención expresa y se entrelazan con la necesidad externa. De ahí el dilema moral: por una parte quisiéramos poder imputar (*Zurechnen*) al agente sólo las consecuencias de la intención que lleva la impronta (*Gestalt*) de la meta que es su alma (*Seele*). Este íntimo lazo autoriza a

²⁰ *Principios de la filosofía del derecho*, segunda parte, “La moralidad subjetiva (*Moralität*)”, primera sección, “El proyecto (*der Vorsatz*) y la responsabilidad (*die Schuld*)”, § 115-118.

²¹ “La finitud de la voluntad subjetiva en lo inmediato de la conducta consiste en que ella supone para ser efectiva un objeto exterior rodeado de condiciones diversas. El acto introduce un cambio en esta existencia dada y la voluntad es responsable de él (*hat Schuld überhaupt darin*) mientras la realidad cambiada contenga el predicado abstracto de ser mía” (§ 115).

extender el predicado *mío* de la intención a los resultados que, de alguna manera, salen de ella y continúan *perteneciéndole*. Por otra parte, los efectos *míos* no agotan la consecuencialidad de la acción: al amparo de la conexión de los efectos deseados con la necesidad externa, la acción tiene consecuencias de las que podemos decir que escapan a la circunscripción de la intención. De este dilema se deriva que máximas tales como “Ignora las consecuencias de la acción” y “Juzga las acciones por sus consecuencias y haz de esto el criterio de lo justo y lo bueno” se deben desechar como máximas del entendimiento abstracto. ¿Pues hasta dónde se extiende el carácter “mío” de las “consecuencias” y dónde comienza lo “ajeno”?²² Hegel pretende salir de este dilema superando el punto de vista de la moralidad por medio de la *Sittlichkeit*, la moral social concreta, que conlleva la sabiduría de las *mores*, las costumbres, las creencias comunes y las instituciones que llevan la marca de la historia.

La pregunta de Hans Jonas acerca de la extensión de nuestra responsabilidad hacia la humanidad futura y su entorno se debe reemplazar, a mi juicio, bajo la enseña del dilema hegeliano. Ello requiere una respuesta más compleja que la simple extensión a las generaciones futuras del imperativo kantiano. Sin aceptar en bloque la teoría hegeliana de la *Sittlichkeit*, se puede afirmar, siguiendo a Spämann, que la acción humana sólo es posible a condición de un arbitraje concreto entre la visión corta de una responsabilidad limitada a los efectos previsibles y dominables de una acción y la visión larga de una responsabilidad ilimitada. La negligencia total frente a los efectos laterales de la acción haría que ésta fuera deshonesta, pero una responsabilidad ilimitada volvería la acción imposible. Es un signo de la finitud humana que la dis-

²² De todas las consecuencias de mi acción yo sólo “debo rendir cuentas (*nur an dem Schuld zu haben*) de aquello que la voluntad sabe acerca de las condiciones de su objetivo, de aquello que se encontraba en su proyecto”. Es “derecho de la voluntad” atribuirse (*zurechnen*) sólo las consecuencias “mías” (§ 117-118).

tancia entre los efectos deseados y la totalidad innumerable de las consecuencias de la acción sea incontrolable y requiera la sabiduría práctica instruida por toda la historia de los arbitrajes anteriores. Entre la elusión de la responsabilidad por las consecuencias y la inflación de una responsabilidad infinita, es preciso encontrar el justo medio y repetir con Spämann el precepto griego: "Nada en demasía".

Detendremos nuestra investigación en esta perplejidad. Para concluir, nos preguntaremos simplemente cuál puede ser el efecto de los desarrollos que acabamos de describir sobre el derecho de responsabilidad. Estoy tentado de decir: un efecto ambiguo.

Por una parte, el desplazamiento del *objeto* de la responsabilidad hacia un otro vulnerable y frágil tiende inevitablemente a reforzar el polo "imputación" en la pareja "imputación singular/riesgo compartido": en la medida en que devemos responsables a partir de la exhortación moral venida de otro, la flecha de dicha exhortación apunta a un sujeto capaz de designarse como autor de sus actos. Así se plantea un límite a la socialización de los riesgos y a la mutualización anónima de las indemnidades.

Por otra parte, la extensión en el espacio y la prolongación en el tiempo del *alcance* de la responsabilidad pueden tener un efecto inverso, en la medida en que el sujeto de la responsabilidad se vuelve inasible a fuerza de multiplicarse y diluirse. Más aún, la brecha temporal entre la acción perniciosa y sus efectos nocivos, quitando toda significación a la idea de reparación, inclina a reforzar el polo de la socialización de los riesgos, a expensas del polo de la imputación de la acción. Pero también se puede decir que una vez sustituida la idea de reparación por la de precaución, el sujeto es nuevamente responsabilizado por la apelación a la virtud de la prudencia. ¿No se podría decir incluso que, lejos de oponerse polarmente, imputación y riesgo se cubren y refuerzan mutuamente, en la medida en que, en una concepción preventiva de la responsabilidad, los riesgos imputables son precisamente los riesgos no cubiertos?

El dilema suscitado por la cuestión de los efectos laterales de la acción, entre los cuales se clasifican los perjuicios, nos conduce nuevamente, pues, a la virtud de la prudencia. Pero ya no se trata de la prudencia en el sentido débil de prevención, sino de *prudentia*, heredera de la virtud griega de la *phronesis*, en otras palabras, un sentido del juicio moral en el marco de ciertas circunstancias. A esta prudencia, en el sentido fuerte del término, se remite la tarea de reconocer entre las consecuencias innumerables de la acción aquellas de las que podemos considerarnos legítimamente responsables, en nombre de una moral de la medida. Es finalmente esta apelación al *juicio* lo que constituye el alegato más fuerte a favor del mantenimiento de una idea de imputabilidad, sometida a los asaltos de las de solidaridad y de riesgo. Si esta sugerencia es válida, los teóricos del derecho de la responsabilidad, cuidadosos de mantener una justa distancia entre las ideas de imputabilidad, solidaridad y riesgo compartido, encontrarían aliento y apoyo en los desarrollos que parecen derivar a primera vista de la idea de responsabilidad, lejos del concepto inicial de obligación de reparar o de sufrir la pena.

¿ES POSIBLE UNA TEORIA PURAMENTE PROCESAL DE LA JUSTICIA? A propósito de *Teoría de la justicia*, de John Rawls

¿Cómo justificar la opción de John Rawls por una indagación de la idea de justicia?¹

Por dos razones principales. Primera: Rawls se sitúa manifiestamente en la descendencia de Kant más que de Aristóteles. Recuerdo que la teoría de la justicia, entendida por Aristóteles como una virtud particular, a saber la justicia distributiva y correctiva, extrae su sentido, como todas las demás virtudes, del marco *teleológico*; con Kant se opera una inversión de prioridad a beneficio de lo justo y a expensas de lo bueno, de tal modo que la justicia cobra sentido en un marco *deontológico* de pensamiento.

Segunda razón: si en Kant la idea de lo justo se aplica primero a las relaciones de persona a persona, con Rawls la justicia se aplica primero a las instituciones –es la virtud por excelencia de las instituciones– y sólo secundariamente a los individuos o a los estados-naciones considerados como individuos en la escena de la historia. Este enfoque deontológico en materia de moralidad sólo se ha podido

¹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

sostener en el plano institucional apoyándose en la ficción de un contrato social gracias al cual un grupo de individuos logra superar el estado presuntamente primitivo de naturaleza para llegar al estado de derecho. Este encuentro entre una perspectiva deliberadamente deontológica en materia moral y la corriente contractualista en el plano de las instituciones constituye el problema central para Rawls. La pregunta se puede plantear en los siguientes términos: ¿Este lazo es contingente? ¿Un enfoque deontológico en materia moral es lógicamente solidario de un enfoque contractualista, cuando la virtud se aplica a instituciones antes que a individuos, como ocurre con la virtud de justicia? ¿Qué lazo existe entre una *perspectiva* deontológica y un *procedimiento* contractualista?

Mi hipótesis es que este lazo no es contingente, puesto que el objetivo y la función de un *procedimiento* contractualista consisten en asegurar la primacía de lo justo sobre el bien, sustituyendo incluso por el procedimiento de deliberación todo compromiso relacionado con un presunto bien común. Según esta hipótesis, el procedimiento contractual debería engendrar el principio o los principios de justicia. Aunque sea el meollo de la cuestión, el problema de la justificación de la idea de justicia gira en torno de la siguiente dificultad: ¿puede una teoría contractualista sustituir con un enfoque procesal todo intento de fundamentar la justicia en convicciones previas, concernientes al bien del todo, al bien común de la *politéia*, al bien de la república o de la Commonwealth?

Ante esta pregunta central, Rawls ofrece la respuesta más fuerte que haya dado la época contemporánea. Su intento es resolver el problema que Kant dejó sin solución en la *Rechtslehre* (§ 46-47): ¿cómo pasar del primer principio de la moralidad, la autonomía, comprendida en su sentido etimológico (a saber, que la libertad en cuanto racional se da a sí misma la ley como regla de universalización de sus propias máximas de acción), al contrato social por el cual una multitud abandona su libertad externa con miras a recobrarla en cuanto miembros de una república? En otras palabras, ¿cuál

es el lazo entre autonomía y contrato social? En Kant este lazo es implícito pero no está justificado.

Ahora bien, si el intento de Rawls pudiera triunfar, sería preciso decir que una concepción puramente procesal de la justicia puede tener sentido sin ningún supuesto en lo concerniente al bien e incluso liberar lo justo de la tutela del bien, en lo que atañe primero a las instituciones y por implicación a los individuos y los estados-nación considerados como individuos.

Anticipándonos a la discusión, permítaseme decir que mi principal objeción consiste en que un sentido moral de la justicia fundado sobre la regla de oro “No hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti” siempre está implícito en la justificación puramente procesal del principio de justicia. Pero se debe entender que esta objeción no equivale a una refutación de la teoría rawlsiana de la justicia, lo cual carecería de interés y sería totalmente ridículo. Al contrario, ella se remite a una suerte de defensa indirecta del primado de este sentido moral de la justicia, en la medida en que la extraordinaria construcción de Rawls recibe su dinámica subyacente del principio mismo que pretende engendrar por su procedimiento puramente contractual. En otras palabras, la circularidad del argumento de Rawls constituye, a mi juicio, un alegato indirecto a favor de la búsqueda de un fundamento ético del concepto de justicia. En consecuencia esta circularidad estará presente a lo largo de mi investigación de la teoría de la justicia de Rawls.

Es evidente que su *Teoría de la justicia* plantea la primacía de lo justo sobre lo bueno, y Rawls lo profesa abiertamente. Ahora es preciso demostrar que la vuelta a la tradición contractualista asegura esta primacía igualando lo justo con un procedimiento específico que se considera *fair*, equitativo.

Es importante señalar al comienzo que toda su teoría está dirigida contra otra versión de la concepción teleológica de la justicia, a saber, el utilitarismo que predominó durante dos siglos en el mundo de lengua inglesa y encuentra sus más elocuentes apologistas en John Stuart Mill y Sedgwick. Este

punto jamás deberá olvidarse en la siguiente discusión. Cuando Rawls habla de un enfoque teleológico, no piensa en Platón o Aristóteles, quienes sólo permiten unas notas a pie de página, sino en la concepción utilitarista de la justicia. El utilitarismo es una doctrina teleológica en la medida en que define la justicia por la maximización del bien para la mayoría. En cuanto a este bien, aplicado a las instituciones, no es más que la extrapolación de un principio de elección construido en el nivel del individuo, según el cual un placer simple, una satisfacción inmediata, se deberían sacrificar al beneficio de un placer o una satisfacción más grandes, aunque distantes. Luego veremos de qué manera el segundo principio de justicia, según Rawls, se opone diametralmente a la versión utilitarista de la justicia: *maximizar la parte mínima* en una situación de reparto desigual; esta regla, que llamaremos regla del *maximin*, difiere totalmente de la regla de maximizar el interés de la mayoría. La primera idea que nos acude a la mente es que hay un abismo ético entre la concepción teleológica del utilitarismo y la concepción deontológica en general: al extraer desde el individuo hacia el todo social, como lo hace el utilitarismo, la noción de sacrificio cobra un giro temible: ya no se *sacrifica* un placer privado sino toda una capa social; el utilitarismo, como sostiene Jean-Pierre Dupuy, un discípulo francés de René Girard, implica tácitamente un principio sacrificial que equivale a legitimar la estrategia del chivo expiatorio. La respuesta kantiana sería que el menos favorecido en una división desigual de las ventajas no debería ser sacrificado, porque es una persona, lo cual equivale a decir que según el principio sacrificial la víctima potencial de la distribución sería tratada como un medio y no como un fin en sí. En cierto sentido, esta es la convicción de Rawls, como procuraré demostrar. Pero si ésta es su convicción, no es su argumentación. Sin embargo, esto es lo que cuenta. El libro entero es un intento de desplazar la cuestión del fundamento hacia una cuestión de acuerdo mutuo, el cual constituye el meollo de toda teoría contractualista de la justicia. La teoría rawlsiana de la justicia es sin duda una teoría deontológica,

en cuanto se opone al enfoque teleológico del utilitarismo, pero es una deontología sin fundamento trascendental. ¿Por qué? Porque la función del contrato social es extraer los contenidos de los principios de la justicia a partir de un procedimiento equitativo (*fair*) sin tener en cuenta ciertos criterios objetivos de lo justo, so pena, según Rawls, de reintroducir en última instancia algunos supuestos concernientes al bien. La finalidad declarada de la *Teoría de la justicia* de Rawls consiste en dar una solución procesal a la cuestión de lo justo. Un procedimiento *equitativo* con miras a un ordenamiento *justo* de las instituciones, he aquí lo que significa el título del primer capítulo: "La justicia como equidad [*fairness*]".

La *equidad* caracteriza en primer lugar el proceso de deliberación que debería conducir a la elección de los principios de justicia preconizados por Rawls, mientras que la *justicia* designa el contenido de los principios escogidos. De esta manera todo el libro procura brindar una versión contractualista de la autonomía kantiana. Para Kant, la ley es aquella que una libertad se daría a sí misma si se sustrajera a la inclinación de los deseos y del placer. Para Rawls, una institución justa sería aquella que una pluralidad de individuos razonables y desinteresados escogerían si pudieran deliberar en una situación equitativa, en otras palabras, una posición cuyas condiciones y limitaciones mostraremos enseguida. Insisto: el libro se propone sustituir una solución fundacional de la cuestión de lo justo por una solución procesal. De allí el giro constructivista, es decir artificialista, que el libro comparte con el resto de la tradición contractualista. Cuando está subordinado al bien, lo justo queda por descubrirse; cuando es engendrado por medios puramente procesales, lo justo queda por construir: no se conoce de antemano; se supone que resulta de la deliberación en condiciones de equidad absoluta. Para dramatizar las apuestas, sugiero que la justicia en cuanto equidad –en cuanto equidad procesal– procura resolver la famosa paradoja del legislador de Rousseau. Leo en el *Contrato social*:

Para descubrir las mejores reglas de sociedad que convienen a las naciones, haría falta una inteligencia superior que viera todas las pasiones de los hombres y que no sintiera ninguna; que no tuviera ninguna relación con nuestra naturaleza y que la conociera a fondo; cuya felicidad fuera independiente de nosotros y que sin embargo quisiera ocuparse de la nuestra; por último, una inteligencia que, en el curso del tiempo se reservara una gloria remota, pudiera trabajar en un siglo y gozar en otro. Para dar leyes a los hombres se necesitarían dioses.²

La justicia en cuanto equidad se puede comprender como la solución *terrenal* de esta paradoja. Esta temible ambición puede explicar la fascinación que el libro de Rawls ha ejercido durante más de veinte años entre sus simpatizantes y adversarios.

Después de esta larga introducción, me propongo presentar las respuestas que Rawls aporta a las tres preguntas siguientes:

1) ¿Qué cosa aseguraría la *equidad* de la situación de deliberación de donde podría resultar un acuerdo concerniente al justo ordenamiento de las instituciones? A esta pregunta corresponde la imagen de la “posición original” y la famosa alegoría que la acompaña, el “velo de ignorancia”.

2) ¿Qué *principios* se escogerían bajo el velo de ignorancia? La respuesta a esta pregunta se encuentra en la des-

² Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, edición de M. Halbwachs, París, Aubier, Editions Montaigne, 1943, libro II, cap. 7, págs. 179-180. Véase también, en la pág. 183: “El que redacta las leyes aún no debe tener derecho legislativo”, o bien: “Una empresa que trasciende la fuerza humana, y para ejecutarla una autoridad que no es nada”. Más adelante, la paradoja se vuelve circularidad: “Sería preciso que el efecto pudiera devenir causa, que el espíritu social que debe ser obra de la institución presidiera la institución misma, y que los hombres fuesen antes de las leyes aquello que deben devenir por intermedio de ellas. Es [pues] una necesidad que [el legislador] recurra a una autoridad de otro orden, que pueda impulsar sin violentar y persuadir sin convencer”. Dada esta dificultad, se impone, según Rousseau (*ibíd.*, pág. 185), la intervención del cielo y de los dioses.

cripción e interpretación de los dos “principios de justicia” y en su ordenamiento correcto.

3) ¿Qué *argumento* podría convencer a las partes deliberantes de escoger unánimemente los principios rawlsianos de la justicia en vez de, digamos, una variante cualquiera del utilitarismo? La respuesta está en el argumento llamado del *maximín*, tomado de la teoría de los juegos y traspuesto al plano económico.

Sólo después de haber presentado del modo más neutro estas tres tesis cardinales nos será permitido regresar a la cuestión filosófica planteada, a saber, en qué medida una concepción puramente procesal de la justicia puede reemplazar un fundamento ético de nuestro sentido sociopolítico de la justicia.

LA POSICIÓN ORIGINAL

Como decíamos, un acuerdo es equitativo si la situación de partida es equitativa. Por ende la justicia comprendida como equidad reposa sobre la equidad de aquello que Rawls denomina la situación o posición original. Hay que decir dos cosas para comenzar. Ante todo, esta situación o posición no es histórica sino hipotética o imaginaria:

Debemos imaginar que quienes se consagran a la cooperación social escogen en conjunto, en un acto común, los principios destinados a asignar los derechos y deberes básicos y determinar el reparto de los beneficios sociales.

En la siguiente sección volveré sobre la concepción subyacente de la justicia social como un proceso o procedimiento de distribución, como lo sugieren los términos asignar y repartir. Aquí pongo el acento sobre “Debemos imaginar”. Ello me conduce a mi segunda observación introductoria: “En la justicia como equidad, la posición original de equidad se corresponde con el estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social”. De hecho, la posición original reempla-

za el estado de naturaleza en la medida en que es una posición de igualdad. Recordemos que en Hobbes el estado de naturaleza se caracterizaba como la guerra de todos contra todos y, como subraya Léo Strauss, como un estado donde cada cual está motivado por el temor a la muerte violenta. Hobbes no enfatiza la justicia sino la seguridad. Rousseau y Kant, sin compartir la pesimista antropología de Hobbes, describen el estado de naturaleza como sin ley, es decir, sin ningún poder de arbitraje entre reivindicaciones opuestas. En cambio, los principios de justicia pueden convertirse en propósito de una elección común sólo si la posición original es equitativa, es decir igualitaria. Sin embargo, sólo puede ser equitativa en una situación puramente hipotética.

El discernimiento de las limitaciones que debe satisfacer la condición original, para ser tenida por igualitaria en todos sus aspectos, exige una gran medida de especulación, y encuentra en la fábula del “velo de ignorancia” –a la cual Rawls debe gran parte de su popularidad– un apoyo intuitivo.

La idea es la siguiente:

Uno de los rasgos esenciales de esta situación es que nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición de clase ni su status social; nadie conoce tampoco su fortuna en la distribución de los bienes naturales, su inteligencia, su fuerza y cosas similares. Admito incluso que las partes no conocen su concepción del bien ni su tendencia psicológica particular.

Podríamos pensar que este estado imaginario de ignorancia reintroduce algo equivalente a la voluntad trascendental según Kant, la cual es igualmente independiente de todo fundamento empírico y en consecuencia de toda referencia a los fines y los valores: en síntesis, está despojada de toda implicación teleológica. Pero esta asimilación es falaz. El sujeto según Rawls tiene intereses terrenales pero no sabe cuáles serán. Se podría hablar de una posición filosófica intermedia entre el trascendentalismo y el empirismo, lo cual no contribuye a afinar la descripción exacta de lo que Rawls

entiende por posición original. Esta opacidad se refleja principalmente en las respuestas que da Rawls a la pregunta de qué *deben conocer* los individuos bajo el velo de ignorancia para que su elección verse sobre las cosas realmente terrenales, es decir, no sólo los derechos y los deberes sino el reparto de los beneficios sociales. En otras palabras, en la medida en que la elección girará sobre intereses en conflicto, los participantes situados bajo el velo de ignorancia deben tener conocimiento de qué significa “estar interesado”. Hay, en efecto, un problema de justicia, dado que está en juego un reparto apropiado de las *ventajas* sociales. Los participantes, pues, no sólo deben ser personas libres y racionales, sino personas cuidadosas de promover sus propios intereses. De ahí la primera restricción que se impone a la posición inicial, a saber que cada participante tenga suficiente conocimiento de la psicología general de la humanidad, en lo que concierne a las pasiones y motivaciones fundamentales. Rawls reconoce sin ambages que su antropología filosófica está muy cerca de la que expone Hume en el *Tratado de la naturaleza humana* (libro III), en lo que concierne a necesidades, intereses, fines, reivindicaciones conflictivas, incluidos “los intereses de un sí-mismo que considera su concepción del bien como digna de reconocimiento y que plantea reivindicaciones a su favor como merecedoras de satisfacción”. Rawls denomina “circunstancias de la justicia” a estas restricciones (§ 22).

En segundo lugar, los participantes deben saber aquello que todo ser razonable presuntamente desea poseer, léase los *bienes sociales primarios* sin los cuales el ejercicio de la libertad sería una reivindicación vacía. En este sentido es importante señalar que el *respeto por sí mismo* pertenece a esta lista de bienes primarios. De esta manera un enfoque puramente deontológico de la noción de lo justo no está exento de consideraciones teleológicas, pues las mismas ya están presentes en la situación original (§ 15: “Los bienes sociales primarios como bases de expectativa”). En la situación original, los individuos no saben cuál será su propia concepción del

bien, pero saben que los humanos prefieren tener más bienes sociales primarios y no menos.

En tercer lugar, habiendo una elección entre diversas concepciones de la justicia, los participantes que deliberan detrás del velo de ignorancia deben tener una información conveniente sobre los principios de justicia en competencia. Deben conocer los argumentos utilitaristas e, irónicamente, deben conocer los principios rawlsianos de la justicia, pues la elección no es entre particulares sino entre concepciones globales de la justicia. Por eso, en la obra de Rawls, los principios de justicia se describen e interpretan *antes* del tratamiento temático de la posición original (en la parte *crítica* de esta presentación volveremos al problema que yo denomino *orden de las razones*). Las posibilidades abiertas a las personas en la posición original se deben presentar en detalle y con todas sus aplicaciones (§ 21, “La presentación de las posibilidades”). El contrato consiste precisamente en dar un rango a las posibles teorías de la justicia (*ranking options*).

Esto no es todo: Rawls desea añadir además lo que él denomina “restricciones formales del concepto de lo justo”, es decir, las restricciones que valen para la elección de todo principio ético y no sólo para los de justicia. La *publicidad* es la más importante. Luego veremos que el utilitarismo no tolera esta transparencia, pues el principio sacrificial que implica debe permanecer oculto en vez de ser publicado. Todos los participantes deben ser iguales en información, y por ello la presentación de las opciones de las argumentaciones debe ser pública. Otra restricción es aquello que Rawls denomina la *estabilidad* del contrato, es decir, la anticipación de que tendrá vigencia en la vida real, al margen de las circunstancias predominantes.³

En síntesis:

- a) El velo de ignorancia tiene un propósito básico, a saber, “ejecutar un procedimiento igualitario tal que todos los

³ En el artículo consagrado a los artículos publicados por Rawls después de *Teoría de la justicia*, veremos que esta exigencia de *estabilidad* ha permitido ulteriores desarrollos de la teoría.

principios sobre los cuales nos ponemos de acuerdo sean justos. La meta consiste en emplear la noción de justicia procesal como base de la teoría". Este lazo entre la imagen del velo de ignorancia y la búsqueda de una concepción puramente procesal de la justicia no debe subestimarse. La justicia procesal constituye una alternativa ante la justicia sustantiva reglamentada por supuestos compartidos concernientes al bien común.

b) La justicia procesal es justicia en la medida en que detrás del velo de ignorancia se anulen *los efectos de contingencia específica*. El velo de ignorancia asegura la equidad de la situación inicial.

c) Luego el argumento continúa: "Dado que las diferencias entre las partes son ignoradas por ellas y que cada cual es igualmente racional y está situado de manera similar, cada cual es convencido por el mismo argumento". E incluso: "Si alguien, tras reflexionar, prefiere una concepción de la justicia a otra, entonces todos lo hacen, y se puede alcanzar un acuerdo unánime".

Resumiendo: en la situación original, la ecuación entre "todos" y "cada cual" es perfecta.

¿QUE PRINCIPIOS DE JUSTICIA SE ESCOGERIAN BAJO EL VELO DE IGNORANCIA?

Antes de examinar en detalle la formulación precisa de los dos principios de justicia, hagamos dos observaciones generales concernientes al "sujeto de la justicia".

Primera observación: la justicia no es desde un principio una virtud intersubjetiva, una virtud que rige las relaciones bilaterales, sino las instituciones: "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, tal como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento". Este primer aserto parece concordar más con el concepto platónico de la justicia que con

el aristotélico. La justicia es la virtud del todo (*República*, Libro IV). En cambio, en la *Etica nicomaquea*, Libro V, Aristóteles sostiene que la justicia distributiva es una justicia particular o parcial en relación con la justicia en general, que no es sino la obediencia a las leyes de la ciudad. ¿Por qué parcial o particular? Ante todo, porque está ligada a una situación específica, la de la distribución o reparto de bienes, honores y beneficios. Por otra parte, la clase de igualdad propia de la justicia no es la igualdad aritmética sino la igualdad proporcional, es decir, la igualdad entre las relaciones de participantes y de partes, y la relación de un participante con una parte debe ser igual a la relación de otro participante con otra parte. De esta manera, dado que Platón parece más holístico que Aristóteles, Rawls parece continuar más a Platón que Aristóteles. Pero nuestra segunda observación corregirá esta conclusión: la concepción rawlsiana de la justicia es holística y distributiva a la vez. Rawls se une a Aristóteles sin traicionar a Platón. La cita que sigue explica lo que intento sugerir:

El sujeto primario de la justicia es la estructura de base de la sociedad, o más exactamente el modo en que las instituciones sociales principales *distribuyen* los derechos y los deberes fundamentales y determinan el reparto de los beneficios de la cooperación social.

Así, el sistema social es primariamente un proceso de distribución: distribución de funciones, de categorías, de ventajas y desventajas, de beneficios y cargos, de obligaciones y deberes. Los individuos son partícipes: toman parte, puesto que la sociedad distribuye partes. Esta concepción de la sociedad como proceso distributivo permite superar la oposición clásica entre una concepción holística de la sociedad, tal como la de Durkheim, y el individualismo epistemológico de Max Weber. Si esta oposición tuviera algún valor, habría una contradicción evidente entre la pretensión de que el sujeto primario de la justicia sea la estructura básica de la sociedad y el intento de hacer derivar las reglas básicas de

la sociedad de un contrato. En la medida en que la sociedad es “una aventura cooperativa que procura la ventaja mutua”, es preciso representársela como un todo irreducible y también como un sistema de interrelaciones entre los individuos. La justicia se puede considerar entonces la virtud de las instituciones, pero de instituciones que procuran promover el bien de quienes forman parte de ellas. Formar parte no es un rasgo marginal, pues las instituciones tienen una función distributiva y además los individuos se definen como copartícipes o socios (*partners*). Por eso la elección racional se debe hacer en común, en la perspectiva de un acuerdo final sobre la mejor manera de gobernar la sociedad. Ello explica también en qué sentido la justicia en cuanto justicia distributiva pude de tener por sujeto primario la estructura básica de la sociedad: esta estructura básica es en sí misma un fenómeno de distribución (ello resta validez a las objeciones de R. P. Wolff,⁴ que interpreta erróneamente la distribución como un fenómeno puramente económico opuesto a la producción, en un estilo cuasimarxista). Por otra parte, en la medida en que la sociedad, en cuanto sistema, es un fenómeno de distribución, es por ello mismo un fenómeno problemático, un campo de opciones posibles: dado que hay varias maneras de distribuir, de repartir ventajas y desventajas, la sociedad es desde un principio un fenómeno consensual-conflictivo: por una parte toda asignación puede ser objetada, especialmente, como veremos, en el contexto de un reparto desigual; por la otra, una distribución estable requiere un consenso concerniente a los procedimientos destinados a arbitrar entre reivindicaciones confluyentes. Los principios de justicia que ahora examinaremos giran precisamente en torno de esta situación problemática engendrada por la exigencia de un reparto equitativo y estable.

Dicho esto, ahora podemos considerar los dos principios de la justicia.

⁴ R. P. Wolff, *Understanding Rawls*, Princeton, Princeton University Press, 1977.

Dejo de lado la formulación definitiva y completa que resulta de la demostración compleja que será objeto de la tercera parte de mi demostración. Cito a Rawls (pág. 9):

La primera presentación de los dos principios es la siguiente: en primer lugar, cada persona debe tener un derecho igual al sistema más extendido de libertades básicas iguales para todos que sea compatible con el mismo sistema para los demás. En segundo lugar, las desigualdades sociales y económicas deben estar organizadas de tal modo que a) podamos acomodarnos razonablemente a las ventajas de cada cual y b) que estén asociadas con posiciones y funciones abiertas para todos.

El primer principio asegura pues las libertades iguales de la ciudadanía (libertad de expresión, de reunión, de voto, de elegibilidad en las funciones públicas). El segundo principio se aplica a una condición de desigualdad y plantea que ciertas desigualdades se deben considerar preferibles incluso a un reparto igualitario. Leo:

El segundo principio se aplica, en la primera aproximación, al reparto de ingresos y de la riqueza y a los grandes lineamientos de las organizaciones que utilizan *diferencias* de autoridad y de responsabilidad. [De ahí el nombre, principio de diferencia.] Si el reparto de la riqueza y de los ingresos no requiere ser igualado, debe ser para beneficio de cada cual y, al mismo tiempo, las posiciones de autoridad y responsabilidad deben ser accesibles para todos. Se aplica el segundo principio en lo concerniente a las posiciones abiertas y luego, respetando esta restricción, organizamos las desigualdades económicas y sociales de modo que cada cual se beneficie. (Pág. 92.)

Tan importante como el contenido de estos principios es la regla de prioridad que los une. Rawls habla aquí de orden serial:

Estos principios deben estar dispuestos según un orden léxico, el primero siendo anterior al segundo. Este orden significa que los atentados contra las libertades básicas iguales para todos, las cuales están protegidas por el primer principio, no se pueden justificar ni compensar con ventajas sociales o económicas más grandes. (Pág. 92.)

La idea de orden léxico está tan reñida con el marxismo como con el utilitarismo. Rawls dice que este orden es léxico o lexicográfico por una razón sencilla: en un diccionario, la primera letra es léxicamente primera, en el sentido de que ninguna compensación en el nivel de las letras ulteriores podrá borrar el efecto negativo que resultaría de la sustitución de esta primera letra por cualquier otra; esta imposible sustitución da a la primera letra un peso infinito. No obstante, el orden siguiente no está desprovisto de peso, porque las letras siguientes hacen la diferencia entre dos palabras que tienen el mismo comienzo. El orden léxico da a todos los constituyentes un peso específico sin volverlos mutuamente reemplazables. Aplicado a la teoría de la justicia: ninguna pérdida de libertad, sea cual fuere su grado, puede ser compensada por un crecimiento de eficacia económica. No se alcanza el bienestar a expensas de la libertad. Los comentaristas que se han concentrado en el segundo principio fuera del orden léxico se han equivocado gravemente; el orden léxico no opera solamente entre los dos principios sino entre las dos partes del segundo principio. Los menos favorecidos en lo económico se deben considerar léxicamente prioritarios en cuanto todos los demás particulares. Es lo que Jean-Pierre Dupuy denomina la implicación antisacrificial del principio de Rawls. El que podría ser la víctima no debe ser sacrificado con miras al bien común.

¿Pero por qué dos principios y no sólo uno, un principio igualitario y un principio no igualitario? Porque en el nivel económico la suma total a distribuir no está fijada de antemano, sino que depende del modo en que se reparta.

Las diferencias de productividad derivan del modo en que está ordenada la distribución. En un sistema de igualdad aritmética, la productividad podría ser tan baja que atentaría contra el menos favorecido. Existe un grado en que la transferencia social se vuelve contraproducente. En ese momento entra en juego el principio de diferencia. Rawls se encuentra así atrapado entre dos grupos de adversarios. A la derecha, es acusado de igualitarismo (prioridad absoluta a los más desfavorecidos). A la izquierda, es acusado de legitimar la desigualdad. Al primer grupo Rawls responde: en una situación de desigualdad arbitraria las ventajas de los más favorecidos estarían amenazadas por la resistencia de los pobres o simplemente por la falta de cooperación de su parte. Al segundo grupo: una solución más igualitaria sería rechazada unánimemente porque todos serían perdedores. El principio de diferencia selecciona la situación más igualitaria compatible con la regla de unanimidad.

Este último aserto conduce a una tercera pregunta: ¿por qué los socios colocados bajo el velo de ignorancia preferirían estos principios en su orden léxico en vez de cualquier versión del utilitarismo? Es aquí donde la implicación antisacrificial de la teoría rawlsiana de la justicia pasa al primer plano, y también aquí que mi propio argumento encuentra su punto de partida.

EL ARGUMENTO

El argumento concierne principalmente al principio de diferencia. Tomado de la teoría de la decisión en un contexto de incertidumbre, este argumento se designa con el término de *maximín*: los socios o copartícipes escogerían el orden que maximice la parte mínima; aquí es difícil no trasponer a la situación original una psicología individual, digamos la del jugador de póquer; pero ello no es posible, porque la psicología privada es precisamente aquello que cada socio ignora.

La única motivación que queda en la situación original es la de los socios comprometidos a respetar un contrato cuyos términos se hayan definido públicamente y se hayan aceptado unánimemente: el contrato engendra lazos y el compromiso restrictivo. Nadie se comprometerá si duda de su capacidad para cumplir la promesa. Más aún, el acuerdo debe ser definitivo y su objeto es nada menos que la estructura básica de la sociedad. Si dos concepciones de la justicia están en conflicto, y si una de ellas posibilita una situación que alguien podría no aceptar mientras que la otra excluiría esta posibilidad, prevalecerá la segunda. Todo el intento de Rawls gira en torno de la demostración de que, en la hipótesis utilitarista, el que tiene la posición menos favorecida es la víctima sacrificial, mientras que la concepción de la justicia aquí defendida sería la única en convertirlo en socio igual. Ello basta para probar la superioridad de la segunda tesis.

Este punto se puede demostrar sin asumir todas las complejidades del argumento del *maximín*. En una sociedad que profesara públicamente los principios de Rawls, el menos favorecido sabría que su posición obtiene la máxima ventaja de las desigualdades que percibe. Las desigualdades menos importantes lo victimizarían aún más. En cuanto al más favorecido, que parece estar menos favorecido que sus semejantes en todas las sociedades conocidas, quedaría convencido por el argumento según el cual su pérdida relativa, comparada con la posición más favorable que le aseguraría una distribución menos equitativa, sería compensada por la cooperación de sus socios, sin la cual el privilegio relativo de los mismos quedaría amenazado. En cambio, en una sociedad que se declarase públicamente utilitarista, los menos favorecidos estarían en una situación muy diferente. Se les pediría que considerasen el bienestar más elevado del conjunto como razón suficiente para legitimar su infortunio. Tendrían que aceptar verse a sí mismos y ser vistos por los demás como el chivo emisario del sistema. De hecho la situación sería peor; un sistema cínicamente utilitarista es incapaz de satisfacer la regla de la publicidad. El principio sacrificial implícito

en el utilitarismo debe permanecer oculto para ser eficaz. Es una razón más para rechazar la concepción utilitarista de la justicia en la situación originaria.

DISCUSION

Ahora puedo volver sobre mi pregunta inicial. ¿Se puede sustituir el fundamento ético de la justicia por una concepción puramente procesal? A fin de cuentas, es el eje de toda teoría contractualista de la justicia.

Mi tesis es que una concepción procesal de la justicia brinda a lo sumo una racionalización de un sentido de la justicia que siempre se da por supuesto. Con este argumento no pretendo refutar a Rawls, sino sólo desarrollar los supuestos que me parecen inevitables. Procederé en tres etapas.

1. Consideremos ante todo el “orden de las razones” seguido por la obra de Rawls (por emplear la expresión cartesiana). A mi juicio, lo que prevalece en el conjunto de la obra no es un orden *léxico*, tal como el que opera entre los principios de justicia, sino un orden *circular* que a mi entender es característico de toda reflexión ética. El lector puede sorprenderse de que los principios de justicia se definan e incluso se desarrolleen (§ 11-12) antes del examen de las circunstancias de la elección (§ 20-25), y en consecuencia antes del tratamiento temático del velo de ignorancia (§ 24) y, de manera más significativa, antes de la demostración de que estos principios sean los únicos racionales (§ 26-30). Ello no impide que Rawls caracterice de antemano los dos principios de justicia como los que serían escogidos en la situación originaria. De hecho, a partir del párrafo 3, Rawls afirma que los principios de justicia son

los principios que las personas libres y racionales, preocupadas por promover su propio interés, aceptarían en una posición inicial de igualdad, definiendo los términos fundamentales de su asociación.

De esta manera la teoría se plantea como un todo, independientemente de todo orden realmente serial que conlleve la formulación de los dos principios, la situación originaria, el velo de ignorancia y la elección racional. Sin esta anticipación, no podríamos identificar la justicia como equidad:

La posición originaria es, podríamos decir, el *statu quo* inicial apropiado y así el acuerdo fundamental alcanzado es equitativo.

Ello explica la conveniencia del título del primer capítulo: "La justicia como equidad". Así se introduce la idea de que "los principios de justicia son aceptados en una situación inicial que es en sí misma equitativa". No sólo se debe anticipar el criterio de la situación original, sino también sus características principales, a saber, la idea de que los socios tienen intereses, pero no saben cuáles, y "no tienen interés en los intereses mutuos".

Tal es el extraño estado del "orden de las razones". Por una parte, los principios de justicia son ampliamente definidos e interpretados antes que se demuestre que estos principios son los que se escogerían en la situación originaria; por otra parte, el acuerdo originario debe ser anticipado para que la formulación de los dos principios adquiera cierta pertinencia. Rawls mismo señala esta circularidad; cuando introduce por primera vez los principios de justicia, observa:

Ahora presentaré, bajo una forma provisoria, los dos principios de justicia sobre los cuales se establecería un acuerdo en la posición original. La primera formulación de estos principios es un simple esbozo. En su momento, examinaré varias formulaciones y haré aproximaciones sucesivas a la presentación final, la cual se debe hacer mucho más tarde. Creo que este método permite que la exposición se desarrolle de modo natural. (Pág. 91.)

Interpreto así esta declaración: antes del argumento del "maximín", la definición de la justicia es sólo exploratoria; des-

pués del argumento del “maximín”, es definitiva. En consecuencia, no encaramos una argumentación lineal sino una clasificación progresiva de la comprensión apriorística de aquello que significa la justicia.

2. Esta primera consideración extraída de la disposición formal del argumento conduce al argumento principal, a saber, que la definición procesal de la justicia no constituye una teoría independiente, sino que reposa en una comprensión apriorística que nos permite definir e interpretar los dos principios de la justicia antes que podamos demostrar –siempre que alguna vez lo hagamos– que dichos principios serían escogidos en la situación original, es decir, sin el velo de ignorancia. Allí estará el segundo estadio de mi argumentación.

Mi objeción parece desafiar a toda la escuela contractualista, para la cual la dimensión procesal debe ser independiente de todo supuesto concerniente al bien en un enfoque teleológico del concepto de justicia o incluso concerniente a lo justo en una versión trascendental de la deontología. En este sentido todo el desarrollo de *Teoría de la justicia* se puede comprender como un gigantesco esfuerzo para garantizar la autonomía de los dos momentos del argumento, a saber, la teoría de la situación original y el motivo para escoger los dos principios en vez de una versión utilitarista de la justicia. Mi tesis es que la circularidad prevalece sobre la linealidad reivindicada por la teoría de la justicia a favor de la autonomía del núcleo teórico de la obra.

a) Examinemos la situación original: todos los constraintamientos que la definen están construidos como un experimento mental y crean una situación totalmente hipotética sin raíces en la historia ni en la experiencia, pero están imaginados de tal manera que satisfacen la idea de equidad que opera como condición trascendental de todo el desarrollo procesal. ¿Qué es la equidad sino la igualdad de los socios enfrentados a las exigencias de un juicio racional? ¿No es en el sentido del *isotés* según Isócrates y Aristóteles, que a su vez implica el respeto del otro como socio igual en el proceso procesal?

b) La suposición de que un principio moral rige la construcción aparentemente artificial está confirmada por el papel que desempeña el argumento del “maximín” en toda la demostración. Rawls parece querer decir que la regla del “maximín” en cuanto tal brinda un fundamento independiente para la elección de los dos principios de justicia por encima del concepto utilitarista de la justicia. Presenta el argumento como un procedimiento heurístico que permite concebir los dos principios como la solución “maximín” del problema de la justicia social. Según Rawls habría una analogía entre los dos principios y la regla del “maximín” para toda elección dentro de una situación de incertidumbre. A primera vista, el argumento tiene una apariencia puramente racional, dando una conclusión ética a premisas no éticas. Pero, si examinamos con mayor atención el argumento decisivo que se dirige contra el utilitarismo, a saber, que es preciso estar dispuestos a sacrificar a algunos individuos o grupos desfavorecidos si el bien de la mayoría lo requiere, no podemos dejar de pensar que tenemos allí un argumento ético disfrazado de argumento técnico, tomado de la teoría de la decisión en su forma más elemental, la teoría de los juegos, donde hay ganadores y perdedores desprovistos de toda preocupación ética. El vicio del utilitarismo consiste precisamente en la extrapolación del individuo a la sociedad. Una cosa es decir que un individuo debe sacrificar un placer inmediato e ínfimo con miras a un placer ulterior mayor, y otra cosa es decir que la satisfacción de una minoría queda supeditada a la satisfacción de la mayoría. Asimismo, el orden léxico entre el primero y el segundo principio y la regla del “maximín” atentan contra la legitimidad de esta extrapolación del individuo a la sociedad tomada como un todo. Me parece que se trata de un argumento moral. Está dirigido contra aquello que denomino, con Jean-Pierre Dupuy, el principio sacrificial, que recurre a la lógica del chivo emisario. Lo considero un argumento moral y, más aún, un argumento de tipo kantiano: según el principio sacrificial, algunos individuos son tratados como medios y no como fines en sí mismos en la segunda formulación del im-

perativo categórico y, además, en la regla de oro “No hagas a tu prójimo lo que odiarías que te hagan”. He señalado además que la regla de oro tiene la ventaja, sobre la formulación kantiana, de tener en cuenta la referencia a ciertos bienes. Es lo que sucede en Rawls, que se distancia de Kant precisamente en este punto: detrás del velo de ignorancia los socios saben que los seres humanos tienen intereses. Sólo ignoran cuáles son los suyos en la vida real.

Esta interpretación de la regla del “maximín” como argumento tácitamente ético se podía anticipar desde el comienzo del libro. Leemos en la primera página:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, tal como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Por elegante y económica que sea una teoría, se debe rechazar o revisar si no es verdadera; asimismo, por eficaces y organizadas que sean las instituciones y las leyes, deben ser reformadas o abolidas si son injustas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia, la cual no se puede transgredir ni siquiera en nombre del bienestar del conjunto de la sociedad. Por esta razón la justicia prohíbe que la pérdida de libertad de algunos se pueda justificar por la obtención de un bien mayor para otros.

Después de leer estas líneas, podemos preguntarnos cómo es posible sostener a la vez el reconocimiento de un supuesto ético y el intento de liberar la definición procesal de la justicia de todo supuesto concerniente al bien e incluso a lo justo. ¿Existe alguna mediación entre lo que yo llamaría, por ser breve, tendencia *ética* y tendencia puramente *procesal* de la teoría rawlsiana de la justicia? Esta pregunta me conduce al tercer estadio de mi discusión.

3. Esta mediación entre el supuesto ético de la teoría de la justicia tomada en conjunto y el argumento puramente técnico del “maximín” es sugerida por Rawls mismo en el párrafo 4, cuando introduce por primera vez la noción de posición original. Tras haber dicho que es preciso definir los principios de justicia como

aquellos a los cuales consentirían personas racionales en posición de igualdad y preocupadas por promover sus intereses, ignorando las ventajas o desventajas debidas a contingencias naturales o sociales (§ 46).

Rawls hace la siguiente declaración:

No obstante, podemos justificar de otra manera una descripción particular de la posición original. Se trata de ver si los principios que escogeríamos se corresponden con nuestras convicciones sopesadas acerca de qué es la justicia, o si las prolongan de manera aceptable. (Ibíd.)

Detengámonos un instante en esta noción, “convicciones sopesadas” (*considered convictions*). Ellas resumen la comprensión previa que Rawls denomina “intuitiva”, a saber los juicios morales “en los cuales tenemos la mayor confianza” (ibíd). ¿Acaso estas convicciones sopesadas no están arraigadas, en última instancia, en el sentido de la justicia equivalente a la regla de oro aplicada a instituciones y ya no a individuos, en una relación cara a cara, e incluso a las instituciones consideradas desde el punto de vista de sus funciones distributivas? De hecho, nuestro sentido de la injusticia es comúnmente más fiable que nuestro sentido de la justicia; por ejemplo, dice Rawls:

No ponemos en duda que la intolerancia religiosa y la discriminación racial son injustas. (Ibíd.)

A propósito de esto, R. J. Lucas comienza su excelente libro sobre la justicia⁵ con un capítulo titulado “¡Injusto!” El grito de injusticia es el grito de la víctima, de esa víctima que el utilitarismo está dispuesto a sacrificar en aras del interés general. Aun así, si nuestro sentido de la injusticia es comúnmente atinado,

⁵ R. J. Lucas, *On justice*, Oxford, Oxford University Press, 1966.

tenemos mucha menos certeza cuando se trata de ver cómo repartir correctamente la riqueza y la autoridad. Entonces debemos buscar un medio para disipar nuestras dudas. (Ibíd.)

Es aquí donde se sitúan los argumentos racionales. Pero éstos no pueden sustituir las convicciones sopesadas:

Podemos [...] verificar el valor de una interpretación de la situación inicial por la capacidad de los principios que la caracterizan para corresponderse con nuestras convicciones sopesadas y brindarnos un hilo conductor, cuando sea necesario. (§ 46.)

Incluso podemos decir que el orden léxico de los dos principios de justicia está implícito en el nivel de las convicciones sopesadas:

Parece pues razonable y generalmente aceptable que nadie debe ser favorecido o desfavorecido por la intervención del azar, de la naturaleza o de las circunstancias sociales en la elección de estos principios. (§ 45.)

Todo el aparato de la argumentación se puede considerar así como una racionalización progresiva de estas convicciones, cuando las mismas están contaminadas por el prejuicio o debilitadas por la duda. Rawls da un nombre a este mutuo ajuste entre convicción y teoría:

Por un proceso de ajuste, cambiando a veces las condiciones de las circunstancias del contrato, en otros casos retirando juicios y adaptándolos a los principios, presumo que terminaremos por hallar una descripción de la situación inicial que al mismo tiempo exprese requisitos razonables y conduzca a principios acordes con nuestros juicios sopesados, debidamente podados y retocados. Llamo a este estado final de equilibrio reflexivo [*reflective equilibrium*]. (§ 47.)

Se puede hablar de equilibrio porque nuestros principios y nuestros juicios terminan por coincidir, y es resultado de la reflexión porque sabemos a cuáles principios se conforman nuestros juicios y porque conocemos las premisas de sus derivaciones (*ibíd.*). El libro entero se puede considerar como la búsqueda de este equilibrio reflexivo. Pero, si comprendo bien el curso de la argumentación, la circularidad que se refleja en la búsqueda de equilibrio parece suponer una amenaza similar por parte de las fuerzas centrífugas ejercidas por la hipótesis contractualista. Al principio de esta presentación destacábamos la tendencia constructivista, y también artificiista, de la teoría de la posición original y del argumento del “maximín” a favor del principio de diferencia. ¿Podemos preservar la relación de ajuste (*fitness*) entre teoría y convicción y la autonomía total del argumento a favor de los dos principios de justicia? Tal es la ambivalencia que a mi entender prevalece en la teoría rawlsiana de la justicia. Ella quisiera vencer en los dos terrenos, satisfaciendo el principio del equilibrio reflexivo al tiempo que construye un argumento autónomo introducido por el curso hipotético de la reflexión. Ello explica la aparente discordancia entre las declaraciones del principio, que atribuyen una función reguladora a las convicciones sopesadas, y el contundente alegato posterior a favor de un argumento independiente, del tipo de la regla del “maximín”. Quizá sea el lastre de toda teoría contractualista inferir de un procedimiento convenido por todos aquellos principios de justicia que, paradójicamente, ya motivan la busca de una argumentación independiente.

Esta ambigüedad concierne en última instancia al papel de los argumentos racionales en ética. ¿Pueden sustituir las convicciones previas en aras de la invención de una situación hipotética de deliberación, o su función es aclarar críticamente aquellas convicciones previas? Rawls, a mi entender, se esfuerza *to have the best of both worlds*, pues pretende construir una concepción puramente procesal de la justicia sin perder la seguridad que ofrece el equilibrio reflexivo entre convicción y teoría. Por mi parte, diría que nuestra compren-

sión apriorística de lo injusto y lo justo garantiza el enfoque deontológico del argumento que se autodenomina autónomo, comprendida la regla del “maximín”. Fuera del contexto de la regla de oro, la regla del “maximín” sería un argumento puramente prudencial, característico de toda transacción. Ni el enfoque deontológico ni la dimensión histórica del sentido de la justicia son simplemente intuitivos, sino que derivan de una larga *Bildung* surgida de la tradición judeocristiana y grecoromana. Separada de esta historia cultural, la regla del “maximín” perdería su caracterización ética. En vez de ser cuasieconómica, es decir análoga a un argumento económico, derivaría hacia un argumento seudoeconómico, una vez privada de su arraigo en nuestras convicciones sopesadas.

Pero esta primera sugerencia acerca del status epistemológico de los argumentos racionales en ética no tiene sentido sino en conjunción con la segunda. No podemos prescindir de una evaluación crítica de nuestro presunto sentido de la justicia. La tarea consistiría en discernir qué componentes o aspectos de nuestras convicciones sopesadas requieren una erradicación continua de los prejuicios creados por las tendencias ideológicas. Este trabajo crítico tendría como primer campo de aplicación los prejuicios que se ocultan bajo aquello que los moralistas han llamado “premisas especificadoras”, por ejemplo, la restricción del principio de justicia que durante siglos permitió que los esclavos no se clasificaran como seres humanos. Alguien se preguntará si no es pura utopía confiar en la capacidad de los ciudadanos comunes o en la racionalidad, es decir, en su aptitud para ponerse en lugar del otro, o incluso trascender su lugar. Pero, sin este acto de confianza, la fábula filosófica de la posición original sólo sería una hipótesis increíble y no pertinente. Tenemos una razón suplementaria para pensar que esta superación de los prejuicios y esta apertura a la crítica son posibles. Dicha razón procede de aquello que hemos dicho al principio sobre el carácter problemático de una sociedad definida en términos de su función distributiva. Tal sociedad es por principio abierta a una variedad de arreglos institucionales posibles. La

justicia no puede ser sino distributiva y exige un modo de razonamiento muy refinado, como el que inició Aristóteles al distinguir entre igualdad aritmética y proporcional.

Para concluir, en la expresión “convicciones sopesadas”, el epíteto “sopesadas” tiene tanto peso como el sustantivo “convicciones”. En este contexto, *sopesado* significa abierto a la crítica del otro o, como dirían K. O. Apel y J. Habermas, sometido a la regla de la argumentación.

DESPUES DE TEORIA DE LA JUSTICIA, DE JOHN RAWLS

En 1957 apareció el primer texto de John Rawls expresamente titulado “Justice as Fairness”. En torno de este núcleo se constituye, capa sobre capa, el grueso volumen titulado *A Theory of Justice*, publicado en Harvard en 1971. Durante el decenio siguiente, el autor enfrenta críticas dirigidas a una obra que suscita una intensa discusión en todo el mundo. En 1980 comienza una nueva serie de artículos, procurando no revisar la definición de los principios de justicia enunciados en el *opus princeps*, ni la argumentación según la cual estos principios serían escogidos por encima de otros en una situación que en sí se caracterizaría por su *fairness*. La revisión afecta únicamente el campo de aplicación y los medios de ejecución de una teoría que en lo esencial no sufre cambios. Podemos pues, sin temor, considerar que *Teoría de la justicia* es canónica. No obstante, no podemos leerlo veinticinco años después sin estar atentos a los puntos de la doctrina que han sufrido la clase de autocritica que mencionaremos más adelante. El objetivo de John Rawls en su *Teoría de la justicia* era, como él recuerda en 1992 en el prefacio a la traducción francesa de sus escritos posteriores

generalizar y llevar a un grado más alto de abstracción la doctrina tradicional del contrato social.¹

No cuestionaremos la segunda parte de esta proposición, sino la primera. En las primeras líneas de la obra de 1971 se dice que

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, tal como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.²

Más precisamente, su objetivo es la “estructura básica de la sociedad”, es decir no las instituciones particulares o las interacciones que acontecen en situaciones singulares, sino la participación de las principales instituciones sociales en un sistema único que asigna derechos y deberes fundamentales y estructura la repartición de ventajas y de cargas que resultan de la cooperación social. Dadas las críticas hechas a Rawls, sobre todo por políticólogos que escriben en la Europa continental, es importante subrayar desde un principio que el lazo social que Rawls considera fundamental se debe caracterizar por la *cooperación* y no por la *dominación*. Esto reviste importancia para la interpretación de la tesis de 1985, que caracteriza como política la teoría de la justicia. Pero en su momento veremos a qué se opone el epíteto político. La “estructura básica” es así sinónimo de “esquema de cooperación”: por su estructura y su finalidad, las instituciones que confluyen en la estructura básica participan en “una aventura de cooperación orientada hacia la ventaja mutua”. Se puede considerar la justicia como la mayor virtud de estas estructuras, y se admite que lo fundamental es la instauración de una mancomunidad entre los individuos afectados. Esto es lo que Rawls tiene en común con la tradición contractualista: por

¹ John Rawls, *Justice et démocratie*, París, Seuil, 1993, pág. 8.

² El autor cita la traducción francesa: *Théorie de la justice* (1971), París, Seuil, 1987, pág. 29.

medio del contrato, la sociedad es tratada como un fenómeno congregacionalista y mutualista. Este supuesto fundamental tiene la ventaja, desde el punto de vista epistemológico, de excluir la alternativa entre un holismo a la Durkheim o un individualismo metodológico a la Weber. Como el sistema social se caracteriza en principio como un proceso de distribución de derechos y deberes, de ventajas y de cargas, se puede decir indiferentemente que la estructura de base distribuye partes o que los individuos afectados toman parte en la distribución; en *Teoría de la justicia*, pues, no hay rastros del debate que durante largo tiempo dominó las ciencias sociales en la Europa continental.

|

Dicho esto, ¿en qué contribuye *Teoría de la justicia* a llevar a un grado de abstracción más elevado la tradicional doctrina del contrato social? En el parágrafo 3, titulado “La idea principal de la teoría de la justicia”, los principios de justicia (pues veremos que son dos y que el segundo se divide a su vez en dos subprincipios) no son sino

personas libres y racionales, deseosas de favorecer sus propios intereses y situadas en una posición inicial de igualdad aceptarían y que definirían los términos fundamentales de su asociación. (Pág. 37.)

Esta referencia de la justicia de los principios nacidos de la deliberación en la *fairness* de aquello que luego se llamará “situación original” explica el título del primer capítulo, “Justice as Fairness”. La *fairness* caracteriza la elección definitiva porque caracteriza la situación inicial. La elección de los principios de justicia es *fair* si la situación original lo es (“los principios de justicia nacen de un acuerdo pactado en una situación inicial que en sí es *fair*”, pág. 39). La ficción de la situación original lleva también todo el peso de la demostración ulterior. Este rasgo es clásico en la tradición contractua-

lista. Antes de decir aquello que los socios saben o no en la situación original, es importante subrayar la orientación procesal de toda la empresa de demostración impuesta por esta remisión a la situación original. Se ponen entre paréntesis las concepciones rivales del “buen vivir” que caracteriza las doctrinas teleológicas y, entre ellas, la versión teleológica predominante en el mundo anglófono, es decir el utilitarismo, que había encontrado en John Stuart Mill y Sedgwick sus apologistas más elocuentes. El utilitarismo es considerado prácticamente el único representante de la orientación teleológica, en la medida en que define la justicia por la maximización del bien para la mayoría. Este rechazo sitúa a *Teoría de la justicia* en la clase de las teorías deontológicas, y más precisamente en la filiación de Kant, como se reafirma en un importante artículo de 1980, “Kantian constructivism in moral theory”. Este artículo precisa que de Kant no se ha retenido la oposición entre la obligación nacida de la razón práctica y la inclinación empírica (en otras palabras, el trascendentalismo, como ocurre en Habermas), sino la idea de que lo justo se construye, puesto que procede de una elección razonada, mientras que el bien se halla y se descubre, puesto que es aprehendido intuitivamente. El paralelismo con Kant no se puede llevar más lejos que el que admite la *Doctrina del derecho*,³ a saber el parentesco profundo entre la autolegislación que define la autonomía moral y “el acto por el cual un pueblo se constituye a sí mismo en Estado”.⁴ Es lo que Kant llama la “propia voluntad legisladora [del] hombre en el Estado”.⁵ No es que la idea del bien esté totalmente ausente de una teoría donde lo justo tiene prioridad sobre el bien: la idea de “bienes sociales primarios” ocupa un lugar privilegiado en el plano de la enumeración de las cosas a distribuir y en este

³ *Metafísica de las costumbres*, “Doctrina del derecho”. El autor cita la traducción francesa de A. Philonenko: *Métaphysique des moeurs*, París, Vrin, 1971.

⁴ Ibíd., § 47.

⁵ Ibíd.

sentido pertenece a la estructura básica de la sociedad; la idea del bien sólo queda estrictamente excluida del procedimiento de distribución. Un procedimiento equitativo de distribución se debería poder definir sin hacer referencia a las evaluaciones que caracterizan como “bienes” las ventajas y desventajas otorgadas a los signatarios del contrato; volvemos sobre esta materia cuando evoquemos los puntos principales del debate desatado por *Teoría de la justicia*. Pero si hay bienes que se deben distribuir equitativamente, la equidad de la distribución no debe nada a su carácter de bien y todo al proceso deliberativo. Cuando se subordina al bien, lo justo está por descubrirse; cuando es engendrado por medios procesales, lo justo se construye; no se conoce de antemano; es presuntamente resultado de la deliberación en una condición de equidad absoluta. La relación entre el proceso de deliberación y la condición inicial de equidad signará pues todo el proyecto rawlsiano de reformulación del contrato social. Tres problemas están implícitos en esta reformulación. Primer problema: ¿qué cosa aseguraría la equidad de la situación deliberativa de donde podría resultar un acuerdo acerca de un ordenamiento justo de las instituciones? Segundo problema: ¿qué principios se escogerían en esta situación ficticia de deliberación? Tercer problema: ¿qué argumento podría convencer a las partes deliberantes de escoger unánimemente los principios rawlsianos de la justicia y no, por ejemplo, una variante del utilitarismo?

A la primera pregunta corresponde la suposición de la posición original y la famosa alegoría del “velo de ignorancia”, que vale como principio de exposición. Insistamos una vez más en el carácter hipotético, no histórico, de esta posición. La posición original de Rawls sustituye el estado de naturaleza de los primeros contractualistas, en la medida en que es definida como una posición de igualdad. Recordemos que en Hobbes el estado de naturaleza se caracterizaba por la guerra de todos contra todos y, como subraya Léo Strauss, como un estado donde cada cual está motivado por el temor a la muerte violenta. En Hobbes, pues, no se hace hincapié en la

justicia sino en la seguridad. Rousseau y Kant, sin compartir la antropología pesimista de Hobbes, describen el estado de naturaleza como sin ley, es decir, sin ningún poder de arbitraje entre reivindicaciones opuestas. En cambio, los principios de justicia se pueden convertir en propósito de una elección común siempre que la posición original sea equitativa, es decir igualitaria. Pero ésta sólo puede ser igualitaria en una situación hipotética. Rawls hace pues un gran despliegue de especulación cuando habla de las condiciones en que la situación original se puede considerar igualitaria. La fábula del “velo de ignorancia” está destinada a dar cuenta de estas limitaciones. El punto principal gira sobre el interrogante de qué deben conocer los individuos bajo el velo de ignorancia, para que sus opciones dependan de distribuciones equitativas de ventajas y desventajas en esta sociedad real donde, detrás de los derechos, están en juego los intereses. De ahí la primera restricción: que cada socio tenga un conocimiento suficiente de la psicología general de la humanidad en lo que concierne a las pasiones y las motivaciones fundamentales. Rawls reconoce sin ambages que su antropología filosófica está muy cerca de la que expone Hume en el *Tratado de la naturaleza humana*, Libro 3, en lo concerniente a necesidades, intereses, fines, reivindicaciones conflictivas, incluidos

los intereses de un yo que considera que su concepción del bien merece ser reconocida y que propone reivindicaciones a su favor para exigir que se satisfagan.⁶

Segunda restricción: los socios deben saber aquello que presuntamente desea poseer todo ser razonable, a saber los bienes sociales primarios sin los cuales el ejercicio de la libertad sería una reivindicación vacía. En este sentido, es importante señalar que el “respeto por sí mismo” pertenece a esta lista de bienes primarios. Tercera restricción: tratándose

⁶ *Théorie de la justice*, pág. 169.

de una elección entre varias concepciones de la justicia, los socios deben tener una información conveniente en cuanto a los principios de justicia que compiten. Deben conocer los argumentos utilitaristas y los principios rawlsianos de la justicia, puesto que la elección no es entre dos leyes particulares, sino entre concepciones globales de la justicia. La deliberación consiste precisamente en dar un rango a las teorías alternativas de la justicia. Otra restricción: todos los socios deben ser iguales en información; por ello la presentación de opciones y argumentos debe ser pública. Y una restricción más: aquello que Rawls llama la estabilidad del contrato, es decir, la anticipación de que será acatado en la vida real, sean cuales fueren las circunstancias predominantes. Más adelante veremos que esta restricción le pareció a Rawls poco realista, porque trae a colación la cuestión de las circunstancias de aplicación de un contrato presuntamente válido. Tantas precauciones atestiguan la dificultad del problema a resolver, a saber,

establecer un procedimiento equitativo (*fair*) de tal suerte que todos los principios por los cuales funcionaría un acuerdo sean justos. El objetivo es utilizar la noción de justicia procesal pura como base de la teoría.⁷

Aquello que la situación debe anular, ante todo, son los efectos contingentes debidos tanto a la naturaleza como a las circunstancias sociales, el presunto mérito incluido por Rawls entre estos efectos contingentes.

Ahora se plantea la segunda pregunta: ¿qué principios se escogerían bajo el velo de ignorancia? La respuesta a esta pregunta se encuentra en la descripción de los dos principios de justicia y en su ordenamiento correcto. Estos principios, dijimos al comienzo, son principios de distribución. Al recibir partes, los individuos se convierten en socios de un “proyec-

⁷ *Théorie de la justice*, pág. 165.

to de cooperación” (*cooperative venture*). Mientras la sociedad se presente como sistema de distribución, todo reparto problemático está abierto a opciones igualmente razonables; por eso se requieren principios específicos que aseguren el carácter equitativo –y, añadamos, estable– del procedimiento que puede arbitrar entre reivindicaciones confluyentes. Los principios que enunciaremos aluden a la situación problemática generada por la exigencia de una repartición equitativa y estable. En cuanto a los dos principios de justicia, helos aquí

- 1) Cada persona debe tener un derecho igual al más amplio sistema total posible de libertades básicas iguales para todos, compatibles con un mismo sistema para todos.
- 2) Las desigualdades económicas y sociales deben ser tales que sean a) para mayor beneficio de los menos favorecidos, en el límite de un justo principio de ahorro; y b) asociadas con las funciones y las posiciones abiertas para todos conforme al principio de la justa igualdad de oportunidades.⁸

Estos principios se denominan de igual libertad 1), de diferencia 2 a) y de igualdad de oportunidades 2 b). El primer principio garantiza por cierto las libertades iguales de la ciudadanía (libertad de expresión, de reunión, de voto, de elegibilidad para las funciones públicas). ¿Pero por qué un segundo principio? Es notable que en Rawls, como en la mayoría de los moralistas que lo preceden, el escándalo de la desigualdad ponga en marcha el pensamiento. Rawls piensa ante todo en las desigualdades que afectan las oportunidades iniciales de ingreso en la vida, lo que se puede denominar las “posiciones de partida”. También piensa en las desigualdades asociadas con la diversidad de aportaciones de los individuos a la marcha de la sociedad, a las diferencias de aptitud, de

⁸ *Théorie de la justice*, pág. 891.

competencia, de eficacia en el ejercicio de la responsabilidad, etcétera, desigualdades de las cuales ninguna sociedad ha podido desprenderse. El problema consiste pues en definir la igualdad de tal modo que estas desigualdades se reduzcan al mínimo inevitable. Se podría resumir la cuestión en estos términos: ¿es posible hablar, con toda equidad, de *desigualdades más justas, o al menos menos injustas que otras?* De ahí el segundo principio de justicia: plantea en su primera parte las condiciones en que las desigualdades se deben considerar preferibles a desigualdades más grandes, pero también plantea un reparto igualitario, de donde el nombre de principio de diferencia; en su segunda parte, iguala en el mayor grado posible las desigualdades ligadas a las diferencias de autoridad y de responsabilidad. El principio de diferencia selecciona así la situación más igualitaria compatible con la regla de unanimidad. Tan importante como el contenido de estos principios es la regla de prioridad que los une. Rawls habla aquí de orden serial o léxico, en un embate frontal contra el marxismo y el utilitarismo. Aplicado a los principios de justicia, el orden serial o léxico significa que

el logro de libertades básicas iguales para todos los que están protegidos por el primer principio no se puede justificar ni compensar con ventajas sociales o económicas más grandes.⁹

Por otro lado, el orden léxico se impone entre las dos partes del segundo principio: los menos favorecidos en lo económico deben ser léxicamente prioritarios en lo concerniente a todos los demás socios. Es lo que J. P. Dupuy designa como la implicación antisacrificial del principio de Rawls: el que podría ser la víctima no debe ser sacrificado ni siquiera en aras del bien común. He aquí la punta antiutilitarista de la teoría rawlsiana de la justicia.

⁹ *Théorie de la justice*, pág. 92.

Ahora viene la tercera pregunta: ¿por qué motivo los socios puestos bajo el velo de la ignorancia preferirían estos principios en su orden léxico y no en cualquier versión del utilitarismo? La argumentación, que ocupa un lugar considerable en la *Teoría de la justicia*, deriva de la teoría de la decisión en un contexto de incertidumbre. Se designa con el término *maximín*, pues los socios deben escoger el orden que maximice la parte mínima. El argumento cobra toda su fuerza en la situación original, bajo el velo de ignorancia. Nadie sabe cuál será su lugar en la sociedad real, y así razona sobre meras posibilidades. Ahora bien, los contratistas están comprometidos entre sí en virtud de un contrato cuyos términos han sido definidos públicamente y aceptados por unanimidad. Si dos concepciones de la justicia están en conflicto y una de ellas posibilita una situación que alguien podría no aceptar, mientras que la otra excluiría esta posibilidad, entonces prevalece la segunda.

||

Antes de examinar las importantes alusiones a la *Teoría de la justicia* que hallamos en los escritos de los años 1980-1987, es importante subrayar, por una parte, los aspectos de la teoría que deberían servir ulteriormente a la revisión que indicaremos, y por la otra a aquellos aspectos que el autor mismo debía tener por desprovistos de precisión y fuerza argumentativa, cuando no por francamente erróneos.

1. En el primer rango de los primeros es preciso situar la notación presente en el capítulo 4 de la *Teoría de la justicia*, concerniente a la función que podemos llamar no sólo de comprensión previa, sino de acompañamiento ininterrumpido, cumplida por aquello que John Rawls denomina nuestras “convicciones sopesadas” (*considered convictions*) en lo concerniente a la justicia; estas convicciones deben estar “sopesadas”, porque si en ciertos casos flagrantes de injusticia (intolerancia religiosa, discriminación racial) el juicio moral

común parece seguro, tenemos menos certeza cuando se trata de repartir equitativamente la riqueza y la autoridad. Necesitamos, dice Rawls, buscar un medio de disipar nuestras dudas. Los argumentos teóricos desempeñan pues el mismo papel de prueba que el que Kant asigna a la regla de universalización de las máximas. Todo el aparato de la argumentación se puede así considerar como una racionalización progresiva de estas convicciones, cuando éstas son afectadas por los prejuicios o debilitadas por la duda. Esta racionalización consiste en un proceso complejo de ajuste mutuo entre la convicción y la teoría:

Por un proceso de ajuste, cambiando a veces las condiciones de las circunstancias del contrato, en otros casos retirando juicios y adaptándolos a los principios, presumo que terminaremos por hallar una descripción de la situación inicial que al mismo tiempo exprese requisitos razonables y conduzca a principios acordes con nuestros juicios sopesados, debidamente podados y retocados. Llamo a este estado final de equilibrio reflexivo [*reflective equilibrium*].¹⁰

Antes de desempeñar un papel en la revisión ulterior de la doctrina, la noción de equilibrio reflexivo infunde un giro particular a la demostración. En las situaciones donde ya reina cierto consenso moral se forma aquello que podríamos denominar una comprensión apriorística de los principios de justicia. Ello permite enunciarlos aun antes que el proceso de formalización esté en marcha. Ello no impide que todo el desarrollo de *Teoría de la justicia* constituya un gigantesco esfuerzo para asegurar la autonomía de los dos momentos del argumento, a saber la teoría de la situación original y la razón para escoger estos dos principios en vez de cualquier versión utilitarista. En cuanto a la situación original, todas las

¹⁰ *Théorie de la justice*, pág. 47.

restricciones que la definen se construyen como un experimento mental y crean una situación totalmente hipotética, sin raíces en la historia ni en la experiencia, pero son imaginadas de tal modo que satisfacen la idea de equidad que ya hemos degustado en las situaciones donde nuestro juicio moral está bien establecido. En cuanto al argumento del “maximín”, es, como acabamos de decir, un argumento técnico derivado de la teoría de los juegos, donde hay ganadores y perdedores desprovistos de toda preocupación ética. Pero podemos preguntarnos si el argumento se distinguiría de una forma sutil del utilitarismo, tal como el consecuencialismo, si no estuviera originalmente articulada con un argumento moral que deriva de nuestras convicciones sopesadas, a saber, que en todo reparto desigual la suerte del menos favorecido se debe tomar como base de la equidad del reparto.

Más adelante mostraremos de qué manera la noción de equilibrio reflexivo ha servido de punto de apoyo para la revisión de la *Teoría de la justicia* propuesta a partir de 1980. Pero ante todo es preciso decir unas palabras sobre los puntos doctrinarios que John Rawls mismo consideró expuestos con insuficiencia, cuando no insostenibles. Y ello independientemente, según él, de la crítica procedente de los “comunitaristas”.¹¹ Estos objetaban que no se entendía cómo un pacto “antihistórico” de esta naturaleza, concluido en la situación original bajo el velo de ignorancia, pudiera comprometer a una sociedad “histórica”; en general partían del razonamiento de que en la versión rawlsiana del contractualismo las “cosas” a distribuir constituyen bienes sociales primarios cuya naturaleza misma de bienes no carecería de influencia sobre la regla formal de distribución. ¿Qué califica como buenos estos bienes sociales, salvo estimaciones y evaluaciones que, comparadas entre sí, se revelan heterogéneas? A partir de esta

¹¹ N. Daniels, *Reading Rawls*, Nueva York, 1975; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982; Charles Taylor, *Philosophical Papers*, Cambridge, 1985; Michael Walzer, *Spheres of Justice*, Basic Books, 1985.

diferencia *real* entre bienes atribuidos a las cosas a distribuir (bienes comerciales y no comerciales, posiciones de autoridad y de responsabilidad), Michael Walzer señala la necesidad de presentar definiciones siempre diferentes de la justicia en esferas múltiples y concurrentes, cada cual regida por “comprehensiones comunes” en el seno de las comunidades concretas. Si Rawls no tiene en cuenta esta objeción, es porque piensa que la regla de distribución era suficientemente restrictiva, en el plano racional, para neutralizar la heterogeneidad real de los bienes, pero también porque su idea de la “estructura básica de la sociedad” requería una disyunción entre ésta y las instituciones particulares efectivamente tributarias de esta heterogeneidad de los bienes y de las estimaciones correspondientes. Lejos de ceder en este punto, Rawls acentúa el aspecto kantiano de su doctrina, en contraste no sólo con el utilitarismo y el libertarianismo de Nozick,¹² sino también con las diversas versiones del comunitarismo, como podemos leer en un ensayo de 1978, *The Basic Structure as Subject* (“La estructura básica como sujeto”) y en otro de 1980, *Kantian Constructivism in Moral Theory* (“Constructivismo kantiano en la teoría moral”). Es una dificultad aparentemente similar a las que antes planteaban los comunitaristas, pero discernida por el autor mismo de la *Teoría de la justicia* en su gran obra, que debía arrastrar los *remaniements* que nombraremos.

La dificultad, declara Rawls,

es inherente a la *Teoría de la justicia* en el plano de la equidad, pues su análisis de la estabilidad de una sociedad democrática, en la tercera parte, no concuerda con una teoría tomada como totalidad.¹³

A partir de 1971, John Rawls entendía por *estabilidad* la propiedad del contrato de ligar entre sí a diversas generacio-

¹² R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York.

¹³ Prefacio a la traducción francesa de los ensayos de 1978 a 1980, bajo el título *Justice et démocratie*.

nes y, para conseguirlo, inscribirse en la historia o la política, como sabemos desde Maquiavelo, con la ambición de escapar de las vidas individuales, de las vicisitudes pasionales y de la versatilidad de los intereses particulares.

2. Para enfrentar estas dificultades, John Rawls no procura modificar la definición de los principios de justicia ni el argumento que los vuelve preferibles a cualquier otro género de principios, sino restringir el campo de aplicación a cierto tipo de sociedad, a saber las democracias que él denomina constitucionales o liberales, en virtud de las condiciones limitativas que pertenecen precisamente a la historia de estas sociedades y que funcionan asimismo como condiciones de *receptividad* o de *admisión* de los principios abstractos de la teoría de la justicia y de los argumentos que los favorecen.

a) Para esclarecer la naturaleza de esta limitación fundamental del campo de aplicación de la *Teoría de la justicia*, es preciso decir a cuáles ambiciones debe renunciar esta limitación. Esencialmente, a la pretensión de considerar la teoría de la justicia como una teoría "abarcadora" (*comprehensive*), es decir, válida, en primer lugar, para toda sociedad posible; en segundo lugar, para todas las instituciones subordinadas a la estructura básica, incluso las instituciones internacionales de rango superior; y, en tercer lugar, para todas las clases de transacciones sociales. La teoría de la justicia de 1971 era, sin declararlo explícitamente, una teoría abarcadora. En este sentido competía con concepciones de la misma amplitud, tales como el utilitarismo de Mill y el trascendentalismo kantiano, cuya pretensión es abarcar la totalidad de las interacciones humanas y de las instituciones que las enmarcan. Pero además entraba en conflicto con las concepciones del "buen vivir" profesadas por los individuos y las comunidades bajo la égida de la idea del "bien". Esta última consideración es de suprema importancia, pues la oposición tantas veces repetida entre lo justo y lo bueno parecía situarse en el nivel de la mayor generalidad. A partir de entonces las concepciones del bien –de los antiguos, de los medievales, y más cerca de no-

sotros, de los utilitaristas de diversas tendencias–, permanecen en su nivel de generalidad abarcadora, pero en el seno de la regla de justicia profesada por cierto tipo de sociedad, la sociedad de democracia constitucional o liberal. En este sentido, la oposición entre lo justo y lo bueno deja de ser homogénea y se vuelve asimétrica: el bien es la enseña de las doctrinas abarcadoras profesadas por individuos o comunidades específicas; lo justo es el principio rector de las sociedades constitucionales o liberales. Esta asimetría designa el título de la conferencia de 1985: "Justice as Fairness: Political Not Metaphysical". Aquí *metaphysical* se considera sinónimo de *comprehensive*, lo cual es bastante asombroso tratándose de Kant o de Mill; en cuanto a *political*, se toma en el sentido restrictivo de "vigente en las democracias constitucionales o liberales". Rawls emplea indistintamente los dos calificativos, pero nunca separa el segundo del primero, en la medida en que el liberalismo mismo se puede considerar una teoría abarcadora –y en consecuencia metafísica, una visión del mundo que engloba la totalidad de las relaciones humanas privadas y públicas, comunitarias y estatales, nacionales e internacionales–, y también como calificadora de la estructura básica de cierto tipo de sociedades, las sociedades de democracia avanzada. Por ello John Rawls tiende a distinguir el liberalismo *político* del liberalismo que deberemos denominar *metafísico*.

¿Qué motivos se exponen a favor de esta drástica reducción del campo operativo de la *Teoría de la justicia*? Esencialmente, razones históricas de dos tipos. Las primeras abogan por la distinción que acabamos de nombrar, las segundas por una nueva clase de relaciones positivas entre el nivel procesal de la idea de justicia y el plano sustancial de las concepciones religiosas, filosóficas y morales profesadas por los individuos o las comunidades que componen la sociedad. El segundo tipo de razones origina el famoso ensayo "The Idea of an Overlapping Consensus" ("La idea de un consenso por superposición"). Sólo después de esta segunda serie de consideraciones se dará una respuesta completa a la objeción que

Rawls se hace a sí mismo en lo tocante a la *estabilidad* del contrato social según *Teoría de la justicia*.

b) Pero detengámonos un instante en los motivos que hemos anunciado como negativos. El principal motivo de la ruptura operada a partir de 1978 es de orden histórico y sociológico: es el “hecho del pluralismo”. Rawls lo remite esencialmente a las guerras de religión del Occidente cristiano en los siglos XVI y XVII. Estas guerras impusieron de hecho la coexistencia de varias confesiones en un mismo espacio político. La solución de este conflicto insuperable fue la conquista de la idea de tolerancia, la cual se entiende al principio en el sentido de un *modus vivendi* a lo Hobbes, digamos un expediente estratégico y utilitario (“si no queremos matarnos unos a otros, tolerémonos”). Pero lo importante es que la idea de tolerancia se haya afirmado como valor positivo de rango superior a las confesiones religiosas y otras convicciones filosóficas y morales irreductibles entre sí. Por cierto, históricamente fue el liberalismo como filosofía abarcadora el que permitió dar este paso decisivo. Pero es precisamente la tarea de la teoría de la justicia, tal como la ha elaborado Rawls, desprender el liberalismo político del liberalismo “metafísico”, que permanece en competencia con otras visiones del mundo, sean religiosas, filosóficas o morales. A juicio de Rawls esta tarea es inevitable, en la medida en que la creciente complejidad del mundo moderno no deja ninguna oportunidad para una visión sustancial del bien o trascendental de lo justo que sirva como cimiento para el lazo social. La única alternativa sería la imposición de una visión única del mundo por parte de un régimen tiránico. En este sentido, la libertad *política*, liberada de su ropaje “metafísico” por la teoría renovada del contrato, aparece como la única salida razonable aparte de la alternativa entre la guerra de todos contra todos y la tiranía. Fundamentalmente, sólo una justicia procesal puede asegurar la coexistencia entre visiones rivales del mundo, principalmente las que están centradas en ideas divergentes del bien, como se afirma en el artículo “The Priority of Right and Ideas of the Good” (“La prioridad de lo justo y las concepciones del bien”), de 1988.

El argumento sería incompleto si no uniéramos a la teoría política de la justicia su corolario más importante en lo concerniente a la idea de persona. Esta es inseparable de la idea inicial del vínculo social como proyecto de cooperación. La cooperación implica personas preocupadas por preservar y aumentar sus ventajas. Pero la idea de persona, tal como la idea de justicia, debe desdoblarse, según esté determinada por el enfoque del bien o por su lazo con instituciones regidas por los principios de justicia. En el primer caso, adoptamos una concepción “metafísica” de la persona; en el segundo, una idea solamente política. En *Teoría de la justicia*, los ciudadanos son considerados personas libres e iguales,

es decir, dotadas de una personalidad moral que les permite participar en una sociedad encarada como un sistema de cooperación equitativa con miras a la ventaja mutua.¹⁴

En cierto sentido, los escritos de los años 80 no dicen otra cosa: “La sociedad es un sistema de cooperación social equitativo entre personas libres e iguales” (*passim*). Pero el carácter *libre* de las personas se relaciona más estrechamente con el primer principio de justicia, y su carácter *igual* con el segundo principio de justicia. Esta reducción del campo de significación de la persona al ciudadano de una democracia constitucional es de hecho “liberadora”, pues sólo abarca el dominio limitado de la relación con la estructura básica de la sociedad, en la prolongación de la conquista de la idea de tolerancia y la condena de la esclavitud. El campo queda libre para todas las expresiones de la vida personal y comunitaria, no codificadas por esta relación institucional básica. No sólo las controversias acerca de las visiones del mundo tienen el campo libre, sino que la política queda protegida de estas controversias por su retiro y su abstracción. Las demo-

¹⁴ *Théorie de la justice*, pág. 211.

cracias constitucionales modernas adoptan este modelo. Es el que *Teoría de la justicia* brindaba sin tener claros los límites de la empresa.

Así se ofrece una respuesta parcial a la objeción interna formulada por Rawls sobre la base de la condición de *estabilidad* del contrato. Negativamente hablando, se puede decir con certeza

que, en materia de práctica política, ninguna concepción moral general puede ofrecer un concepto públicamente reconocido para una concepción de la justicia en el marco de un Estado democrático moderno.¹⁵

El término importante es *reconocido*, es decir aplicable históricamente. La respuesta a la objeción no sólo deja de ser negativa, sino que se vuelve positiva, teniendo en cuenta que el segundo principio de justicia, y más precisamente la segunda parte de este principio (“las desigualdades sociales y económicas deben redundar en una mayor ventaja para los miembros menos favorecidos de la sociedad”) se dirigen a reivindicaciones de igualdad sostenidas por tendencias de pensamiento rivales y garantizan una protección institucional para los derechos, libertades y oportunidades asociadas con estas reivindicaciones. La democracia liberal está destinada precisamente a ciudadanos que están en desacuerdo virtual sobre lo esencial. Su propósito es limitar los alcances del desacuerdo público.

Empero, no podríamos conformarnos con este modesto propósito. Es razonable proponerse algo más y tratar de reconstruir un lazo más positivo entre la regla de justicia y el trasfondo de creencias que se profesan en nuestras sociedades modernas. A este requerimiento responde la idea de consenso por superposición. Digamos, ante todo, que esta idea prolonga la noción de equilibrio reflexivo entre la teoría y

¹⁵ *Théorie de la justice*, pág. 208.

nuestras convicciones sopesadas. Pero *Teoría de la justicia* no decía cuáles convicciones sopesadas satisfacían las condiciones de un equilibrio reflexivo. Ello se debía a que no se había percibido la limitación de *Teoría de la justicia* al campo histórico de la democracia liberal. No obstante, *Teoría de la justicia* suponía entre los signatarios del pacto social la idea *intuitiva* básica según la cual los ciudadanos son personas libres e iguales en virtud de aptitudes morales precisas, a saber, el sentido mismo de la justicia, es decir

la capacidad de comprender, de aplicar y respetar en sus actos la concepción pública de la justicia que caracteriza los términos de una cooperación equitativa.¹⁶

¿De dónde procede la motivación y, si así podemos decirlo, la instrucción de dicha capacidad moral? Aquí interviene la idea de un consenso por superposición. Más acá de este punto, la teoría de la justicia reposaba sólo sobre una estrategia de *elusión* de las controversias, en la línea de la idea de tolerancia con la cual habían concluido las guerras de religión del Occidente cristiano. Ahora debe cobrar características de *apuesta*, a saber, que las concepciones “metafísicas” rivales que han nutrido y aún alimentan las convicciones fuertes de los ciudadanos pertenecientes a las democracias occidentales también pueden motivar, justificar y fundamentar el cuerpo mínimo de creencias capaces de contribuir al equilibrio reflexivo requerido por *Teoría de la justicia*. El artículo “The Domain of the Political and Overlapping Consensus” (1989) está expresamente consagrado a esta apuesta que complementa el método de *elusión* que hemos citado. Primero se afirma que la teoría de la justicia como equidad constituye una concepción política independiente, en otras palabras, no deducible de una teoría general de la institución o de la comunidad. Ella requiere pues una justificación distinta, una ga-

¹⁶ *Théorie de la justice*, pág. 218.

rantía propia de estabilidad. Sólo algunas doctrinas abarcadoras –sean morales, filosóficas o religiosas– pueden, a pesar de su oposición mutua, confluir por superposición en este fundamento común de los valores propios de una democracia equitativa y duradera.

Vemos la amplitud de la apuesta: ésta es subrayada por la idea complementaria de la idea de consenso por superposición, a saber la idea de “desacuerdo razonable”, que constituye el verdadero núcleo de este importante artículo:

Podemos decir que un desacuerdo razonable es un desacuerdo entre personas razonables, es decir, personas que han desarrollado sus dos facultades morales [estas facultades son la capacidad de poseer un sentido de la justicia y una concepción del bien] en grado suficiente como para ser ciudadanos libres e iguales en una democracia, que tienen un deseo duradero de ser miembros plenamente activos de la sociedad durante toda su vida.¹⁷

De esta declaración resulta que la oposición entre política y “metafísica” aplicada a la idea de justicia no implica desprecio, indiferencia ni hostilidad hacia las concepciones “metafísicas” del bien, en la medida en que esperamos que su confluencia en un punto preciso, el de la justicia política, brinde la forma de adhesión duradera a los principios de justicia. Por lo demás, ¿cómo pueden ser razonables los desacuerdos, si considerábamos que las creencias profesadas eran simples prejuicios o atavismos? Se debe admitir con Nagel¹⁸ que *la razón tiene sus dificultades* (“las dificultades de la razón”),¹⁹ precisamente en la esfera de su ejercicio práctico y normativo, y con Berlin que un sistema institucional no puede aceptar sino una cantidad limitada de valores fundadores en su espacio de realización. La democracia constitucional no

¹⁷ *Justice et démocratie*, pág. 327.

¹⁸ T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, 1979.

¹⁹ *Théorie de la justice*, págs. 325 y siguientes.

podría pues economizar “preceptos de discusión razonable”,²⁰ con lo cual Rawls se aproxima a la ética habermassiana de la discusión, sin renunciar a sus reticencias en cuanto a los argumentos trascendentales. La idea de consenso por superposición es una idea pragmática, respaldada por una experiencia cuando menos bicentenaria de la práctica democrática. Incluso la idea de consenso debe estar atemperada por la expectativa de un

sostén de una mayoría sustancial de sus ciudadanos políticamente activos.²¹

¿Debemos reprochar a Rawls haber desconocido la problemática de la *dominación* que, al menos en la Europa continental, ha prevalecido en la escena de la filosofía política desde Hegel hasta Max Weber y Carl Schmitt? Rawls cree haber dado su lugar a dos características importantes de la relación política,²² el carácter cerrado de una sociedad en la cual no entramos y de la cual no salimos voluntariamente, y el carácter coercitivo del poder político, al menos en la fase de la aplicación de las leyes. Pero si estas dos características pertenecen a la delimitación del “dominio especial de lo político”, no nos enseñan nada sobre las condiciones de justicia que harán del Estado un Estado de derecho y del régimen político un régimen constitucional. La adhesión de los ciudadanos en cuanto personas libres e iguales es lo que justifica la estructura general de la autoridad política. El carácter razonable de esta adhesión consiste en que ninguna comunidad de creencias religiosas, filosóficas o morales considerará razonable recurrir al poder del Estado para obtener la devoción de los demás por sus propias doctrinas.

Rawls aclara un poco más su propia apreciación de la situación espiritual contemporánea cuando examina lo que

²⁰ *Justice et démocratie*, págs. 329 y siguientes.

²¹ Ibíd., pág. 351.

²² Ibíd., págs. 335 y siguientes.

considera el caso típico de un consenso por superposición: aquel donde la concepción política es aprobada por las tres doctrinas “abarcadoras” siguientes: una concepción religiosa que predique la tolerancia y comprensión incluso de la fe –una suerte de liberalismo filosófico, tal como el de Kant o el de Mill, que llegan a la teoría de la justicia como equidad como consecuencia de su visión general del mundo–, y una concepción política que se baste a sí misma en la expresión de los valores políticos

que, en las condiciones relativamente favorables que posibilitan una democracia constitucional más o menos justa, la imponen normalmente sobre otras que se le opondrían.²³

John Rawls no dice dónde se sitúa él mismo en cuanto persona singular respecto de este caso típico de consenso por superposición. Su papel de filósofo se detiene en el momento en que subraya el carácter aleatorio de las condiciones de estabilidad sin las cuales sería insuperable la objeción de irrealismo que Rawls dirige a la idea de una sociedad bien ordenada y gobernada por la teoría de la justicia como equidad, en el sentido de *Teoría de la justicia*.²⁴

²³ Ibíd., pág. 259.

²⁴ Prefacio de 1992 a *Justice et démocratie*, pág. 9. Los editores de este libro presentan en la página 372 una lista de obras recomendadas, en francés, que permiten un análisis crítico detallado de la teoría de la justicia de Rawls.

LA PLURALIDAD DE LAS INSTANCIAS DE JUSTICIA

El tema de la presente lección puede parecer inoportuno, incluso intempestivo, en el sentido preciso de la palabra. En el momento en que la opinión y los poderes públicos se interrogan sobre la naturaleza de las transferencias que nuestro Estado-nación debe consentir a las instituciones europeas presentes y venideras, y se preguntan si se trata de una simple transferencia de competencia o de una auténtica transferencia de soberanía, la cual se considera indivisible y por ende inalienable, en ese preciso momento procuramos mensurar un problema simétrico, aunque orientado en sentido inverso. No se trata de la limitación por arriba de lo que podríamos denominar la potencia jurídica del Estado, sino de la limitación que está por abajo —y por ende debajo— de este mismo poder jurídico. Se trata de un impulso histórico, que opera en el nivel infraestatal, y sobre el cual han tratado de teorizar varios autores. Me propongo examinar dos de estos alegatos a favor de la diferenciación infraestatal de instancias generadoras de derecho. La primera, la de Michael Walzer,¹ es con-

¹ Michael Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983.

siderada una de las más brillantes objeciones a John Rawls y su concepto abstracto, formal y procesal de la justicia. El segundo alegato pertenece a Luc Boltanski y Laurent Thévenot,² para quienes la idea de justificación y no directamente la de justicia brinda el singular y las ciudades y los mundos múltiples regidos por lo que el subtítulo denomina “economías de escala” introducen la pluralidad en el corazón mismo de la exigencia de justificación. El término de referencia ya no es la abstracción procesal de Rawls, sino la antinomia aparente entre el holismo de los sociólogos durkheimianos y el individualismo metodológico profesado por la teoría económica. Ambas obras, a pesar de las diferencias que señalamos, se relacionan con un pluralismo que aborda en cierto modo al revés el foco unitario de juridicidad que el Estado-nación constituye en nuestra tradición occidental, y más precisamente republicana.

Hay una trampa en la cual no quisiera caer, la de una comparación término por término que derivara en la simple yuxtaposición de dos breves monografías.

Al margen de las diferencias conceptuales entre aquello que uno llama esfera y el otro ciudad, insistiré en dos preguntas. La primera concierne a la naturaleza diferente de los proyectos y los criterios de distinción que de ellos resultan. La segunda y más importante, aunque dominada por la precedente, concierne a las nuevas posibilidades de articulación de la comunidad política y de su justicia que se abren con estos dos proyectos que podemos denominar de pluralismo jurídico. En efecto, si estas dos obras trastocan nuestra concepción republicana de la unicidad del foco de juridicidad, resumida por el concepto de soberanía del pueblo, a su vez nos invitan a trastocarlas, a preguntarles qué es para ellas, a fin de cuentas, la justicia o la justificación en cuanto término

² Luc Boltanski y Laurent Thévenot, *De la justification: les économies de la grandeur*, París, Gallimard, 1991.

singular, al cabo de la gran gira por la multiplicidad y la diversidad de los focos de derecho.

DOS PROYECTOS DE PLURALIZACION

Abordando las dos obras a partir del proyecto que les da impulso y los criterios de distinción que se desprenden de dichos proyectos, prestamos atención a las diferencias que se expresan en los subtítulos de ambas. Por una parte, “defensa del pluralismo y la igualdad”, y por la otra “las economías de escala”. ¿Qué se dice con ello?

El proyecto de Walzer enfatiza la igualdad, pero el criterio de diferenciación está dado por la noción de bienes sociales. Importa pues examinar la naturaleza de esta conexión. La igualdad, después de Solón, Pericles, Isócrates, Aristóteles, se convierte en sinónimo de justicia, con lo cual se supone que la justicia rige la distribución de partes iguales o desiguales, en los diversos sentidos que describiremos. Digamos que la justicia, en sentido distributivo, identifica la idea de igualdad con la de reparto justo. Las dificultades comienzan cuando descartamos la igualdad simple –aritmética, decía Aristóteles– expresada en la fórmula “a cada cual la misma parte”. Se admite que sólo una sociedad represiva podría imponerla, y ello en detrimento de todos. ¿Qué hay entonces de la igualdad compleja? La reivindicación de dicha igualdad se revela esencialmente reactiva y correctiva, en síntesis, abolicionista: lo que desea abolir es la dominación. He aquí el proyecto:

La meta del igualitarismo político es una sociedad liberada de la dominación. (Pág. XIII.)

Nada de ello, como veremos, ocurre en Boltanski y Thévenot. Ahora bien, ¿por qué se manifiesta la dominación en nuestras sociedades? Esencialmente por el modo de repartir los bienes sociales. ¿Cómo hacer para que ningún bien social

sirva de medio de dominación? Con esta pregunta asociamos el proyecto con el criterio, a saber el principio de diferenciación de los bienes sociales. Aquí nos servirán de guía tres asertos ligados entre sí:

- 1) los bienes sociales son múltiples, irreductiblemente;
- 2) cada cual reposa sobre un simbolismo común (Walzer habla de *shared understandings*);
- 3) cada cual desarrolla, a partir de la comprensión que tienen de ellos los grupos afectados, una lógica interna, a saber razones que rigen la extensión de la validez y el límite de la reivindicación.

Estos tres asertos valen como criterio de identificación de los bienes afectados, de diferenciación de los simbolismos implícitos, de delimitación de las esferas aludidas.

Vemos así que el proyecto –contrarrestar la dominación– y el triple criterio ligado a la noción de bienes sociales se articulan entre sí. La noción de igualdad compleja aparece pues como concepto resultante de la intersección entre el proyecto de combatir la dominación y el programa de diferenciación de las esferas de justicia. La idea compleja de igualdad, así como la idea simple de igualdad, es un concepto contestatario, “abolicionista”. A partir de ahora podemos presumir que el interés en la diferenciación prevalecerá sobre el de la integración. Pero esto será el tema de nuestra segunda parte.

Si ahora echamos una ojeada sobre la lista abierta (*open-ended*) propuesta por Walzer, reparamos en varias características que podrían asombrar. Ante todo se impone una impresión de improvisación, más precisamente, de *bricolage* en el sentido de Lévi-Strauss. Este efecto es sin duda deliberado: si es verdad que los bienes sociales son heterogéneos, las razones que rigen su apreciación son en sí mismas incommensurables. Una rápida recorrida de los títulos lo confirma. Comenzamos por la nacionalidad (*membership*): ¿cómo distribuir el dentro y el fuera de la comunidad política entre nacionales y extranjeros? Se continúa con la protección social (*provision*), esencialmente la seguridad y la asistencia a los más desprotegidos, con la pregunta: ¿qué necesidades (*needs*)

suponen una obligación de atenderlas y un derecho correlativo? De allí pasamos al dinero y a las mercancías, con la pregunta “¿Qué se puede comprar o no con dinero?”, y se responde a la pregunta con una lista tan completa como sea posible de aquello que no sea venal. Así, pues, al tratar sobre la significación legítima que se asocia con la noción de bienes comerciales decidimos los límites asociados con la noción de mercado y economía de mercado. A continuación se consideran los puestos (*office*) abiertos a concursos reglamentados, con un grupo de preguntas referentes a los exámenes y los jueces, y principalmente si todos los empleos (*jobs*) se deben erigir en cargos. Se trata de la cuestión del buen derecho y de los límites de la noción de servicio público y de funcionario. Curiosamente se continúa con la noción de trabajos serviles, sucios o degradantes (*hardwork*), considerados como valores negativos que se deben repartir equitativamente sin regimentar a todo el mundo. De allí se pasa a los ocios, los cuales, en cuanto bienes positivos, no se reducen a la pereza, ni a las vacaciones, sino que presiden la distribución del tiempo social y los ritmos de actividad de la ciudad. No nos asombra leer a continuación largas páginas consagradas a la educación; es un bien social en la medida en que la transmisión de conocimiento y la formación de la autonomía personal remiten a la evidencia del simbolismo social; un capítulo de preguntas concernientes a la justicia versa sobre la comprensión de este bien. ¿Quién enseña? ¿A quién? ¿Bajo el control de cuáles instancias? Y, sobre todo, ¿cómo asegurar la igualdad de oportunidades sin caer en sistemas represivos por exceso de celo pedagógico? El lector, formado en filosofía política, se asombrará de toparse luego con tres capítulos consagrados a las relaciones de parentesco y afecto, a la gracia divina, a la lucha por el reconocimiento. Es ocasión de repetir que la lista de los bienes sociales es inmensa y jamás se cierra, si tenemos en cuenta la amplitud de los simbolismos compartidos, la lógica interna de los bienes considerados y sobre todo la delimitación que deriva de los espacios de validez, ¿quién negará que la filiación, el matrimonio o la igual-

dad de los sexos plantean cuestiones de distribución, y que la querella entre las iglesias y los Estados reclaman la contención de las pretensiones rivales, elevadas gradualmente una sobre otra a lo largo de una línea de demarcación tan costosamente conquistada? Por último, el reconocimiento es un bien social bajo la forma de títulos, honores, recompensas y precios, pero también de castigos.

Aquello que distribuimos así entre nosotros es la estima, no la autoestima; el respeto, no el respeto por sí mismo; la derrota, no el sentido de derrota; y la relación con el primero y segundo término de cada par es indirecta e incierta. (Pág. 273.)

Como vemos, la noción de bienes sociales se extiende muy lejos, hasta la esfera de la intimidad, y los problemas de distribución justa nos persiguen hasta los confines del fuero interno.

Pero llego al último capítulo, cuyo lugar en este edificio, o mejor dicho esta enumeración, ocupará el centro de las reflexiones críticas de nuestra segunda parte, cuando nos preguntemos sobre los recursos de concentración ofrecidos por uno u otro pluralismo jurídico. Este capítulo se titula "Poder político". Es notable que el mismo no presente ninguna definición alusiva al Estado, aunque enumere, sin detenerse en ello, la soberanía, la autoridad y el poder de decisión. El poder es estudiado, y temido y combatido, como un bien, y por ende como bien distribuido. Si es así, es porque ningún otro bien plantea de modo tan crítico el problema de las fronteras: está colonizado por el dinero y la competencia de los expertos, incluso el sexo, e invade otras esferas, al punto de dar a la tiranía su forma más visible. ¿Cómo mantenerlo dentro de sus fronteras? Procediendo como con el dinero, tras preguntarnos qué no puede comprarse en virtud de la lógica inherente a los bienes venales, confeccionaremos de la misma manera la lista de aquello que no puede hacer el poder político: tolerar la esclavitud, corromper la justicia, discriminar entre los justiciables, controlar la religión, confiscar o gravar

abusivamente la propiedad, arrogarse el monopolio de la enseñanza, restringir las libertades fundamentales. Para Walzer, sin embargo, la pregunta acerca de aquello que puede o no puede el poder político precede y domina la pregunta de saber quién gobierna. Retomando la manida metáfora del piloto y la navegación, proclama orgullosamente que corresponde a los pasajeros escoger el destino y medir los riesgos, no al piloto. Aquí Walzer está muy cerca de Hannah Arendt, para quien el poder procede de la conjunción de voluntades y no de una instancia superior.

En este sentido, el peligro más importante para nuestras sociedades viene de la coalición entre la propiedad en cuanto poder sobre las cosas y el poder político que se ejerce sobre los hombres. De ahí la urgencia permanente de una justa delimitación de las esferas. El lector se preguntará con inquietud si el poder político es un bien como los demás. En cuanto “instancia crucial de la justicia distributiva”, ¿no es él mismo el custodio de las fronteras? Y, en virtud de ello, ¿no plantea un problema totalmente específico de autolimitación, ora por la vía constitucional o por todo otro medio? Allí tocamos algo que en la segunda parte denominaré la paradoja de lo político, a saber, que lo político parece constituir tanto una esfera de la justicia entre las demás como el envoltorio de todas las esferas.

Pasando de Walzer a Boltanski-Thévenot, nos llama la atención la diferencia, tanto en el nivel del proyecto como en la criteriología resultante del mismo; a la pareja formada por el requerimiento de igualdad compleja y la investigación de los bienes sociales, responde otra conjunción: el requerimiento de justificación y la investigación de los órdenes de magnitud. Estas grandes diferencias se refieren a situaciones iniciales diferentes: en Walzer, es la tiranía, forma perversa de la dominación; en Boltanski y Thévenot es el conflicto, la disputa, lo diferente, en síntesis, la discordia. La dominación reclama una estrategia de contención, la discordia una estrategia de justificación, consistente en una batería de argumentos para hacer valer en los litigios. Así asociado con el requerimiento

de justificación, el sentimiento de la injusticia no constituye una motivación menos fuerte en el marco del desacuerdo que en el de la dominación; la violencia acecha la discordia, pues ésta no logra elevarse al nivel del discurso. Tal es la pregunta de donde procede la obra: ¿cómo justificar el acuerdo y superar el desacuerdo sin sucumbir a la violencia?

Este proyecto exige una metodología, o mejor dicho una criteriología, que consiste, como en Walzer, en un trabajo de diferenciación. Por eso en la segunda parte se plantea un problema idéntico de articulación. Pero aquí la diferenciación no recae sobre los bienes sociales y la comprensión común que tenemos de ellos, sino sobre los principios de escala. La diferencia no es fácil de precisar: digamos que primero buscamos formas de equivalencia –y por ende generalidades– entre los actores sociales, resultantes de su recurso a principios últimos de legitimación en las situaciones de acuerdo y desacuerdo. Estos principios se revelan en última instancia múltiples.

En la regresión hacia argumentos cada vez más anteriores, es preciso detenerse en alguna parte; la necesidad de esta detención en las operaciones de justificación no puede no interesar al jurista que reflexiona sobre la relación entre juicio y sentencia: sentencia en la deliberación, sentencia en la confrontación de reivindicaciones, última palabra pronunciada en el debate del sí-mismo consigo mismo o del sí-mismo con el otro. Pero esto no es todo: aún no hemos introducido la idea de escala y economía de escala. Los órdenes de generalidad que corresponden a las formas de justificación no sólo son maneras de clasificación, sino escalas de evaluación: pensamos en Pascal y sus “tamaños de establecimiento”; nuestros autores han pensado en ello. Si los principios de justificación rigen valores de escala, ello impone que la idea de justificación supone la de valer más o valer menos en las pruebas de justificación.

He aquí lo que en Boltanski y Thévenot ocupa el lugar que en Walzer ocupa la idea de heterogeneidad de los bienes sociales, a saber, la pluralidad de los principios de justifi-

cación invocados cuando los actores sociales intentan defender su causa o fundamentar la crítica en situaciones de discordia.

No quisiera que, por preocupación didáctica, esta oposición se llevara demasiado lejos. Un parentesco aproxima estos dos proyectos de pluralización de la idea de justicia. Ello es visible en los préstamos implícitos entre uno y otro. Así, la noción de los bienes sociales desarrolla una lógica interna de fuerte carga prescriptiva (qué tenemos derecho a comprar o no); en este sentido, la noción de comprensión común se une con la de justificación. En sentido inverso, podemos decir que las diversas escalas se prestan a la distribución como los bienes sociales; la justificación nace entonces de la justicia distributiva. A lo sumo, en los dos casos, también distribuimos poder, y por ende satisfacción y gozo. Aun así, sigue habiendo una gran distancia entre un proyecto centrado en la igualdad, es decir la limitación de la dominación, y un proyecto centrado en la justificación, es decir un tratamiento razonable de los litigios.

Esta diferencia inicial encuentra un eco en el plano de los modelos a los cuales apuntan las dos empresas. No es casual que aquí no se hable de esferas de justicia sino de ciudades y mundos. Los regímenes de acción justificada merecen ser llamados “ciudades”, pues brindan una coherencia suficiente a un orden de transacciones humanas. Se los denomina “mundos” cuando las cosas, los objetos y los dispositivos sirven como referentes establecidos, a la manera de un “mundo común”, en las pruebas que surgen en una ciudad dada. Así, en la “ciudad inspirada”, la escala de las personas se autoriza por gracia, como un don, sin relación con el dinero, la gloria o la utilidad. En la “ciudad de la opinión”, la escala depende del renombre, de la opinión ajena. En la “ciudad comercial” se negocian bienes raros, sometidos a la codicia de todos, y las personas sólo están unidas por la confluencia de apetencias. En la “ciudad doméstica”, que se extiende hacia aquello que Hannah Arendt llamaba la familia, reinan valores de lealtad, fidelidad, reverencia. La “ciu-

dad cívica” reposa sobre la subordinación del interés propio de la voluntad de todos, expresada por la ley positiva. En la “ciudad industrial” —que no debemos confundir con la ciudad mercantil donde la fijación instantánea de los precios constituye el valor— predominan reglas funcionales y duraderas sometidas al principio superior de la utilidad.

Ante todo notamos una semejanza de superficie. El capítulo “Ciudad mercantil” evoca el capítulo “Dinero y mercancías”; la “ciudad cívica” evoca el “poder político”; y sería fácil encontrar equivalencias entre lo que se dice de la “ciudad inspirada”, por una parte, y de la “gracia divina”, por la otra, e incluso entre la “ciudad doméstica” y el “tiempo libre”, el “reconocimiento” y demás. Pero es dudoso que una correlación término por término nos lleve demasiado lejos, pues ambos recurren a metodologías muy diferentes. Walzer apela a una antropología cultural a cuyo juicio la evaluación de los bienes presenta una relativa coherencia de estabilidad de largo plazo. El filósofo procede aquí como Clifford Geertz en su “comprensión de las culturas”: él se limita a engrosar el trazo para enumerar los perfiles relativamente estables y durables de evaluación; da por sentado que los *shared understandings* permiten este procedimiento, que a fin de cuentas ya había sido el de Max Weber en la elaboración de sus *ideal types*. Las ciudades de Boltanski y Thévenot no son *ideal types* de evaluaciones compartidas, sino argumentaciones en situaciones de acuerdo y de litigio. Por ello la reconstrucción es más compleja que una simple duplicación de las comprensiones que operan en un período de tiempo prolongado. Esta consiste curiosamente —y felizmente, me atrevería a decir— en eslabonar, con miras a aclarar las unas por medio de las otras, obras especulativas recibidas de la tradición filosófica y teológica y manuales destinados a los cuadros directivos empresariales y los dirigentes sindicales.

Esta lectura cruzada se pone en práctica por primera vez en el marco de la “ciudad mercantil”. Los autores toman de la obra de Adam Smith los elementos que garantizan el establecimiento de un lazo comercial; estos elementos constitu-

yen, según la expresión de Smith, los lineamientos de una "gramática" que es posible identificar aun en las argumentaciones más débiles, peor articuladas, como las de los manuales en cuestión. Asimismo, la *Ciudad de Dios* de san Agustín lleva a un nivel apropiado el discurso más débil articulado por ciertos genios espirituales, artísticos y marginales que pueblan la "ciudad inspirada". El *Contrato social* de Rousseau es el mayor recurso de la "ciudad cívica". La concepción del honor en Hobbes explicita las sutiles reglas jerárquicas de la "ciudad del renombre", donde la escala de las personas depende de la opinión de los demás. Saint-Simon es el guía en la explotación de los discursos sostenidos por quienes él fue el primero en llamar industriales. Bossuet y otros moralistas brindan un discurso apropiado para la "ciudad doméstica" (señalo al pasar que la filosofía se encuentra reintroducida en el corazón de las ciencias sociales a título de tradición argumentativa, lo cual constituye una justificación indirecta para ella y, para el sociólogo y el economista que son nuestros autores, el reconocimiento de su pertenencia a una historia del sentido).

La ventaja de la metodología utilizada en *De la justificación* consiste en llevar mucho más lejos el análisis conceptual de aquello que Walzer da por sentado, una vez establecido el simbolismo que rige tal categoría de bienes sociales. Desearía demostrarlo a propósito de dos subdivisiones donde ambas obras parecen superponerse: el lazo comercial y el lazo político.

En lo concerniente al lazo comercial, Walzer, esencialmente preocupado por impedir la intromisión de una esfera en otra, se limita a sintetizar qué significa repartir, comprar-vender, canjear; cuenta con una suerte de intuición esclarecida, llevada al rango de lógica interna de los bienes considerados, para confeccionar la lista de aquello que no se puede comprar ni vender. Por último, al confeccionar la lista de los ítems derivados de otras categorías de bienes, se especifica, de manera en cierto modo negativa, el bien comercial en sí. A esta operación de delimitación responde, en *De*

la justification, un trabajo de constitución de tipo argumentativo más que apreciativo del lazo comercial. Se puede hablar de una verdadera constitución del bien común que lleva a los individuos a superar su singularidad. Volveremos en la segunda parte sobre el papel que desempeña esta noción de bien común, que nuestros autores especifican cada vez en función de la ciudad considerada. Así, en el caso de la “ciudad mercantil”, el bien común está representado por el precio que concluye la negociación suscitada por el libre juego de apetencias:

El bien comercial une a las personas por medio de bienes raros sometidos a las apetencias de todos, y la competencia de apetencias subordina el precio, asociado con la posesión de un bien, a los deseos de los demás.
(Pág. 61.)

Queda claro, pues, que las reglas que gobiernan el dispositivo del mercado –reglas, dicen los autores, semejantes a las reglas gramaticales– son las que permiten, en segunda instancia, criticar la pretensión de la esfera comercial de contaminar las otras esferas. El ejemplo de la ciudad mercantil presenta una buena ocasión para afinar la diferencia entre un enfoque evaluativo y un enfoque argumentativo, sea cual fuere su innegable parentesco.

Ahora quisiera detenerme en el otro registro donde los dos análisis confluyen: el poder político, por una parte, la ciudad cívica, por la otra. Para Walzer, la cuestión del poder toca a la preocupación mayor de su obra, a saber el destino de la dominación. Como hemos visto, al confeccionar la lista de aquello que el poder político no tiene derecho a controlar, se diseñan los contornos de la esfera del poder. Pero se da su constitución interna por ya comprendida, mientras que en Boltanski y Thévenot el contrato social suscita una génesis conceptual, la que procede de la transferencia de la soberanía del cuerpo del rey a la voluntad general. Se trata de una forma de subordinación donde el bien común se define como “bien público”. Del compromiso recíproco entre los particu-

lares y el público proceden los grados de escala cívica, según que la voluntad que impulsa a los ciudadanos sea singular o esté orientada hacia el interés general. En este punto el análisis de la ciudad cívica conduce a las mismas perplejidades que el análisis de la esfera del poder político: ¿la ciudad cívica –la extrañeza de la palabra ya debería alertarnos– es una ciudad como las demás? ¿Su paradoja no consiste en ser al mismo tiempo el envoltorio de todas las ciudades? Esta perplejidad estará en el centro de nuestra segunda parte.

Pero quisiera decir una palabra más acerca de la diferencia de estrategia de las dos obras examinadas. Esta se acrecienta cuando Boltanski y Thévenot completan su teoría de las “ciudades” con la de los “mundos”. Recordaré cómo pasan nuestros autores del primer tema al segundo. La atención a la gramática del lazo constitutivo de cada ciudad se debe duplicar según ellos mediante una atención a las pruebas donde se juzga la aptitud de las personas en función de tal o cual dimensión. Subrayo al pasar la importancia que reviste para los juristas el momento del juicio, el momento de la sentencia, pues se zanja la disputa y se resuelve la incertidumbre concerniente a las escalas. Lo importante para este análisis va más allá: el apoyo en las cosas, los objetos y los dispositivos en las pruebas de aptitud es lo que permite hablar no sólo de “ciudades” sino de “mundos”: “La cuestión del acuerdo lleva así de la justicia al ajuste”. (Thévenot se ha expresado más recientemente sobre aquello que él denomina la “acción-que-conviene”.) Quizá sea por esta atención a los dispositivos materiales, comparables al aparato judicial del tribunal, que nuestros autores se alejan más de la fenomenología de los simbolismos comunes y abordan más adelante una critiología del juicio bajo el título de “Juicio puesto a prueba” (concerniente al parentesco con el juicio judicial, como se verá en las páginas 175-176). Es la parte de la obra de Boltanski y Thévenot que corre más peligro de ser pasada por alto. Creo que es aquí, no obstante, donde el enfoque de nuestros autores se diferencia más del de Walzer; el pasaje de la idea de ciudad a la de mundo permite verificar la gramática de las

obras de filosofía política con ayuda de los discursos considerados más próximos a la práctica en manuales destinados a los cuadros empresariales y los delegados sindicales; mientras los filósofos guían en ciudades ideales, estos manuales guían en mundos reales. Más que prolongar esta confrontación en el plano de la realización detallada de los proyectos de partida, nos volcaremos hacia la crítica pregunta planteada al comienzo de esta lección.

HACIA LA PARADOJA DE LO POLITICO

La pregunta era la siguiente: ¿qué recursos de concentración del cuerpo político, y por ende de unificación de los focos de derecho, quedan abiertos al cabo de la lectura de una u otra obra?

No podemos decir que la obra de Walzer esté desprovista de todo enfoque abarcador: el tema de la igualdad compleja, tema considerado “abolicionista” y opuesto polarmente al de la dominación, atraviesa todas las esferas. Esto lo aproxima, por así decirlo. El tema figura desde el subtítulo: “Defensa del pluralismo y la igualdad”. Vale decir: el pluralismo al servicio de la igualdad total. Recordemos la fórmula ya citada en *Spheres of Justice*:

La meta del igualitarismo político es una sociedad liberada de la dominación. (Pág. XIII.)

Con este tema Walzer puede entrar en competencia con Rawls en el nivel de su segundo principio de justicia: más fundamentalmente, él nos autoriza a conservar, en el título mismo de la obra, la palabra justicia en singular. Todo lo que se dice después acerca del funcionamiento general de la dominación surge de aquello que podemos denominar un formalismo mínimo, que se expresa en la definición de términos como monopolio, dominación, predominio y tiranía. Este formalismo mínimo se expresa luego en la correlación

entre el proyecto abolicionista y la criteriología de los bienes sociales. En este sentido, podemos considerar como rasgo formal el triple criterio: heterogeneidad de los bienes sociales, simbolismo común, lógica interna de alcance prescriptivo. Pero quisiera insistir en un concepto que aún no hemos expuesto, y que se sitúa en el punto de encuentro entre el proyecto de diferenciación y la criteriología extraída de la noción de bienes sociales, el concepto de *conversión* y *convertibilidad*: la conversión consiste en que un bien dado, como el dinero o la riqueza, se erige en título de valor en otra esfera de justicia, como el poder político. Es el máximo secreto del fenómeno denominado predominio (*dominance*), definido como

medio de usar ciertos bienes, el cual no está limitado por su significación intrínseca o quien configura sus significaciones a su propia imagen. (Pág. 11.)

Podríamos caracterizar la conversión como violencia simbólica. Pero Walzer declara llamativamente:

Un bien predominante es convertido en otro bien o en múltiples otros bienes, en función de aquello que a menudo se toma por proceso natural pero en rigor constituye un proceso de orden mágico, comparable a una alquimia social. (Pág. 11.)

Este asombroso texto, que evoca el famoso capítulo del *Capital* dedicado al fetichismo de la mercancía, cuando la mercancía cobra un valor místico, propiciando la fusión de lo económico y lo religioso. Walzer recurre varias veces a la conversión, aunque la deja, sin más reflexión, en su status de metáfora. Pero no es insignificante, si admitimos con el autor que

es posible caracterizar sociedades enteras en función de las figuras de conversión que reinan en su seno. (Ibíd.)

Y más adelante:

La historia no revela ningún bien predominante único, ningún bien naturalmente dominante, sino diferentes clases de magias y de pandillas de magos rivales. (Ibíd.)

La reticencia del autor a decírnos más resulta de la postura mayor de su obra, que es de vigilancia en las fronteras, como si la preocupación por fundar, por integrar el lazo social más vasto, ocultara la tarea de combatir los monopolios y las tiranías, como si toda empresa de fundación –aunque esta interpretación es personal– estuviera condenada a hacerle pérnidamente el juego a la magia de la conversión.

¿Pero puede una teoría preocupada exclusivamente por diferenciar las esferas evitar la cuestión de la integración de estas esferas en un mismo cuerpo político? No es que el autor ignore la pregunta. En el momento de afinar su argumentación, declara:

La comunidad política es la configuración [*setting*] apropiada para la empresa. (Pág. 28.)

Pero el status de esta configuración nunca se constituye en objeto de una reflexión aparte. Esta reticencia explica ciertas anomalías en el tratamiento de la primera y última esfera de justicia: la nacionalidad y el poder político.

En lo concerniente a la primera esfera de justicia, es preciso observar que todas las demás distribuciones de bienes se desarrollan en su seno: la nacionalidad no es un bien social como los demás.

No lo distribuimos entre nosotros: ya es nuestro. Lo concedemos a los extranjeros. (Pág. 32.)

Y más adelante:

La nacionalidad no se puede asignar por medio de una instancia externa: su valor depende de una decisión interna. (Ibíd.)

En otras palabras, aquí enfrentamos un fenómeno de autoconstitución que no se deja situar bajo la égida de la distri-

bución, sino por la tendencia de la pareja nacional/extranjero. El carácter insólito de este fenómeno de constitución en relación con una idea de justicia distributiva es subrayado una vez más por el hecho de que la mayoría de los demás bienes distribuidos resultan ser bienes allende las fronteras, por los cuales el mundo constituye la última instancia distributiva que podemos denominar *self-contained*. En cambio, es preciso señalar que

no obstante, con la comunidad política nos aproximamos lo más posible al bien común. (Ibíd.)

La lectura del último capítulo, que en cierto modo responde polarmente al primero, refuerza nuestro embarazo. Como lo anunciamos al fin de la primera parte, el poder político es a la vez un bien compartido como los demás y –si así se quiere– el guardián de las fronteras. Pero parece que aquello que interesa a Walzer no es el status de la soberanía popular y su eventual indivisibilidad, y por ende la fundación del cuerpo político, aquello que tocaría a la pregunta misma de la fuente del derecho, sino la eventualidad de aquello que nos ha parecido la mayor perversión del proceso de evaluación de los bienes, a saber la conversión inducida de un bien en otro: de la riqueza en poder político, del poder político en poder religioso, etcétera. De esta manera se evita la cuestión del fundamento unitario del cuerpo político. Así la obra evita enfrentar la paradoja que constituye el tratamiento del Estado en términos de justicia distributiva: en cuanto bien a compartir, el poder político exige ser devuelto a su lugar entre los bienes; es un modo de contribuir a desmitificarlo. Pero, dado que no es únicamente un bien entre otros, dado que es el regulador de muchas distribuciones, incluidas las que afectan bienes tan intangibles como los bienes afectivos, místicos, ético-jurídicos, el poder político parece surgir del marco de la justicia distributiva y plantear el problema específico de la autoconstitución y el problema correlativo de la autolimitación. ¿Por qué el autor evita plantear el problema del Estado y la soberanía en los términos de esta paradoja? Sin duda él diría que este problema

ha sido tan tratado que hoy oculta otro que le parece más urgente, a saber, el problema del gobierno limitado. Su debate no es pues con Rawls, sobre el punto de los principios de justicia, sino con Nozick, sobre el punto del gobierno mínimo. Como el bombero, corre hacia el foco de incendio, el lugar donde se transgrede una frontera. Aun así, a su entender el mayor peligro reside en el poder político. Pero se puede suponer una razón más fundamental: una filosofía política totalmente construida sobre el tema de la heterogeneidad de los bienes sociales está mal preparada para plantear el problema de la autoconstitución del cuerpo político y los problemas anexos de su autolimitación.

Cabe entonces preguntarse si una teoría de la justificación, preocupada por diferenciar ciudades y mundos, está mejor equipada para enfrentar esta paradoja política. A primera vista, podemos sostener que la obra de Boltanski y Thévenot está mejor dotada que la de Walzer en consideraciones de alcance abarcador. Al tema de la igualdad compleja responden largos análisis consagrados sucesivamente a las *figuras de la crítica* en las situaciones de desacuerdo, luego a aquella forma particular de retorno al acuerdo que constituye la *componenda*. Este orden de sucesión es importante, pues no vamos directamente a las posibilidades de consenso en la escala de una comunidad políticamente unificada: primero hacemos un gran desvío por el conflicto entre los mundos. Allí es donde ambos proyectos se parecen de nuevo, y en dos aspectos, el pluralismo inducido para comenzar una visión trágica de la acción, el acuerdo en una ciudad teniendo por precio el desacuerdo entre las ciudades. Pero aquello que Walzer trata como un conflicto entre simbolismos comunes, en la prolongación de la heterogeneidad de los bienes, es para Boltanski y Thévenot un conflicto entre principios de justificación, y por ende un ejercicio crítico. La transferencia de un mundo a otro se caracteriza por una transferencia de argumentos que puede minar el interior de los principios de escala de tal o cual ciudad, así sometida al fuego del juicio de sospecha. Esta capacidad de réplica mutua parece estructural

y no coyuntural. El bien común de una ciudad es vulnerable a la crítica armada por la visión del bien común que constituye el lazo interno de otra ciudad. Nuestros autores son así llevados a confeccionar el mapa de las críticas dirigidas desde un mundo hacia cada uno de los otros cinco mundos. No entraré aquí en este juego de fuegos cruzados donde hay muchas balas desperdiciadas. Me detendré en una observación que me conducirá directamente a la cuestión del consenso, eje del sentido global de la obra:

No existe un punto de observación, exterior y superior a cada uno de los mundos, desde donde la pluralidad de las justicias se pudiera considerar desde arriba, como un abanico de opciones igualmente posibles. (Pág. 285.)

La ausencia de todo punto de observación externo es un tema mayor en ambas obras. ¿Qué significa esto para una teoría del consenso? ¿Ofrece ésta nuevas aperturas acerca de la recomposición de una idea unitaria de justicia?

Ante todo observemos, a modo de transición, que la crítica ejercida desde un mundo hacia los demás es realizada por personas capaces de cambiar de mundo, de pertenecer simultáneamente a varios mundos, y por ende de transportar consigo la visión interna del mundo de donde vienen. Así se presume una teoría implícita del *trickster*: en definitiva es el tránsfuga, el traidor, quien permite a nuestros autores escribir:

La posibilidad de salir de la situación presente y denunciarla apoyándose en un principio exterior y, en consecuencia la pluralidad de los mundos, constituyen pues la condición de una acción justificada. (Pág. 289.)

¿Pero este individuo que salta las murallas está impulsado por la visión de un bien común que no sea solamente el de una ciudad, el de un mundo?

He aquí la pregunta en torno de la cual gira en definitiva toda la empresa. Es muy difícil responder a esta pregunta por sí o por no.

Al principio del libro, en un nivel todavía muy formal –antes de entrar en el laberinto de las ciudades, un poco como cuando Walzer habla del predominio antes de iniciar su periplo por las esferas–, nuestros autores plantean una serie de axiomas que anticipan directamente la respuesta a nuestra pregunta. El primer axioma está constituido por el principio “de la común humanidad de los miembros de la ciudad” (pág. 96). Esta iguala a todos los hombres en cuanto humanos, excluyendo la esclavitud o la designación de subhombres. Pero, en ausencia de diferenciación, este lazo es no político, en la medida en que sólo pone en escena un hombre único, un Adán. El Edén no es un sitio político. El acuerdo perpetuo de todos con todos no propone nada más que una utopía, en el límite de toda ciudad: sólo con el segundo axioma, el principio de disimilitud, los miembros de la ciudad pueden al menos distinguir dos estados posibles; ya no estamos en el Edén; comienzan las pruebas para atribuir diferentes estados. Entonces sólo un modelo de humanidad en varios estados brinda acceso a una vida política; por ello es preciso añadir un axioma suplementario que defina el modelo de “humanidad ordenada” (pág. 99). Bajo este status, polarmente opuesto a la utopía de un Edén indiferenciado, se puede hablar de bien común, pero siempre desde el ángulo de una ciudad o de un mundo.

Hecha esta reserva, podemos regresar a la cuestión del consenso o, mejor dicho, de los consensos entre cada ciudad y las otras cinco. Sólo existen figuras de consensos. Parece, pues, que no es sino en un sentido impropio que uno de estos últimos capítulos se titula “los consensos para el bien común” (pág. 337). ¿Cómo habría un superconsenso en la escala del cuerpo político indiviso, cuando el consenso no es sino una suspensión del disenso, por medio del cual se evita la violencia? El voto es claro:

El principio encarnado por el consenso resulta frágil, tanto que no se puede relacionar con una forma de bien común constitutivo de una ciudad. La instalación de un con-

senso no permite ordenar a las personas según una escala propia. (Pág. 338.)

Al leer la parte del libro consagrada al consenso, nos queda la impresión de que los consensos son siempre más débiles que los lazos internos en las múltiples ciudades. De ello resulta que si algún bien común superior es encarado por el consenso, en cuanto figura general de interacción, es tan indeterminado como es frágil el lazo instaurado por el consenso. A falta de la utopía del Edén, no se pueden generar sino consensos siempre amenazados de trocarse en componendas, según una inclinación que evoca el efecto perverso denunciado por Walzer bajo el signo de la conversión.

Me pregunto pues si, tanto en Boltanski y Thévenot como en Walzer, no se ha subestimado la importancia de la paradoja de lo político, resultante del hecho de que la ciudad cívica es y no es una ciudad como las demás, en todo caso no en el sentido en que lo son el mercado, la familia, la ciudad inspirada. Encuentro un refuerzo para mi perplejidad en la elección que hacen los autores del *Contrato social* de Rousseau como modelo de la ciudad cívica (a propósito de esta designación, “ciudad cívica”, los autores revelan un titubeo: ¿no se trata de un pleonasmico?). Si el *Contrato social* vale como modelo, es difícil considerarlo como modelo de una ciudad entre otras. No puede ser sino el modelo de una ciudad inclusiva, puesto que la voluntad general no tolera coaliciones por debajo o por fuera de sí misma. Rousseau las habría llamado “intrigas”.

¿Estas observaciones críticas menoscaban los análisis de Walzer y de Boltanski y Thévenot? Estaría tentado de atribuir a estas dos obras el mérito de habernos ayudado a cobrar conciencia de una situación inédita, en todo caso impensable en los términos de nuestra tradición republicana y jacobina, a saber que el Estado, en cuanto fuente de derecho, se encuentra situado hoy en la incómoda situación de una entidad llamada a comportarse a la vez como todo y como parte, como continente y como contenido, como instancia inclusiva y como

región incluida. Es así como las reservas de nuestros autores, confesas o no, se convierten en nuestro propio embarazo. Estos anuncian tiempos difíciles para el derecho. No será menos difícil, en los decenios venideros, conciliar la indivisible soberanía popular con la proliferación de focos de derecho, que conciliar esta soberanía indivisible con las nuevas instituciones postnacionales, cuando no supraestatales, que también crearán derecho. Así como deberemos generar una situación compleja, nacida del encabalgamiento de varias instancias de juridicidad en el nivel estatal y supraestatal, también deberemos tratar de generar una situación simétrica surgida del encabalgamiento de varias fuentes de juridicidad en el nivel infraestatal; tal situación es consecuencia de la figura de la paradoja política.

JUICIO ESTETICO Y JUICIO POLITICO SEGUN HANNAH ARENDT

El objetivo de este ensayo es poner a prueba la tesis de Hannah Arendt expuesta en el tercer volumen (lamentablemente inconcluso y póstumo) de su tríada *Thinking, Willing, Judging*,¹ tesis según la cual sería posible extraer del corpus kantiano, situado bajo el título convencional de filosofía de la historia, una teoría del *juicio político* que satisfaría los criterios aplicados al juicio estético en la tercera *Critica*, la *Critica de la facultad de juzgar*.

¹ La tríada se debía titular *The Life of the Mind*. Del tercer volumen sólo nos han llegado las *Lectures on Kant's Political Philosophy*, el seminario sobre la *Critica de la facultad de juzgar* y el ensayo de Ronald Beiner (publicados por la University of Chicago Press, 1982). Bajo el título *Juger. Sur la philosophie politique de Kant* se publicó en Editions du Seuil en 1991. Myriam Revault d'Allonnes tradujo, además del "Post-scriptum" del tomo I de *La vie de l'esprit (La pensée)*, las *Conférences sur la philosophie politique de Kant*. Al final de la obra hay un ensayo interpretativo que ella sumó al de Ronald Beiner bajo el título "Le courage de juger".

EL JUICIO ESTETICO: KANT

Antes de abordar las hipótesis de Hannah Arendt, quizá convenga hacer una rápida evocación de los análisis que Kant consagra al juicio reflexivo, cuyo juicio estético es una de sus dos expresiones, acentuando su capacidad de ser extrapoladas más allá del campo cubierto por la tercera *Crítica*. Si no voy directamente al análisis del juicio estético y me demoro en el concepto general de juicio reflexivo, es con la finalidad de dejar margen para una interpretación alternativa de la filosofía política de Kant, que permanecería situada bajo la égida del juicio reflexivo pero no exclusivamente en su uso estético. Partiré pues de la conjunción, bajo el concepto general de juicio reflexivo, del juicio estético y del juicio teleológico.

Digamos ante todo que esta conjunción exigía una revisión profunda de la concepción misma de juicio. Toda la tradición filosófica hasta Kant reposaba sobre la definición lógica del juicio como acto predicativo (dar un predicado a un sujeto). La inversión fundamental que se opera después de Kant consiste en sustituir la idea de atribución (o predicción) por la idea de subordinación, es decir de un acto por el cual un caso es “puesto bajo” una regla. La gran novedad de la tercera *Crítica* respecto de la primera es que admite un desdoblamiento de la idea de subordinación: en la primera *Crítica*, ésta procede de abajo arriba, por así decirlo, de la regla hacia el hecho de la experiencia; es el juicio *determinante*, así llamado porque, en la aplicación de la regla a un caso, el juicio confiere a la experiencia un valor de verdad consistente en la objetividad (sin referencia a la idea de adecuación a la cosa en sí = X). La *Crítica de la facultad de juzgar* se sitúa en la hipótesis de un funcionamiento inverso de la subordinación: para un caso dado “buscamos” la regla apropiada bajo la cual situar la experiencia singular; el juicio es “solamente” reflexivo, porque el sujeto trascendental no determina ninguna objetividad universalmente válida, sino que sólo tiene en cuenta los procedimientos que sigue la mente en la opera-

ción de subordinación, procediendo en cierto modo de abajo para arriba.² Conviene tener en cuenta esta amplitud de la noción de juicio reflexivo para la continuación de la discusión. No obstante, no podemos silenciar la prioridad que Kant mismo otorga al juicio estético en relación con el juicio teleológico. Esta prioridad deriva de que el orden natural pensado bajo la idea de finalidad tiene una dimensión *estética* en virtud de su relación con el sujeto y no con el objeto. El orden nos toca en aquello que nos agrada. Asimismo, el juicio estético es reivindicado por el juicio teleológico como el primer componente del juicio reflexivo, por ende de la reflexión pura. En la sección VII de la introducción, Kant puede escribir:

El objeto es pues llamado bello y el poder de juzgar a partir de tal placer (y en consecuencia de manera universalmente válida) se denomina gusto.

No se puede decir lo mismo del orden mecánico: éste no agrada, pues no responde a ninguna expectativa (*Absicht*) que se pueda engañar o tergiversar. Parece lícito, pues, situar el juicio del gusto a la cabeza de una investigación que parece primero destinada a agotarse en una reflexión sobre la finalidad natural de los organismos vivientes. La frágil unidad de las dos partes de la tercera *Critica* reposa sobre esta posibilidad de desplazar el acento hacia el *placer* del orden, o bien hacia su estructura *teleológica*. La estética trascendental, librada a sí misma, correría el riesgo de caer en el psicologismo; la teleología trascendental, en el naturalismo. Lo que garantiza cierta primacía del juicio del gusto en relación con el juicio teleológico es el parentesco más inmediatamente reconocible entre lo bello y nuestra expectativa de un placer puro.

² El autor cita la traducción francesa: *Critique de la faculté de juger*, introduction IV, AK, V. 179, París, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, II, pág. 933.

Dicho esto, retendremos dos rasgos del *juicio del gusto*: primero, el hecho de que el gusto sea un *juicio*; luego, que su comunicabilidad asegure su universalidad. Estos dos rasgos constituyen los dos ejes principales de la “analítica de lo bello” (que luego será completada por una “analítica de lo sublime”).

a) Primero es asombroso que un sentido más íntimo que la vista o el oído, a saber el gusto (*Geschmack*), sea el soporte de un juicio. Siguiendo a Gracián, Kant subraya ante todo su carácter inmediatamente discriminatorio (su capacidad para distinguir lo bello de lo feo), a continuación su apego a lo particular, y por último su capacidad para la reflexión. ¿Pero sobre qué reflexiona el gusto? Sobre el libre juego de las facultades representativas, esencialmente la imaginación (y su carácter espontáneo) y el entendimiento (en cuanto función de orden). El placer estético que resulta de la reflexión sobre este juego es placer puro. Es placer puro porque el juicio del gusto no nos hace conocer nada del objeto, ni en sí, ni como fenómeno de conocimiento. Por lo demás, el placer puro escapa asimismo a la censura de la moral, dado que su apego al juego de la imaginación y del entendimiento asegura su carácter desinteresado. El carácter reflexivo de este juicio reposa en el hecho de que no se hace sobre una propiedad de la cosa bella sino sobre el estado del libre juego de las facultades representativas. Para subrayar la extrañeza de este momento “cualitativo”, Kant arriesga dos paradojas que han intrigado a todos los intérpretes. Primero, la paradoja de algo que *place sin concepto*, es decir sin intención objetivadora y sin pretensión de verdad. Esta paradoja se explica por la oposición entre intención objetivadora, por ende conceptualizadora, e intención reflexiva aplicada al juego de la imaginación y del entendimiento. Esta primera paradoja se presta a la suerte de transposición fuera del campo estético que intenta Hannah Arendt. Retengamos pues esta idea de un libre juego cuyos dos polos son el entendimiento, es decir una función de ordenamiento, y la imaginación, es decir una función de invención, de creatividad, de fantasía.

La segunda paradoja por la cual Kant subraya la extrañeza del placer incluido en el juicio del gusto es la idea de una finalidad sin fin, enunciada en el título del “tercer momento” de la analítica de lo bello (§ X). Finalidad significa aquí una composición interna tal que las partes se adecuen entre sí y con el todo; es la finalidad que encontramos en la organización de los seres animados y sobre la cual trata la segunda parte de la *Critica de la facultad de juzgar*. Pero es una “finalidad sin fin”, en el sentido de que no es querida y proyectada, como ocurre en la relación entre medios y fin en las técnicas constitutivas de la praxis humana. Una flor bella presenta esta composición armoniosa sin remitir a una actividad intencional.

b) Es pues inesperado que el juicio del gusto pretenda universalidad. ¿Acaso no se presta a discusiones interminables? Solución: el gusto se presta a una originalísima forma de universalidad, a saber la comunicabilidad. El gusto es un sentido compartido. Lo compartido es la reflexión sobre el libre juego de las facultades representativas. El gusto es pues universalizable de un modo en que lo son las representaciones objetivas o las exhortaciones prácticas del libre albedrío. La ecuación entre universalidad y comunicabilidad carece así de precedentes en las otras dos críticas. Es preciso comprender el alcance paradojal de dicha comunicabilidad: es una verdadera paradoja, en el sentido de que nada parece más incomunicable que un placer puro. Pero en la medida en que el placer nace de la contemplación de la finalidad íntima, es decir de las relaciones de conveniencia instituidas por el libre juego de las facultades, este placer puede ser compartido, e idealmente por todos. Estimar una cosa bella es admitir que esta cosa “debe contener un principio de satisfacción para todos” (título del § 6: “Lo bello es aquello que está representado sin concepto como objeto de una satisfacción universal”). Desprender la universalidad de la objetividad, asociarla con aquello que place sin concepto y que presenta la forma de la finalidad sin deber ser tratado como el medio de un fin proyectado y querido, todo ello constituye un avance muy osa-

do en la cuestión de la universalidad, puesto que la comunicabilidad no deriva de una universalidad apriorística. Es tentador buscar esta paradoja de la comunicabilidad, instauradora de universalidad, en otros campos aparte del estético (sobre todo en el campo político, pero también en el histórico o eventualmente jurídico).

En la analítica de lo bello, Kant sólo explora las implicaciones más fáciles de aprehender: así, la ejemplaridad de lo bello en cuanto apela a una “continuación” (*Nachfalte*) que no sea una imitación (*Nachahmung*), so pena de dejar de ser un juicio, es decir un discernimiento crítico. Tal distinción entre continuar e imitar allana el camino a vastas consideraciones sobre la dialéctica entre tradición e innovación.

No nos dejemos desorientar porque aquí Kant haya recurrido al conocido *topos* llamado del “sentido común”, pues todo su esfuerzo consiste en distinguir este sentido común de un consenso empírico (que sería precisamente el efecto sociológico de una imitación servil). El “cuarto momento” de la “analítica de lo bello”, consagrado a la “modalidad” del juicio del gusto, versa precisamente sobre la necesidad que se asocia con esta comunicabilidad universal del sentimiento de lo bello (encontramos en Gadamer, en la primera parte de *Verité et méthode*, un largo análisis de la tradición del “sentido común”, tan despreciada y controvertida, pero también tan difícil de evaluar con precisión, por ejemplo en el vocabulario de la ejemplaridad, donde se cruzan historicidad y perennidad).

c) Aquí no hemos dicho nada de la “analítica de lo sublime”, que Kant añadió a su analítica de lo bello. Lejos de debilitar las paradojas de aquello que place sin concepto y de la finalidad sin fin, lo sublime las exalta. Aquí Kant quiso explicar los diferentes funcionamientos del juego de la imaginación y del entendimiento: un juego armonioso, proporcionado, tranquilizador, y un juego discordante, desproporcionado, cuyo exceso suscita un desborde de pensamiento. Esta dialéctica del imaginario judicatorio también tiene paralelismos fuera de la estética. Estirando el libre juego de la imaginación y del en-

tendimiento —de la fantasía y del orden, por así decirlo— hasta un punto cercano a la ruptura, lo sublime abre el espacio donde podrán insertarse algunos de los procedimientos que contribuyen a la construcción del juicio reflexivo en otros campos aparte del estético. Lo sublime, a su vez, puede cobrar dos formas. En lo sublime “matemático”, nuestra imaginación es excedida, rebasada, devorada por aquello que es “grande absolutamente”, es decir, sin parangón: la facultad de juzgar aprecia sin medirlo aquello que es en sí desmedido, *desmesurado*. El trabajo de la imaginación, al no poder igualarse por un progreso infinito a la grandeza desconcertante de lo sublime, encontrará equivalentes notables en otros registros aparte del estético, sobre todo en lo sublime negativo de los acontecimientos monstruosos de la historia. En cuanto a lo sublime “dinámico”, procede de la inadecuación entre nuestras fuerzas y las de una naturaleza que nos aplastaría si no estuviéramos protegidos de sus golpes; esta desmesura también encontrará paralelismos al margen de lo estético. Es verdad que Kant no se interesó en estas posibilidades de extrapolación, sino en la abertura de lo “estético a lo ético”, asegurada por lo sublime: en efecto, lo sublime estético contribuye a manifestar nuestra superioridad como seres morales. No seguiremos a Kant en esta vía por la cual lo estético apunta en dirección de lo ético. Nos detendremos en el trabajo de una imaginación que invita a “pensar más”.

d) No podemos limitar la crítica del juicio estético a la “analítica de lo bello”, ni siquiera magnificada por la de lo “sublime”. Es preciso tener en cuenta la “Dialéctica del genio y del gusto”, que culmina en el párrafo 48. Hasta aquí hemos podido hablar de lo bello sin especificar si el juicio del gusto atañe a un producto de la naturaleza (“esta rosa es bella”) o una obra creada por un artista humano. Kant quiso retardar el momento del “hacer”, con el objeto de no permitir que la finalidad externa interfiriese con la finalidad sin fin de lo bello en cuanto tal. Por eso la primacía de la naturaleza se reafirma en el corazón mismo de la investigación de las bellas artes.

Las bellas artes son arte sólo en la medida en que poseen ante todo la apariencia de la naturaleza. (§ 45.)

Es preciso, en efecto, que la finalidad visible en los productos de las bellas artes no parezca intencional, aunque lo sea: el significado de este título es sorprendente al principio. La belleza artística es subordinada por segunda vez a la belleza natural por la tesis según la cual el genio del que procede la obra de arte es un don natural:

El genio, se dice, es el talento (el don natural) que permite dar al arte sus reglas. (§ 46.)

Ello no impide que genio y gusto se opongan, poniendo así un límite a esta preocupación de subordinar el arte a la naturaleza. Kant va tan lejos como es posible en esta oposición: mientras que el gusto reflexiona *a posteriori*, el genio inventa sin reglas, en cierto modo adelantándose a sí mismo. La función creadora, fuente de originalidad, se opone a la función discriminatoria del gusto. Y si las grandes obras son ejemplares, su ejemplaridad, más aún que la de la naturaleza, es todo lo contrario de la imitación servil y repetitiva. Es aquí donde cobra todo su sentido la oposición entre "continuar" e "imitar". Es preciso pues acordarlo:

Para *juzgar* objetos bellos en cuanto tales, es necesario el *gusto*; pero para las bellas artes mismas, es decir para *producir* tales objetos, es necesario el *genio*. (§ 48.)

¿Esto es a expensas del gusto? Hasta cierto punto:

El gusto es sólo una facultad de juzgar, y no una capacidad de creación. (§ 48.)

Kant, al parecer a regañadientes, asegura un igual juego al genio y al gusto.

El gusto, como la facultad de juzgar en general, es la disciplina (o el adiestramiento) del genio, le roe severamente las alas, lo civiliza o lo pule; pero lo guía al mismo tiem-

po, indicándole a qué aplicarse, y hasta dónde extenderse para permanecer conforme a un fin; y, en la medida en que el gusto aporta orden y claridad al tropel de los pensamientos, les brinda asidero y los vuelve capaces de suscitar un asentimiento duradero pero igualmente universal, dignos de la posteridad y de una cultura siempre en marcha. (§ 50.)

Esta competencia entre el gusto y el genio cobrará la mayor importancia cuando la transpongamos al plano del juicio político. En manos de Hannah Arendt, se convertirá en la oposición entre el espectador cosmopolítico y el agente de la historia. Una cuestión semejante a la planteada por la confrontación entre gusto y genio surgirá así en el campo político. ¿Tendrá la última palabra el espectador desinteresado de los grandes acontecimientos que, sin embargo, sólo se insertan en la historia amparados por una ejemplaridad comparable a la del genio?

DEL JUICIO ESTETICO AL JUICIO POLITICO: HANNAH ARENDT

El intento de Hannah Arendt en el tercer volumen de su trilogía –cuyo carácter inconcluso, insistimos, no se debe perder de vista– se entiende ante todo como una apuesta, la proclama de que resulta más fructífero tratar de extraer una concepción del juicio político a partir de la teoría del juicio del gusto que asociar esta concepción con la teoría del juicio teleológico a través de una filosofía de la historia. Es una apuesta difícil, porque los lazos entre la filosofía de la historia y el juicio teleológico son inmediatamente perceptibles en la obra kantiana, dado que Kant escribió su filosofía de la historia, mientras que la filosofía política que Hannah Arendt atribuye a Kant es en gran medida una reconstrucción, aunque no sea incoactiva ni aun virtual.

El interés que aún se atribuye a un texto como *La idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolítico* (1784)³ reside precisamente en que, a pesar de la impronta de la teleología natural, esta filosofía de la historia procura instalar una filosofía política. Es verdad que esta filosofía política no es una filosofía del juicio político: se limita a articular la *tarea* política asignada a la especie humana sobre la finalidad natural, es decir, sobre las disposiciones innatas de esta especie. La expresión “desde el punto de vista cosmopolítico” expresa la singularidad de este lugar-bisagra. Las nueve proposiciones del ensayo intentan establecer gradualmente las condiciones de posibilidad de la transición entre teleología natural y ciudadanía mundial: de *cosmos* a *polis*, podríamos decir. El giro del ensayo se encuentra en las proposiciones V, VI y VII, donde se afirma que la naturaleza, a través de la “insociable sociabilidad” que rige las relaciones de una humanidad no esclarecida, ejerce su presión sobre la especie humana, a la cual deja por lo demás totalmente desarmada. En estas tesis, que desarrollan la dimensión propiamente política del ensayo, la constitución de una sociedad civil “que administre el derecho de manera universal” no está presentada como un regalo de la naturaleza sino como una tarea, más precisamente un “problema” a resolver. La naturaleza no propone una solución, sino que impone a la vez un problema y el impulso para resolvélo. Es comprensible que este problema se declare “el más difícil”; es así “el que la especie humana resolverá el último” (proposición sexta). Así, la naturaleza “dispone” el orden cosmopolítico, pero delega en los hombres la tarea de llevar a cabo esta empresa.

A mi entender, el esbozo de filosofía del juicio político que propone Hannah Arendt en la prolongación del juicio estético no se puede disociar de la filosofía explícita de la historia, cuyos momentos fuertes acabamos de evocar, y ello por

³ El autor cita la traducción francesa: *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, AK, VIII, 15 y ss., París, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, II, págs. 187 y ss.

tres razones. Ante todo, el ensayo de 1784 se puede situar ventajosamente bajo el signo del juicio reflexivo, y ello a despecho de una anterioridad de casi diez años respecto del ensayo sobre la *Critica de la facultad de juzgar*. ¿El concepto de “constitución civil perfecta”, al cual está consagrada la séptima proposición del ensayo, no está proyectado como una idea bajo la cual se *subordinan* los signos empíricos de un desarrollo prometedor de la especie humana? En este sentido es muy instructiva la novena proposición:

Es sin duda un proyecto extraño, y en apariencia absurdo, querer componer una *historia* a partir de una idea del curso que el mundo debería seguir si estuviera adaptado a ciertas metas razonables; parece que con semejante intención sólo podemos lograr una *novela*.

¿Y por qué no es una novela? En la serie de respuestas de Kant a esta sospecha, veo aquello que propongo llamar la vislumbre de un juicio reflexivo que todavía no está explícito. Primera razón:

Si se nos permite admitir que la naturaleza, aun en el juego de la libertad humana, no procede sin plan ni designio final, esta idea bien podría resultar utilizable. Y, aunque tenemos una vista demasiado miope para penetrar el mecanismo secreto de su organización, esta Idea podría servirnos de hilo conductor para presentar como un *sistema*, al menos en su conjunto, aquello que sin ello sería una *suma* de actos humanos desprovistos de plan.

La Idea, sirviendo de hilo conductor en el paso de la suma al sistema, ¿no tiene la naturaleza del juicio reflexivo? No es sueño antojadizo ni imperativo trascendental, sino idea rectora. De ahí mi sugerencia: el *juicio* político que Hannah Arendt aísla no sería entonces la única extrapolación posible de la teoría crítica del juicio reflexivo. Segunda razón: la Idea que sirve de hilo conductor al punto de vista cosmopolítico de la historia no tiene por garantía sino los signos, los síntomas, los indicios que alimentan

la esperanza de que después de muchas revoluciones ocurridas en esta transformación, llegará a establecerse un día aquello que la naturaleza tiene por designio supremo, a saber una *situación cosmopolítica* universal. (Octava proposición.)

¿No es la misma constelación de signos positivos que recogerá el juicio político, según el análisis de Hannah Arendt? Y última razón: la nota de esperanza con que termina el ensayo de 1784 no sólo no es ajena a lo que llamaremos juicio político, sino que le es consustancial, en la medida en que, como veremos, el juicio político no puede estar contenido en la retrospección, sino que conlleva una dimensión prospectiva, incluso “profética”.

Si, en su tentativa de reconstruir una filosofía del juicio político, Hannah Arendt cree poder sortear la filosofía de la historia, es porque ésta no tiene por tema a los ciudadanos tomados individualmente, sino a la especie humana tomada como una totalidad, como lo plantea la primera proposición del ensayo de 1784. Otro motivo: aunque podríamos considerar que la filosofía de la historia de Kant quedó eclipsada por las de Vico, Hegel o Marx, su presunta filosofía del juicio político no resultaría amenazada por dicho desafecto. Más aún, sería la promesa de una filosofía crítica y no especulativa de la historia, la cual suscitaría una mirada sobre historias fragmentarias estrechamente solidarias del juicio político. En este sentido, Hannah Arendt ha podido crear legítimamente la sospecha de que una filosofía de la historia que sea tributaria de una filosofía de la naturaleza y se oriente deliberadamente hacia el futuro de la especie humana encubra un interés dirigido hacia lo político en cuanto tal, es decir, en cuanto distinto de la simple sociabilidad.

Dicho esto, el primer tema de tal filosofía política sería la pluralidad implícita en el anhelo de vida conjunta que es sostén de lo político, y dicha condición de pluralidad ofrece un parentesco evidente con la exigencia de *comunicabilidad* implícita en el juicio del gusto. No sólo este concepto salido

de la tercera *Crítica* recibe una aclaración decisiva de su empleo en el marco del juicio político, sino que a su vez ofrecería los medios para una reinterpretación política del juicio del gusto. Recordemos la paradoja: ¿cómo comprender que el gusto, sentido más íntimo que la vista y el oído, se considere comunicable por excelencia en cuanto discernimiento inherente al placer? La transición entre la íntima subjetividad del gusto y la comunicabilidad que afianza su universalidad quedaba asegurada por el sentido común. Podemos pues preguntarnos si éste no es, al menos por destino, ya que no por esencia, una dimensión política, la condición y el efecto de la vida conjunta que es constitutiva de un cuerpo político. Hannah Arendt llega al punto de distinguir el uso latino del *sensus communis* de la noción popular de sentido común en cuanto escala sociológica dada. El *sensus communis* es un sentido de comunidad que las gentes del común comparten sin el auxilio de los filósofos. Pero su status de exigencia requerida lo distingue de todo dato empírico.

El segundo tema sería el de la *particularidad* del juicio político, comparable con la del juicio estético ("*Esta* rosa es bella"); así comprendido, el juicio político no tendería a suprimir sino a justificar la particularidad de los acontecimientos históricos. Pero no es una particularidad cualquiera, sino ejemplar. Este rasgo –la ejemplaridad de lo particular– es común al juicio del gusto y al juicio histórico. En ello reside la justificación del concepto de *sensus communis*: aquello que el *sensus communis* distingue y reconoce es la ejemplaridad de lo particular. En este sentido la proximidad entre la ejemplaridad de los grandes acontecimientos que nos infunden esperanza y la ejemplaridad de las cosas o las obras bellas brindaría un nuevo punto de apoyo para una filosofía del juicio político ya liberada de la tutela de la finalidad natural. A la luz del tema de la ejemplaridad es posible reconocer el valor indicativo, sintomático, de acontecimientos tales como la Revolución Francesa.

En tercer lugar, sería preciso subrayar la primacía del punto de vista retrospectivo del *espectador* sobre el punto de vis-

ta prospectivo de los *actores* de la historia. Así reencontraríamos la oposición que existía en el plano estético entre gusto y genio, entre el discernimiento de uno y la creatividad del otro. Para dicho espectador la significación de ciertos acontecimientos notables del pasado cobra valor de germen de esperanza, frente a la melancolía que alimentaría un sentimiento no reflexivo. En este sentido, la contradicción aparente que surge de diversas evaluaciones de Kant acerca de la Revolución Francesa encuentra aquí su solución. Así, en *El conflicto de las facultades*,⁴ Kant escribe:

En la especie humana, debe sobrevenir alguna experiencia que, en cuanto acontecimiento, indique en esta especie una disposición y una aptitud para ser causa del progreso hacia lo mejor y (dado que éste debe ser el acto de un ser dotado de libertad) para ser su artífice; pero podemos predecir de un acontecimiento que es efecto de una causa dada cuando se producen las circunstancias que desembocan en ello. (Sección 2, § 5.)

Pero lo importante es que dicho acontecimiento cobra sentido en la retrospección, y para un espectador no comprometido en la producción del mismo (en este caso, la Revolución Francesa):

Se trata sólo de la manera de pensar de los espectadores, la cual se traduce *públicamente* en este juego de las grandes revoluciones y la cual, a pesar del peligro, de los graves inconvenientes que podría suscitar dicha parcialidad, manifiesta un interés universal, aun así desinteresado, por los protagonistas de una parte contra los de otra, demostrando así (a causa de la universalidad) un carácter de la humanidad en general y también (a causa del desinterés) una característica moral de la misma, al

⁴ El autor cita la traducción francesa de Gibelin, *Le conflit des facultés, en trois sections* (1798), París, Vrin, 1935.

menos en el fondo, que no sólo permite esperar el progreso hacia lo mejor, sino que constituye en sí tal progreso en la medida en que se puede lograr.

A pesar del Terror, esta revolución

encuentra en el ánimo de todos los espectadores (que no están comprometidos en este juego) una *simpatía* de inspiración que toca de cerca el entusiasmo y cuya manifestación misma exponía al peligro, el cual en consecuencia no debía tener más causa que una disposición moral del género humano.

Como vemos, este texto de 1798 no disocia el juicio político del punto de vista cosmopolítico del ensayo de 1784.

Así, el desinterés, la retrospección y la comunicabilidad constituyen rasgos que están a la par. Si estos rasgos del juicio del gusto pueden ser extendidos de manera convincente de la estética a la política, es porque se asocian con el juicio reflexivo en todas sus aplicaciones posibles; en el plano del juicio del gusto, el uso público del pensamiento crítico ya expresa el juzgar en su mayor generalidad: el parágrafo 40 de la *Crítica de la facultad de juzgar* habla de “comunicabilidad general (o universal)”. Y esta comunicabilidad está expresamente ligada a una “operación de la reflexión” (*ibíd.*).

Todos estos rasgos se resumen en la bella expresión “modo de pensamiento ampliado” que nos propone el parágrafo 40 de la *Crítica de la facultad de juzgar*. Esta ampliación proyecta la mirada crítica más allá de la inmediatez sociológica y la orienta hacia otros juicios posibles, puesto que la imaginación invita a “ponerse en el lugar de todo otro”. Imaginar no es sólo representarse una cosa ausente, sino también ponerse en lugar de otro ser humano, próximo o lejano.

Podemos seguir a Hannah Arendt en su intento de aproximar la comunicabilidad del juicio estético a la “simpatía de inspiración” que un acontecimiento político decisivo puede suscitar en “el ánimo de todos los espectadores”. Luego nos preocuperemos por los peligros de una estetización de la política, pero

es preciso hacer justicia al feliz hallazgo por el cual la Estética se ve elevada al punto de vista político y, por qué no, al punto de vista cosmopolítico, en la medida en que el ciudadano del mundo kantiano es, como dice Hannah Arendt, un *Weltbe-trächter*, un espectador del mundo, es la mirada distanciada de un espectador que encuentra el camino de la esperanza en los angustiados testimonios de los horrores de la historia.

No obstante, podemos oponer dos series de reservas a esta notable reconstrucción. Las primeras ataúnen a la disyunción excesiva entre orientación prospectiva del juicio teleológico propio de un texto como *La idea de una historia universal desde el punto de vista cosmopolítico* y el juicio retrospectivo del espectador en el plano estético y político. La ejemplaridad reconocida a las obras de arte y a los grandes acontecimientos no constituiría una garantía de esperanza si la ejemplaridad no sirviera de apoyo, sino de prueba, a la esperanza. ¿Cómo podría la contemplación del pasado convertirse en expectativa orientada hacia el porvenir sin una teología subyacente? La esperanza aparece en Kant como un puente entre la mirada del testigo y la espera del profeta. Recordemos la última frase de la octava proposición de *La idea...*, que evoca

la esperanza [...] que al fin logrará un día establecerse [...] una situación cosmopolítica universal.

Este lazo entre retrospección y esperanza se encuentra enunciado en términos casi idénticos en el texto citado antes de *Conflictio de las facultades*. Y también en 1798 se habla de “historia profética del género humano”.

En la especie humana, debe sobrevenir alguna experiencia que, en cuanto acontecimiento, indique en esta especie una disposición y una aptitud para ser causa del progreso hacia lo mejor [...]

El concepto de disposición continúa siendo el nexo entre el punto de vista teleológico y el punto de vista cosmo-

político: por su intermedio, el juicio teleológico y el juicio estético unen sus paradigmas en el proyecto de una filosofía política que declaramos no escrita. Sin esta conjunción, ¿podría Kant decir esto de la Revolución Francesa?

Tal fenómeno en la historia de la humanidad no se olvida...⁵

El párrafo 7 se titula, precisamente, “Historia profética de la humanidad”: los signos, retrospectivos para el juicio reflexivo, son prospectivos en cuanto a las proyecciones autorizadas por la “disposición” con que la naturaleza ha provisto al hombre en cuanto ser destinado al estado cosmopolítico. Estas observaciones atenúan, sin suprimirla, la paradoja de la distancia entre el punto de vista del espectador y el punto de vista del moralista de la acción, al que podemos considerar antirrevolucionario. No obstante, nada dice que el juicio del espectador condene irremediablemente la iniciativa práctica del revolucionario: así como el gusto no tendría nada que juzgar sin el genio creador, el espectador de la Revolución no tendría nada que admirar sin la audacia del revolucionario.

Sólo Hegel pretenderá resolver esta paradoja en el famoso pasaje que cierra el capítulo VI de la *Fenomenología del Espíritu*, consagrado al “perdón” que ejercen uno respecto del otro, el hombre de acción y el alma bella. Si se puede hallar en Kant un puente entre los dos puntos de vista, parece que debemos buscarlo en el papel adjudicado a la opinión letrada, único público político competente a ojos de Kant, en tanto sujeto del juicio retrospectivo emitido sobre la historia pasada y de la esperanza fundada en la “disposición” recibida de manos de la naturaleza. De lo contrario, no vemos cómo el entusiasmo del espectador podría incorporarse a la anticipación, prudente y moderada, de un progreso definitivo de la humanidad. Sólo la opinión letrada es capaz de unir, en la percepción de tales acontecimientos, la significación que

⁵ *Le conflit des facultés*, sección 2, § 7.

podemos asignar al juicio reflexivo y el valor de signo, de síntoma, de que se apropiá la esperanza, cuando convierte la retrospección en expectación.

Una segunda línea crítica sería la siguiente: el lugar requerido para los ciudadanos activos y prospectivos, en un texto como el *Proyecto de paz perpetua* (1795), ¿no está mejor definido por la *Doctrina del derecho* (1796) que por una extrapolación del juicio del gusto? El *Proyecto* permite una reflexión acerca de la guerra paralela a la que acabamos de exponer acerca de la Revolución. También la guerra recibe dos interpretaciones diferentes, una para el espectador y otra para el actor. Sólo para el primero es forjadora de sentido, mientras que es absolutamente condenable en un proyecto que sólo pueda dirigirse a los actores de la historia en curso. En cuanto estratagema de la naturaleza, la guerra no es accesible y, al parecer, tolerable sino para el espectador. En cambio, como empresa sometida al juicio moral, es intolerable y absolutamente condenable. En el *Proyecto*, la guerra es aquello que no debe ser:

No debe haber ninguna guerra. Ningún Estado debe [*soll*] inmiscuirse por la fuerza en la constitución y el gobierno de otro Estado. (Sección 1, § 5.)

Aquello que aquí prolonga el “designio final” de la naturaleza, es decir, la instauración de un todo cosmopolítico, es una obligación propiamente jurídica, y los acontecimientos que celebra el juicio político tienen lugar en la articulación de este designio de la naturaleza con este veto de la razón práctica.

No se debe, pues, hipostasiar el juicio del espectador, aunque él pueda abrazar la escena en su totalidad, como lo hace a fin de cuentas la filosofía de la historia universal. Todo aquello que podemos sugerir es que la reflexión, al abordar acontecimientos pasados, revela su dimensión prospectiva al amparo del distanciamiento crítico. Sería preciso, pues, no ligar reflexión y retrospección de manera unívoca. De lo contrario, ¿cómo los acontecimientos pasados aparecerían como preñados de promesas y, por consiguiente, de porvenir?

A mi juicio, en la *Doctrina del derecho*, tratada muy severamente por Hannah Arendt, encontraríamos sugerencias fecundas acerca del lazo entre retrospección y prospección, puesto que la *Doctrina del derecho* constituye una bisagra entre el punto de vista de la ciudadanía y el punto de vista cosmopolítico, surgiendo de una filosofía de la historia. Y ello en virtud del poder proyectivo de sus exploraciones acerca del Estado de derecho y la paz entre los Estados. La filosofía del derecho ocuparía así una posición de intermediaria entre las “disposiciones” nacidas de la finalidad natural y de la exigencia moral de un Estado de derecho en el seno de las ciudades y entre las ciudades. No se podría cargar todo este peso únicamente sobre el juicio reflexivo.

Lo que quizá deba retenerse a favor de la interpretación de Hannah Arendt es que el juicio reflexivo impide que la filosofía kantiana de la historia se vuelque en una filosofía de tipo hegeliano donde el Espíritu pasaría a relevar a la naturaleza, y donde la estratagema de la razón reemplazaría la estratagema de la naturaleza. Más acá de ese paso decisivo en que el Espíritu sustituye a la especie humana en la posición de sujeto de la historia, el ciudadano del mundo permanece, como dice Hannah Arendt, un espectador del mundo, y el juicio reflexivo no se reconcilia con la regla de la razón práctica, al menos mientras no se pase por alto la mediación de la *Doctrina del derecho*. El único indicio de conciliación para un filósofo crítico es la ejemplaridad que da una punta de futuridad a la comunicabilidad y, por ello, una dimensión “profética” al juicio reflexivo mismo.

INTERPRETACION Y ARGUMENTACION

El presente estudio nació de una conferencia dictada en el marco de un seminario de la Ecole Nationale de la Magistrature, bajo el título aparentemente unívoco de la interpretación. No obstante, lo que aquí se propone, bajo un título doble, es un análisis donde la interpretación se acopla con una operación presuntamente rival, a saber la argumentación. Cómo justificar esta polarización, cuyo primer efecto es complicar el juego, en el momento en que filósofos y juristas, moralistas y magistrados, procuran elaborar una concepción unificada del debate, la fase del proceso de la cual antes hemos demostrado que se despliega entre el momento de incertidumbre característica de la apertura del proceso y el momento del pronunciamiento de la sentencia, donde se pone fin a la incertidumbre inicial mediante una palabra dicha por el derecho. Aquí se trata, pues, de la coherencia epistemológica del debate, en el sentido judicial del término. Antes debemos preguntarnos si, entre el sentido amplio dado en este seminario a la noción de interpretación, considerada sinónimo de aplicación (aplicación de la norma jurídica a una querella), podemos asignar a esta noción una acepción más restringida que justifique la oposición con la argumentación, al menos en un primer abordaje. Pregunta pertinente, pues

entre otras cosas hemos caracterizado el debate como lucha verbal que se sustraer a la violencia y, más precisamente, como asalto de argumentos, con lo cual se subraya el conocido giro agonista del debate en el recinto del tribunal. Lo más importante es saber, pues, si es preciso atenerse a una concepción puramente antinómica de la polaridad interpretación/argumentación o si, como yo creo, debemos tratar de elaborar una versión propiamente dialéctica de esta polaridad.

A decir verdad, el actual estado de la discusión no parece, a primera vista, orientado hacia dicho tratamiento dialógico. Nuestras lecturas nos han llevado al encuentro, por una parte, de un autor como Ronald Dworkin,¹ que denomina la segunda parte de su obra *A Matter of Principle* con el título “La ley como interpretación”, al parecer sin dejar margen para una eventual confrontación entre interpretación y argumentación. Por otra parte nos topamos con teóricos de la argumentación jurídica como Robert Alexy, en *Theorie der juristischen Argumentation*,² y Manuel Atienza, con *Teoría de la argumentación jurídica*,³ para quienes la argumentación jurídica se debe considerar una provincia aparte, aunque subordinada, en el seno de una teoría general de la argumentación práctica, sin que la interpretación se reconozca jamás como un componente original del discurso (*Diskurs*) jurídico.

A despecho de esta situación, sobre la cual nos explaremos, creí poder extraer argumentos de las flaquezas internas de estas posiciones para sostener la tesis de que una hermenéutica jurídica centrada en la temática del debate requiere una concepción dialéctica de las relaciones entre interpretación y argumentación. Me alentaba en esta empresa la analogía que creía ver entre el par interpretar/argumentar,

¹ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Part Two, “Law as Interpretation”, Oxford University Press, 1985.

² Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, 1978. La traducción inglesa se titula *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

³ Manuel Atienza, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989.

en el plano epistemológico, y el par comprender/explicar, en el plano jurídico, cuya estructura dialéctica ya he mostrado, tratándose de teoría del texto, de teoría de la acción o de teoría de la historia.

DWORKIN: ¿DE LA INTERPRETACION A LA ARGUMENTACION?

En la presentación de las ideas de Dworkin sobre el tema, acentuaré lo que denomino el marco estratégico en cuyo seno se apela a la noción de interpretación, con la finalidad manifiesta de buscar dentro de los límites propios de este marco las razones del ocultamiento de la problemática de la argumentación que, por razones inversas, ocupa toda la escena de la teoría de la argumentación jurídica en Alexy y Atienza.

Es notable que Dworkin plantee la cuestión de la interpretación partiendo de una discusión precisa y penetrante de la paradoja que constituye para la práctica jurídica lo más concreto, los *hard cases*, “las causas difíciles”. Tenemos pues una estrategia que parte de una perplejidad que nace de la práctica efectiva del juez y desde allí se eleva a consideraciones generales concernientes a la coherencia de la práctica judicial.

En este camino el autor de *A Matter of Principle* encuentra la cuestión de la relación entre derecho e interpretación.

La posición privilegiada que se otorga a las “causas difíciles” en *A Matter of Principle* no es accidental. Los *hard cases* constituyen ya una piedra de toque en *Taking Rights Seriously*⁴ y en el ensayo que citaremos más adelante, “Is Law a System of Rules?”⁵.

⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

⁵ “Is Law a System of Rules?”, en Ronald Dworkin (comp.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977 (6^a edición en 1991).

¿Cuándo encuentra el juez una causa difícil? Cuando ninguna de las disposiciones legales surgidas de las leyes existentes parece constituir la norma por la cual dicha causa podría situarse; se podría decir, en lenguaje kantiano, que las causas difíciles constituyen una prueba del juicio reflexivo. ¿Por qué entonces batallar con el encarnizamiento y la sutileza que exhibe Dworkin contra la tesis de la *no answer*? Para oponerse a la teoría positivista del derecho, que es el blanco permanente de Dworkin. Según dicha teoría, reducida a sus rudimentos, las leyes son presuntamente aprobadas por alguien que está en posición de mando, y se identifican por su “pedigrí”, con lo cual la intención del legislador constituye un corolario de este primer axioma: por lo demás, se supone que rigen disposiciones no equívocas (aquí vemos asomar la cuestión hermenéutica, la cual está ligada con el carácter irredimiblemente equívoco de los textos); tercer axioma: si ninguna respuesta a la pregunta planteada parece contenida en el derecho vigente, el juicio de la causa se remite al poder discrecional del juez.

La refutación de estas tres tesis rectoras se convierte en base de una teoría de la interpretación. Ante todo, el sentido de una ley no deriva de su pedigrí; como diríamos en términos de una teoría no intencional del texto literario, el sentido de la ley, si existe, se debe buscar en el texto y sus conexiones intertextuales, y no en el propósito de un legislador, forma simétrica jurídica de la intención atribuida al autor de un texto literario. Además, como admiten teóricos positivistas como Hart, aun las leyes más explícitas poseen una *open structure*, en el sentido de un texto abierto a interpretaciones constructivas no previstas. Pero es la refutación de la tercera tesis, la del papel de comodín atribuido al poder discrecional del juez, lo que abre directamente el camino de una teoría de la interpretación; si la “discreción” del juez es la única réplica al silencio de la ley, la alternativa es fatal para toda caracterización jurídica de la decisión: o bien es arbitraria, en el sentido de estar fuera de la ley, o bien no entra en el derecho sino al amparo de la pretención legislativa que reviste; sólo la capa-

cidad de sentar precedentes preserva la calificación jurídica de la decisión emitida por el poder discrecional.

De ahí el problema tal como lo ve Dworkin: ¿cómo justificar la idea de que siempre hay una respuesta válida, sin caer en lo arbitrario, o bien en la pretensión del juez de erigirse en legislador?

En este instante crítico la teoría jurídica se encuentra con el modelo del texto literario y el submodelo del texto narrativo, el cual se convertirá, bajo la pluma de Dworkin, en paradigma del texto literario.

Demorémonos un instante en el plano de una teoría general del texto literario: la disyunción que se opera en la crítica literaria entre la significación inmanente del texto y la intención del autor encuentra un paralelismo en la teoría jurídica, en la disyunción que se opera entre el sentido de la ley y la instancia de decisión que el positivismo jurídico sitúa en la fuente del derecho. La empresa literaria reviste un carácter canónico para la teoría jurídica por el hecho de que la interpretación se apoya en los permisos del texto, tal como se ofrece a la cadena de lectores. Aquello que a regañadientes llamamos la imprecisión o la vaguedad del texto literario ya no es una figura de debilidad sino de fuerza, para aquello que podemos denominar simétricamente la “empresa judicial”.

Es entonces cuando el modelo narrativo cobra un relieve particular, dado que la interpretación apela visiblemente, en la reconstrucción del sentido del texto, a relaciones de conveniencia, de justicia o de ajuste, entre la interpretación propuesta para un pasaje difícil y la interpretación del conjunto de la obra. Reconocemos en este ajuste, este *fit*, el famoso principio hermenéutico de la interpretación mutua de la parte y del todo. Pronto veremos desde qué punto de vista la empresa jurídica se puede considerar una obra que forma un todo. Pero digamos desde ahora que la apreciación de una relación de conveniencia, de justicia o de ajuste, escapa a la alternativa entre lo demostrable y lo arbitrario. Estamos en un plano donde la controversia es posible, pero donde un crítico puede pretender que una interpretación vale más que otra,

que es más probable, más plausible, más aceptable (debemos precisar todos estos términos). Ahora parece que la tesis de la *no answer* era a su vez solidaria de la tesis de la demostrabilidad, es decir, según Dworkin, de un juicio sostenido con argumentos cuya verdad se impondría a cualquiera que comprendiera el idioma en el cual se enuncia la proposición jurídica. Es quizás en este punto donde Dworkin, cegado por la tesis rival de la demostrabilidad, saltea el momento en que la interpretación debería apelar a una teoría de la argumentación que a su vez escapa a la alternativa entre lo demostrable y lo arbitrario. Podemos atribuir este fallo de razonamiento a una preocupación tal vez excesiva por refutar la tesis *no answer*, que procura instituir un rígido vínculo entre la solución de las causas difíciles y la tesis de la demostrabilidad de las proposiciones jurídicas.

Pero llevemos más lejos la explotación del modelo literario bajo su forma narrativa. ¿En qué contexto hay que situarse para ver la investigación del “ajuste” interpretativo verificado por aquello que Dworkin denomina los “datos de coherencia narrativa”? Hay que salir del caso aislado y puntual de un juicio determinado para situarse en la perspectiva de una historia de la “empresa judicial”, y por ende tener en cuenta la dimensión temporal de esta empresa. Aquí Dworkin recurre a la fábula de una cadena de narradores, cada cual sumando su capítulo a la redacción de una historia cuyo sentido global ninguno de ellos determina por sí mismo, aunque debe presumirlo si adopta como regla la búsqueda de la coherencia máxima. Esta anticipación de la coherencia narrativa, conjugada con la comprensión de los capítulos previos de una historia que cada narrador encuentra ya comenzada, otorga a la búsqueda del ajuste una doble garantía: por una parte, los precedentes; por la otra, la intención presunta del conjunto jurídico en tren de elaboración. En otras palabras, por una parte, la cosa juzgada, por la otra, el perfil anticipado de la empresa jurídica considerada en su historicidad. Es así como el modelo del texto –sobre todo del texto narrativo– brinda una alternativa aceptable ante la tesis *no answer*.

acerca de los *hard cases*, y al mismo tiempo ante la concepción positivista del derecho.

Lamentablemente, Dworkin no aprovecha la ocasión para coordinar su noción general de *fit*, y más precisamente la versión narrativista del *fit*, con una teoría de la argumentación que bien podría adaptarse en virtud del criterio de coherencia, aunque ésta no sea reducible a la coherencia narrativa. Los sinónimos propuestos –integridad, identidad– no añaden mayor precisión a la noción de coherencia, demasiado indeterminada. A lo sumo se apela a conceptos que encontramos en Toulmin,⁶ tales como “peso” (*weight*), “importancia” (*relevance*), “garantía” (*warrant*) o “refutación” (*rebuttal*), los cuales nacen de una teoría incoactiva de la argumentación, como dirán Alexy y Atienza.

Podemos preguntarnos, pues, por qué Dworkin no ha buscado una teoría más afinada de la argumentación. Por cierto no es por falta de sutileza, puesto que se destaca por su elocuencia en el debate, sino por razones más profundas que comprenderemos mejor si cotejamos la sección “Law and Interpretation” de *A Matter of Principle* con el ensayo “Is Law a System of Rules?” de *The Philosophy of Law*. Este ensayo revela que Dworkin está menos interesado en la formalidad de los argumentos que en su sustancia y, digámoslo sin rodeos, en su sustancia moral y política. La concepción del derecho que propone este notable artículo reposa sobre una jerarquía de los diversos componentes normativos del derecho. Se repite la querella con el positivismo de Hart. Aquí se denuncia la complicidad entre la rigidez jurídica, que se asocia con la idea de regla unívoca, y el decisionismo, que procura ensalzar el poder discrecional del juez. La univocidad, se dice con insistencia, es una característica de las *reglas*. No conviene a los principios que, en última instancia, son de índole ético-jurídica. El derecho establecido, en cuanto sistema de reglas, no agota el derecho en cuanto empresa política.

⁶ T. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

¿En qué medida contribuye esta distinción entre principios y reglas a la teoría hermenéutica del juicio judicial? En que son los principios, más que las reglas, los que contribuyen a la resolución de las causas difíciles. Pero estos principios, a diferencia de las reglas, no son identificables por su pedigree (quién los ha dictado, la costumbre, el poder, una legislatura inasible, los precedentes), sino por su fuerza normativa propia. A diferencia de las reglas de segundo grado, tales como las “reglas de reconocimiento” de Hart, su status ético-político excluye la univocidad. Se deben interpretar en cada oportunidad. Y se puede decir que cada interpretación “obra a favor” de tal o cual solución, “pesa” más o menos, inclina sin necesitar, por hablar como Leibniz. Es preciso hablar de un peso que se debe evaluar en cada oportunidad, y sobre todo hay que sentir el *sense of appropriateness* que se ha desarrollado en la historia de la profesión y del público educado. No es posible proceder a una enumeración completa de las excepciones, así como no es posible hacer una recorrida completa por los principios en vigencia. El vocabulario de muchas sentencias abunda en expresiones de *common law*, de derecho consuetudinario, tales como irracional, negligente, injusto, significativo, y marca el lugar de la interpretación hasta en el enunciado de la sentencia.

Comprendemos que esta concepción flexible y no codificable de la interpretación se rebela contra el formalismo de una teoría de la argumentación jurídica. Dworkin está mucho más interesado en el horizonte ético-político sobre el cual se destacan los principios irreductibles a reglas. Asume todos los inconvenientes: el carácter incesante de la controversia, que no se puede compensar sino mediante el fuerte consenso de una sociedad democrática (aquí encontramos al último Rawls y su “consenso por superposición”); la fragilidad de los juicios remitidos a la capacidad de aceptación de las diversas auditorías afectadas (las partes querellantes, la comunidad jurídica, los juristas doctrinarios). Dworkin reencuentra aquí, tal vez sin ser consciente de ello, las dificultades expuestas por la escuela de la recepción del texto en teoría literaria.

Pero no quisiera despedirme de Dworkin sin haber subrayado los méritos de su concepción. Al modelo del texto debe una concepción de la ley liberada de aquello que él llama su pedigree. Al modelo de la narración, a despecho de cierta ingenuidad frente al desarrollo contemporáneo de las teorías de la narratividad, debe la asunción de la “práctica legal” en su desarrollo histórico, erigiendo la “historia legal” en marco interpretativo. Por último, debe a la distinción entre principios y reglas una concepción general del derecho inseparable “de una teoría política sustantiva”. Este interés fundamental lo aleja, finalmente, de una teoría formal de la argumentación jurídica.

¿DE LA ARGUMENTACION A LA INTERPRETACION?

La estrategia desarrollada por especialistas del argumento jurídico tales como Alexy y Atienza es muy diferente. Esencialmente se trata de abordar la argumentación como un caso especial de la discusión práctica normativa general, y por ende de inscribir el pequeño círculo de la argumentación jurídica en el gran círculo de la argumentación práctica general. Partiremos de ella, pues, a título de *Begründung*, es decir de justificación o fundamentación.⁷

Nos importa pues el contacto entre los dos niveles, dado que en los constreñimientos y procedimientos particulares del argumento jurídico se corre el riesgo de articular la interpretación sobre la justificación, aunque los autores sólo lo hagan esporádicamente (en este sentido Atienza insiste más que Alexy en un intento de conciliación, como lo sugiere su examen de las causas que él denomina trágicas).⁸

⁷ El traductor inglés usa *justification* y el traductor español, en este caso Atienza, *fundamentación*.

⁸ Unas palabras sobre el vocabulario. En alemán, sobre todo en el alemán de Habermas y su escuela, *Diskurs* significa tanto discurso en ge-

Detengámonos un momento en el plano del discurso práctico normativo. Los tres términos merecen una explicación. Por *práctico* entendemos todo el dominio de las interacciones humanas; éste se considera, con mayor precisión, desde el punto de vista de las *normas* que lo rigen y que en cuanto normas aspiran a la corrección (*Richtigkeit, correctness, rectitude*), y ello por medio de un intercambio de argumentos cuya lógica no satisface la simple lógica formal, sin por ello ceder a lo arbitrario del decisionismo, ni a la presunta intuición de las teorías morales intuicionistas, lo cual pone el concepto de poder discrecional bajo fuerte sospecha. El concepto de *discurso* impone cierto formalismo, precisamente el de la argumentación, al punto de que los términos discurso y argumentación tienden a superponerse.

Se trata pues de saber cómo se define la pretensión de rectitud, de corrección. La respuesta se toma de Habermas y la escuela de Erlangen: la corrección es la pretensión que eleva la inteligibilidad, dado que admite el criterio de la comunicabilidad universalizable. Un buen argumento, idealmente, no sólo sería comprendido sino considerado plausible y aceptable por todas las partes afectadas. En este horizonte de consenso universal se sitúan las reglas formales de todo discurso que aspire a la corrección. Estas reglas, en número pequeño, como veremos, constituyen lo esencial de la *pragmática universal del discurso*, cuyo aspecto normativo se debe subrayar de cara a toda reducción a la argumentación estratégica que rige la negociación, la cual está sometida a constreñimientos de toda suerte y busca el éxito, no la corrección.

neral, es decir concatenación de frases, como discurso en el sentido de discusión, y por ende de concatenación de argumentos (el inglés ha adoptado *discourse* y el español *discurso*; en francés el término *discours* está admitido en el sentido de discusión basada en argumentos). Es así que hablamos de ética del discurso o de la discusión.

[*N. del T.*: Por su parte, el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define “discutir” de esta manera: “Examinar y ventilar, atenta y particularmente, una materia, haciendo investigaciones muy menudas sobre sus circunstancias. 2. Contender y alegar razones contra el parecer del otro”.]

Ante la objeción, que acude de inmediato a la mente, de que semejante consenso es inalcanzable e irrealizable, respondemos que el carácter contrafáctico de la idea de corrección legitima su status trascendental, que asimilamos con una tarea incesante. A la objeción de que esta fundamentación es en sí misma insuficiente, respondemos que es precisamente la tarea de la argumentación jurídica completar las reglas generales del discurso normativo en un campo particular, el del derecho. Y por último, a la objeción de que en virtud de su carácter ideal la teoría de la argumentación puede servir de coartada para distorsiones sistemáticas, respondemos que el ideal del acuerdo potencial encierra en sí mismo las condiciones para una crítica en regla de los acuerdos empíricos obtenidos por diversos grados de extorsión, o surgidos de intereses mancomunados, o más generalmente representativos de un equilibrio de hecho entre los poderes en conflicto.

Cuando procuramos precisar las modalidades ahora expresables de esta pragmática, parece que la universalización posible de un argumento es aquello que constituye la corrección. Pronto veremos qué significa esto en el plano jurídico. ¿Ello implica que aquí nos limitaremos a repetir a Kant? No, responden los habermasianos: el principio de universalidad opera en una situación dialogal, mientras que en Kant permanece confinado al monólogo interior (lo cual, señalo al pasar, es muy discutible, y por cierto falso en el plano de la filosofía kantiana del derecho).

Como ya hemos dicho, las reglas de la pragmática universal son pocas, pero bastan para una ética del discurso. Algunas rigen el ingreso en el discurso, digamos el acto de tomar la palabra: todos tienen igual derecho a intervenir, nada está prohibido de palabra. Otras reglas acompañan el discurso o discusión en todo su curso: cada cual debe acatar la exigencia de dar razones y, si es posible, el mejor argumento, o de justificar el rechazo. Esta regla constituye la regla general de justificación. Otras reglas rigen el desenlace del discurso: cada cual debe aceptar las consecuencias de una decisión si se satisfacen necesidades bien argumentadas. Notemos que esta

última regla ya está en la bisagra de lo formal y de lo sustancial (o de lo material), en virtud de su recurso a las nociones de necesidad o de interés.⁹ Es entonces cuando algo similar a una interpretación se inserta en el discurso, pues las necesidades o intereses surgen de la comprensión y la apreciación y, para ser entendidos o recibidos, primero deben someterse a la prueba de una evaluación compartida por parte de comunidades de tamaño variable.¹⁰ Como aquí estamos en el plano de la comunicabilidad, los intereses y necesidades ingresan en el discurso reglamentado en términos de *comprensión común*. La normatividad formal no puede prescindir de la *normatividad presunta* por la cual una posición particular se anuncia como discutible, es decir, en sentido propio, como plausible. Este carácter discutible es subyacente a ideas tales como *Offenheit* (*openness*, apertura). Por último, una decisión que se toma en un marco discursivo limitado está sometida a condiciones de aceptabilidad en el plano de aquello que Perelman¹¹ llamaba auditoría universal. A decir verdad, hay toda una serie de auditorías, tratándose de la recepción por parte de otras instancias discursivas, acuciadas también y de maneras concretamente diferentes, por la pretensión de corrección (o rectitud).

Al cabo de esta rápida evocación de las reglas constitutivas del discurso práctico racional general, podemos convenir en que, por su carácter contrafáctico, la noción de situación ideal del discurso ofrece un horizonte de corrección a todo discurso donde los participantes busquen convencer por medio

⁹ Hay una situación comparable a la que encontramos en *Teoría de la justicia* de Rawls, cuando se habla de "bienes sociales básicos" a distribuir.

¹⁰ Encontramos el equivalente de la noción kantiana de máxima, que se corresponde con el hecho de que los deseos empíricos deben haber retenido cierta generalidad, digamos la de un plan de acción, incluso de un plan de vida, para prestarse a criterios de universalización.

¹¹ Chaïn Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, 1984; *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 1988; *Ethique et droit*, 1990, Bruselas, Editions de l'université de Bruxelles.

de argumentos: el ideal no sólo está anticipado, sino que ya está operando. Pero también es preciso subrayar que lo formal no se puede insertar en un discurso salvo si se articula sobre expresiones públicas de intereses, por ende de necesidades marcadas por interpretaciones previas en cuanto a su legitimidad, y constitutivas de aquello que antes hemos denominado su carácter discutible. Aquí Alexy introduce, aunque sin insistir en ello, la noción de interpretación, invocando

las reglas que rigen la interpretación de las necesidades propias o ajenas como generalizables o no.¹²

Esta admisión no constituye una concesión fatal al formalismo de la teoría, siempre y cuando insistamos en que es en el seno del discurso donde los protagonistas exponen una pretensión a la corrección de su propio discurso. Entonces llegamos a la cuestión de aquello que es discursivamente posible en una situación histórica dada. Sin ello ni siquiera podríamos hablar de la capacidad de problematizar, supuesta –y requerida– en cada uno de los protagonistas del discurso.

Ha llegado el momento de caracterizar el discurso jurídico como especie particular del género discurso práctico general.

Ante todo es preciso evocar la diversidad de lugares donde se desarrolla el discurso jurídico, antes de hablar de las restricciones que imponen las limitaciones específicas del discurso jurídico. La instancia *judicial*, que tomaré como instancia paradigmática, con sus cortes, tribunales y jueces, es sólo uno de los ámbitos donde se desarrolla el discurso jurídico: por encima está la instancia legislativa, productora de leyes, y al costado la instancia de los juristas, expresándose por medio de aquello que los teóricos de lengua alemana llaman dogmática jurídica. Habría que añadir, con Perelman, la opinión pública y, en el límite, el auditorio universal, a cuya discu-

¹² Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, pág. 133.

sión se someten las teorías de los juristas, las leyes aprobadas por los cuerpos legislativos y las decisiones tomadas por las instancias judiciales. De todas ellas, la instancia judicial está sometida a las restricciones más fuertes, las más capaces de abrir un abismo entre el discurso práctico general y el discurso judicial. Ahora insistiremos sobre estas restricciones.

Ante todo, la discusión se desarrolla en un recinto institucional propio (tribunales y cortes). En este recinto, no todas las preguntas están abiertas desde un principio, sino sólo aquellas que se insertan en el marco codificado del proceso. En el proceso mismo, los papeles están distribuidos en forma desigual (el acusado no está presente voluntariamente, sino que es citado). La deliberación se somete a reglas procesales que también están codificadas. Agreguemos además que la deliberación sucede en tiempo limitado, a diferencia de la dogmática jurídica y, hasta cierto punto, las deliberaciones de la instancia legislativa. Por último, la discusión ante la instancia judicial no termina por un acuerdo y tampoco busca, al menos en una primera aproximación, el acuerdo; juzgar consiste en zanjar una cuestión y por ende en separar las partes, en instituir, como hemos señalado, una justa distancia entre ellas. Y tampoco debemos perder de vista la obligación legal de juzgar que pesa sobre el juez.

¿En qué se transforman, en estas condiciones restrictivas, las reglas del discurso normativo general? Alexy y los defensores de aquello que se ha dado en llamar la teoría estándar insisten en la filiación a partir de la aspiración a la corrección que es común a todo discurso normativo, antes de hacer hincapié sobre las características propias del discurso jurídico. Su tesis es que la aspiración a la corrección de un argumento jurídico no difiere en nada de la de todo discurso normativo. La norma general está implícita. Idealmente, el perdedor, el condenado, están incluidos en el reconocimiento de esta aspiración presuntamente compartida por todas las partes presentes. Esta suposición implícita se expresa en ciertos sistemas jurídicos por medio de la obligación de justificar la decisión. Pero, aunque la decisión no se justifique públicamente, al

menos se sustenta en los argumentos empleados. Por eso un juez no puede al mismo tiempo pronunciar sentencia sobre una causa y declarar que su sentencia es injusta. Esta contradicción en el desempeño es tan flagrante como la del hablante que dijera que el gato está sobre la alfombra y que él no lo cree.¹³ La tesis vale también para un argumento *a contrario*: si la argumentación jurídica no tuviera por horizonte el discurso normativo general en procura de la corrección, no se podría dar sentido a la idea de argumentar racionalmente. Si se deben aportar nuevas restricciones a la teoría de la discusión normativa, las mismas deben armonizar con las reglas formales sin debilitar de ninguna manera las segundas.

Dicho esto, ¿qué lugar se puede dar a la interpretación? El tránsito de la argumentación a la interpretación parece imponerse en el plano que Alexy caracteriza como “justificación interna”, para oponerlo a la “justificación externa”. La justificación interna concierne a la coherencia lógica entre las premisas y la conclusión; ella caracteriza la argumentación como inferencia.

A mi entender, el silogismo jurídico no se puede reducir a la vía directa de la subordinación de un caso a una regla, sino que además debe satisfacer el reconocimiento de la propiedad de la aplicación de tal norma a tales casos. Aquí nos reencontramos con la regla de conveniencia evocada por Dworkin; la aplicación de una regla es una operación muy compleja donde la interpretación de los hechos y la interpretación de la norma se condicionan mutuamente, antes de llegar a la calificación por la cual se dice que tal comportamiento presuntamente delictivo cae bajo tal norma que supuestamente se ha infringido. Para comenzar por la interpretación de los hechos, es preciso enfatizar la multitud de maneras en que

¹³ Surge una aplicación inmediata. En el plano penal, ningún proyecto educativo, ningún interés en la resocialización del condenado, estaría justificado y quizás no pudiera ser eficaz si el condenado no fuera tratado como un ser racional, capaz cuando menos de comprender los argumentos opuestos a su comportamiento delictivo.

una concatenación fáctica se puede examinar y, por cierto, narrar. Aquí habría que extender la investigación a todo el campo práctico que recorre Wilhelm Schapp.¹⁴ No hemos terminado de desovillar con certidumbre los hilos de la historia personal del acusado, y tal manera de leer su concatenación ya está orientada por la presunción según la cual tal concatenación sitúa el caso bajo tal regla. Decir que “a” es un caso particular de “d”, es decidir que el silogismo jurídico vale para él. El silogismo es jurídico, y no simplemente práctico, porque la subordinación es problemática en sí misma. ¿Bastará con añadir reglas suplementarias, como sostienen los defensores de la argumentación? Alexy escribe:

Cuando hay dudas sobre el conocimiento de si “a” es un “d” o un “m”, se debe elaborar una regla que resuelva la cuestión.¹⁵

El argumento surge de la regla de universalización; si no hubiera manera de asegurarse de que “a”, como “b” y como “c”, es un caso de “d”, entonces violaríamos la regla de universalización. Es preciso, pues, proceder por grados de descomposición hasta encontrar un empleo de las expresiones de la ley cuya aplicación en un caso dado no deje margen para la disputa. Pero esta condición, que no obstante es formal, ¿puede cumplirse siempre? La subordinación, aun en una descomposición gradual, ¿puede prescindir de una interpretación conjunta de la norma y de los hechos por ajuste mutuo? Por mi parte, yo diría que la interpretación ha devenido el *organon* de la inferencia. Para decirlo en términos kantianos, *la interpretación es el camino que sigue la imaginación productiva en la operación del juicio reflexivo*. La pregunta que se plantea es: ¿bajo qué regla situar tal caso?

¹⁴ Wilhelm Schapp, *In Geschichten verstrickt*, Wiesbaden, B. Heymann, 1976, y Vittorio Klostermann, 1983; hay traducción francesa de J. Greisch, *Empêtré dans des histoires*, Cerf, 1992.

¹⁵ *Op. cit.*, pág. 228.

La universalización no vale entonces sino como regla de control del proceso de ajuste mutuo entre la norma interpretada y el hecho interpretado. En este sentido, la interpretación no es externa a la argumentación, sino que constituye su *organon*. Aun la idea de casos semejantes reposa sobre la interpretación de una analogía: siempre se debe interpretar tanto la norma que cubre como el caso que es cubierto, para que funcione el silogismo jurídico, el cual, a partir de aquí, no difiere del silogismo práctico general.¹⁶ Llego a la conclusión de que la interpretación está incorporada a la justificación desde el nivel de aquello que Alexy denomina justificación interna, donde sólo está en juego la coherencia lógica de la inferencia.

Al margen del papel de la interpretación en el plano más formal de la inferencia jurídica, me parece que es indiscutible el entrecruzamiento de la argumentación y de la interpretación en el nivel de aquello que Alexy denomina “justificación externa”.

Recordemos que la limitación más fundamental que encuentra la argumentación jurídica depende del hecho de que el juez no es el legislador, sino que él aplica la ley, es decir incorpora a sus argumentos el derecho vigente. Allí encontramos el carácter vago del lenguaje jurídico, los posibles conflictos entre normas, el silencio provisorio de la ley en las “causas difíciles” (los *hard cases* de Dworkin), la oportunidad y a menudo la necesidad de escoger entre la letra y el espíritu de la ley. No obstante, al aplicarla no sólo se reconoce la norma como constreñidora, sino que ponemos a prueba su versatilidad y ejecutamos plenamen-

¹⁶ Los autores como Engisch y Larentz –citados por R. Alexy, *op. cit.*, pág. 228, nota 44– subrayan la función llamada de “descubrimiento” en la operación de justificación y hablan de hermenéutica jurídica. Alexy remite al aspecto de la descripción psicológica del proceso este momento de “descubrimiento” y lo discierne de la justificación. ¿Pero acaso la argumentación jurídica no tiene por característica primera no separar descubrimiento y justificación?

te el juego de la doble interpretación de la ley y de los hechos.¹⁷

En el segundo rango hay que situar los azares y tanteos de la investigación propiamente empírica. Es oportuno recordar que la interpretación de aquello que cuenta como hecho, y como hecho pertinente en el radio de investigación de la causa en cuestión, concierne en igual grado a la justificación interna y a la justificación externa. Los "hechos" de tal causa, no sólo su evaluación sino su simple descripción, son objeto de múltiples disputas legales donde, una vez más, se entrelazan la interpretación de la norma y la interpretación de los hechos. También aquí es lícito citar a Dworkin, cuando repite con insistencia que los "hechos" de una causa no son sino datos en bruto, pero que están cargados de sentido, y por ende son interpretados.

Podemos situar en tercer lugar, siempre en el plano de la justificación de las premisas, el recurso a la teoría jurídica, a lo que Alexy denomina dogmática jurídica. Aquí se impone un paralelismo con la distinción introducida por Dworkin entre regla y principio. Ya hemos podido notar que el recurso a los principios difiere del recurso a las reglas. La regla construye, los principios "inclinan", "pesan" más o menos a favor de tal o cual tesis, etcétera.

En este estadio podemos comprender el recurso a los "cánones de interpretación", como los llamaba Savigny en su *Système du droit romain contemporain* (1841). Podemos dar una versión formal de ellos, diciendo que consisten en inter-

¹⁷ Por cierto se puede aislar aquello que los autores denominan "argumentos jurídicos especiales", tales como analogía, argumento *a contrario*, argumento *a fortiori*, argumento por el absurdo, etcétera. Pero si operan en la frontera de lo formal y de lo sustancial, no tienen nada de específico para el derecho; los reencontramos en otros dominios del discurso. Asimismo, Alexy y otros autores los reformulan en el marco de la inferencia lógica. En este sentido, el lugar destinado a la analogía es particularmente ejemplar (véase R. Alexy, *op. cit.*, pág. 280 y ss.), como se revela en esta frase: "Podemos tratarla como una variante de la regla de universalización común al discurso práctico general y jurídico" (*ibid.*, pág. 282).

pretar la norma N según W. Esta interpretación se puede reducir a una simple disputa semántica, pero también puede introducir un argumento “genético” cuando se invoca la intención del legislador en asociación con el distingo entre el espíritu y la letra de una norma. También aquí Alexy coincide con Dworkin sin saberlo. Nada es más controvertido que invocar la intención del legislador: ¿el legislador ha querido que interpretemos N según W? ¿Buscaba una meta ulterior, más allá de la norma N? Un argumento que invoque la intención del legislador se debe “pesar” en relación con otros. De todos modos, aunque la intención fuera conocida, no sería unívoca. En este sentido, todos los argumentos “genéticos” o de pedigree, como dice Dworkin, deben constar bajo la misma rúbrica que los argumentos históricos o comparativos. Por último, el recurso a la teoría y los argumentos llamados sistemáticos no se alejan de la hermenéutica, sino que curiosamente nos llevan de vuelta a ella por sus múltiples aspectos de plurivocidad.

Se debe examinar aparte el argumento del precedente.¹⁸ En cierto sentido, no se trata de justificación externa, puesto que el precedente, una vez reconocido como caso semejante, no cuestiona ningún otro criterio salvo el de su aptitud para la universalización (tratar de manera semejante los casos semejantes). Pero lo problemático es el reconocimiento de la similitud; decir que tal solución sienta un precedente es efectuar una selección en el *thesaurus* de fallos de la justicia. ¿En qué aspecto dos causas son semejantes? Volvemos al “pesado” respectivo de las semejanzas y las diferencias. Si nos pusiéramos de acuerdo sobre éstas, aún deberíamos saber cuáles semejanzas y cuáles diferencias son pertinentes en la causa examinada. Por cierto, podemos adoptar la regla de poner la carga de la argumentación en aquello que refute un precedente ya establecido y abogue por la excepción. En este sentido, Perelman invocaba una suerte de principio de inercia

¹⁸ R. Alexy, *op. cit.*, págs. 274-279.

en apoyo de la apelación al precedente: vista la inercia del juicio adquirido, se requieren buenas razones para desviarse de la tendencia adquirida. El precedente asegura estabilidad, seguridad y confianza para tomar una decisión. Aquí los formulistas señalan que esta justificación demasiado sociológica del recurso al precedente no reglamenta el problema de la estructura argumentativa del precedente. Tienen razón. Pero es precisamente esta estructura argumentativa la que moviliza la interpretación. El precedente remite a la similitud, la cual no es dada, ni inventada, sino construida. En el vocabulario de Dworkin, es un caso de interpretación constructiva. El hecho de argumentar a favor o en contra supone que sometemos a la prueba de la imaginación la hipótesis de la semejanza o de la diferencia.

Por último, debemos dejar un lugar, como exige Atienza, para las causas insolubles en el estado actual del derecho; Dworkin va demasiado lejos al afirmar que siempre hay una respuesta justa a la cuestión planteada para los *hard cases*, para contrarrestar la intrusión del poder discrecional en la concepción positivista del derecho. Las causas trágicas de que habla Atienza apelan a un sentido difícilmente formalizable de la equidad o, podríamos decir, a un sentido de la justicia, más que de la justicia.

Llegado al final de esta discusión, tal vez el lector me conceda que el entrecruzamiento entre argumentación e interpretación en el plano judicial es simétrico del entrecruzamiento entre explicación y comprensión en el plano de las ciencias del discurso y del texto. De cara a un enfoque puramente dicotómico de la famosa polaridad, yo había terminado mi defensa de un tratamiento dialéctico con una fórmula aforística: “Explicar *más* para comprender *mejor*”. Como conclusión del debate sobre interpretación y argumentación, propongo una fórmula vecina que restituya su compleja unidad a la *epistemología del debate judicial*. El punto donde interpretación y argumentación se complementan es el punto de intersección de la vía regresiva y ascendente de Dworkin y la vía progresiva y descendente de Alexy y Atienza. La primera

proviene de la aguda pregunta planteada por las causas difíciles y de allí se eleva al horizonte ético-político de la “empresa judicial” considerada en su desarrollo histórico. La segunda proviene de una teoría general de la argumentación válida para toda otra forma de discusión práctica normativa y considera la argumentación jurídica como una provincia subordinada. La primera vía llega a la intersección en el momento en que la teoría de la interpretación encuentra la pregunta planteada por el modelo narrativo de los criterios de coherencia del juicio en materia jurídica. La segunda llega a ese punto cuando los procedimientos de interpretación, para dar cuenta de la especificidad de la argumentación jurídica, encuentran su pertinencia como *organon* del silogismo jurídico en virtud del cual una causa se subordina a una regla. Por otra parte, me he arriesgado a sugerir otra analogía que no es la de la dialéctica entre explicar y comprender, a saber, la del juicio reflexivo en el sentido de la *Crítica de la facultad de juzgar*, donde la interpretación es el camino que sigue la imaginación productiva cuando el problema no consiste en aplicar una regla conocida a un caso presunto y correctamente descrito, como en el juicio determinante, sino en “hallar” la regla bajo la cual es apropiado situar un hecho que exige ser interpretado. Habría que mostrar que no cambiamos realmente de problemática cuando pasamos de la analogía entre la pareja interpretar/argumentar y la pareja comprender/explícate a la analogía con el juicio reflexivo. Esto sería objeto de otra discusión, de la cual hallamos un eco en otro ensayo de este volumen.¹⁹

¹⁹ Véase “Juicio estético y juicio político según Hannah Arendt”. En el curso de este ensayo, dimos por sentado que la teoría kantiana del juicio reflexivo ilustrada en la famosa tercera *Critica* por el análisis del juicio del gusto y el análisis del juicio teleológico podía recibir otras aplicaciones aparte de las propuestas por Kant, siguiendo el camino abierto por Hannah Arendt en su obra inconclusa *Juger*. La epistemología del debate judicial podría constituir otra de las extensiones fuera del marco trazado por Kant, junto, por ejemplo, al juicio histórico y el juicio médico.

EL ACTO DE JUZGAR

He querido situarme en el punto terminal del intercambio de argumentos en que consiste el proceso para abordar el tema propuesto, ya que el acto de juzgar se realiza al final del fallo. Propongo discutir una suerte de fenomenología de este acto.

Distinguiré una finalidad inmediata, en virtud de la cual juzgar significa zanjar una cuestión con miras a poner término a la incertidumbre, y una finalidad mediata, sin duda más disimulada, que consiste en la aportación del juicio a la paz pública. Propongo efectuar el recorrido que va de la finalidad inmediata a la finalidad mediata.

Juzgar, insisto, es zanjar una cuestión. Esta primera finalidad deja el acto de juzgar –en el sentido judicial de la palabra, a saber, estipular en calidad de juez– en la prolongación del sentido no técnico, no judicial del acto de juzgar, cuyos componentes y criterios evocaremos rápidamente.

En el sentido usual de la palabra, el término juzgar abarca una gama de significados mayores que propongo clasificar según aquello que denominaré un orden de densidad creciente. Primero, en el sentido débil, juzgar es opinar; una opinión se expresa en relación con algo. En un sentido un poco más fuerte, juzgar es evaluar; así se introduce un elemento jerár-

quico, que expresa preferencia, apreciación, aprobación. Un tercer grado de fuerza manifiesta el encuentro entre el aspecto subjetivo y el aspecto objetivo del juicio; aspecto objetivo: alguien considera una proposición como verdadera, buena, justa, legal; aspecto subjetivo: alguien adhiere a esta proposición. Por último, en un nivel más profundo, al que alude Descartes en su *Cuarta meditación*, el juicio procede de la conjunción del entendimiento y de la voluntad: el entendimiento que examina lo verdadero y lo falso, la voluntad que decide. Así hemos llegado al sentido fuerte de la palabra juzgar: no sólo opinar, evaluar, considerar verdadero, sino en última instancia tomar partido. Nos proponemos partir de este sentido habitual para llegar al sentido propiamente judicial del acto de juzgar.

En el sentido judicial, en efecto, el juicio interviene en la práctica social, en el nivel del intercambio de discursos que Jürgen Habermas asocia con la actividad comunicacional, al amparo del fenómeno principal de esta práctica central que es el proceso. En el marco del proceso, el acto de juzgar recapitula todas las acepciones usuales: opinar, evaluar, tener por verdadero o justo, tomar partido.

Aquí se nos plantea el interrogante de saber en qué condiciones el acto de juzgar en su forma judicial se puede considerar autorizado o competente. En mi artículo “Lo justo entre lo legal y lo bueno”,¹ yo consideraba cuatro condiciones:

- 1) la existencia de leyes escritas;
- 2) la presencia de un marco institucional: tribunales, juzgados, etcétera;
- 3) la intervención de personas calificadas, competentes, independientes, que consideramos “encargadas de juzgar”; y
- 4) un curso de acción constituido por el proceso, aludido un poco antes, cuyo punto final consiste en dictar sentencia.

Por cierto, más allá de esta sentencia –en francés bien llamada *arrêt*, “detención”– siempre es posible deliberar, en

¹ Paul Ricoeur, *Lectures I, Autor du politique*, Seuil, 1991, págs. 176-195.

el sentido de que todo juicio invoca un “pero” más allá de sí mismo; no obstante, es característica del juicio en el plano judicial interrumpir el intercambio de argumentos mediante un punto final, aunque sea provisorio, al menos mientras queden abiertas las vías de apelación; pero habrá un punto o un momento para un fallo definitivo que la fuerza pública sancionará.

Antes de mostrar por qué no podemos atenernos a esta definición del acto de juzgar, totalmente delimitada por las condiciones del proceso, es importante subrayar la necesidad social que se asocia con esta finalidad que hemos denominado inmediata, consistente en la interrupción de la incertidumbre. En los límites estrictos del proceso, el acto de juzgar aparece como la fase terminal de un drama con varios personajes: las partes o sus representantes, el ministerio público, el juez del distrito, el jurado popular, etcétera. Por lo demás, este acto terminal aparece como la clausura de un proceso aleatorio; en este sentido, esto es similar a una partida de ajedrez: las reglas del juego son conocidas, pero ignoramos cómo se llevará a término cada partida; el proceso es al derecho aquello que la partida de ajedrez es a la regla: en ambos casos, es preciso llegar hasta el final para conocer la conclusión. Es así que el fallo pone fin a una deliberación virtualmente indefinida. A pesar de las limitaciones que mencionaremos dentro de un instante, el acto de juzgar, al suspender el azar del proceso, expresa la fuerza del derecho; más aún, *dice* el derecho en una situación singular.

El acto de juzgar expresa la fuerza del derecho merced a la doble relación que entabla con la ley. Por una parte, parece simplemente aplicar la ley a un caso; es lo que Kant llamaba juicio “determinante”. Pero también consiste en una interpretación de la ley, ya que ningún caso se limita a ser la ejemplificación de una regla; siempre en lenguaje kantiano, podemos decir que el acto de juzgar deriva del juicio “reflexivo”, el cual consiste en buscar una regla para un caso nuevo. En esta segunda acepción, el fallo de justicia no se limita a poner término a un proceso, sino que genera un caudal de

jurisprudencia, puesto que crea un precedente. El aspecto suspensivo del acto de juzgar al final de un curso deliberativo no agota, pues, el sentido de este acto.

Antes de explayarme, deseo decir que el ejercicio del acto de juzgar, considerado dentro de los límites estrechos del proceso, acontece cómodamente en un funcionamiento general de la sociedad, considerada por Rawls como un vasto sistema de distribución de partes. En efecto, podemos representar el acto de juzgar bajo la égida de la idea de justicia distributiva: una sociedad dada desarrolla un plan de reparto de funciones, entre las cuales no todas se miden en términos monetarios ni se pueden asignar como un pedido comercial. Una sociedad dada distribuye bienes de toda especie, comerciales y no comerciales. Tomado en sentido amplio, el acto de juzgar consiste en deslindar estas esferas de actividad, en delimitar las pretensiones de unos y otros, y en corregir las distribuciones injustas, cuando la actividad de una parte consiste en inmiscuirse en el campo de ejercicio de otras partes. En este sentido, el acto de juzgar consiste en separar; el término alemán *Urteil* lo expresa bien (*Teil* significa parte); se trata de hacer la parte de uno y la parte del otro. El acto de juzgar es pues el acto que re-parte, el acto que a-partá, un acto de separación. Aquí no digo nada original, dado que la antigua definición romana –*suum cuique tribuere*, “a cada uno lo suyo”– se orientaba implícitamente hacia este análisis. Además, toda la filosofía del derecho de Kant reposa sobre esta distinción entre “lo mío” y “lo tuyo”, sobre el acto que establece un lazo entre lo uno y lo otro.

Estas consideraciones acerca del acto de zanjar, en el sentido de separar, allanan el camino de la decisiva ampliación anunciada al comienzo de este artículo. ¿Por qué no podemos detenernos en lo que hemos denominado la finalidad inmediata del acto de juzgar, a saber poner término a la incertidumbre? Porque el proceso no es sino la forma codificada de un fenómeno más amplio, a saber el conflicto. Es importante, pues, situar el proceso, con sus precisos procedimientos, en el trasfondo de un fenómeno social más consi-

derable, inherente al funcionamiento de la sociedad civil y situado en el origen de la discusión pública.

Pues hasta ahí debemos llegar: detrás del proceso hay conflicto, disenso, querella, litigio; y en el trasfondo del conflicto hay violencia. El lugar de la justicia se encuentra así delineado como parte del conjunto de opciones que una sociedad opone a la violencia, conjunto que define el Estado de derecho. En *Lectures I*, rindo homenaje a Eric Weil, que introduce su gran obra *Lógica de la filosofía* con una larga meditación acerca de la relación entre discurso y violencia. En cierto modo, todas las operaciones a que hemos aludido, desde la deliberación y la decisión hasta el fallo, manifiestan la opción a favor del discurso y en contra de la violencia.

Sólo se mide plenamente el alcance de esta elección contra la violencia y a favor del discurso si cobramos conciencia de la amplitud del fenómeno de la violencia. Sería erróneo reducir la violencia a la agresión, aun ampliada más allá de la agresión física –golpes, heridas, muerte, trabas a la libertad, secuestro, etcétera–, sin tener en cuenta la más tenaz de las formas de la violencia, a saber la venganza, en otras palabras la pretensión del individuo de hacer justicia por sí mismo. En el fondo la justicia no sólo se opone a la violencia en sentido lato, así como a la violencia disimulada y a todas las violencias sutiles que acabamos de mencionar, sino también a ese simulacro de justicia que constituye la venganza, el acto de hacer justicia por su cuenta. En este sentido, el acto fundamental –por el cual podemos decir que la justicia se funda en una sociedad– es el acto por el cual la sociedad quita a los individuos el derecho y el poder de hacer justicia por sí mismos, el acto por el cual el poder público confisca este poder de decir y aplicar el derecho; más aún, es en virtud de esta confiscación que las operaciones más civilizadas de la justicia, sobre todo en la esfera penal, conservan la marca visible de esa violencia original que es la venganza. En muchos sentidos, el castigo, sobre todo si conserva algún vestigio de la vieja idea de expiación, es una forma atenuada, filtra-

da, civilizada de la venganza. Esta persistencia de la violencia-venganza hace que sólo lleguemos al sentido de la justicia mediante el desvío de la protesta contra la injusticia. Con frecuencia el grito “¡Es injusto!” expresa la verdadera naturaleza de la sociedad y el lugar que aún ocupa en ella la violencia con una intuición más certera que todo discurso racional o razonable sobre la justicia.

Llegados a este punto, se plantea el interrogante acerca de la finalidad última del acto de juzgar. Retomando el análisis del acto de juzgar a partir de la considerable operación en que ha consistido para el Estado arrebatar a los individuos el ejercicio directo de la justicia, y ante todo de la justicia-venganza, parece que el horizonte del acto de juzgar es algo más que la seguridad, es la paz social. ¿En qué confluyen esta finalidad última y la definición inicial del acto de juzgar por su finalidad inmediata, poner fin a la incertidumbre al zanjar un conflicto? Hemos dicho que zanjar es separar, trazar una línea entre “lo tuyo” y “lo mío”. La finalidad de la paz social revela en filigrana algo más profundo, que toca al reconocimiento mutuo: no hablemos de reconciliación, y menos de amor y perdón, que no son dimensiones jurídicas, sino de *reconocimiento*. ¿En qué sentido? Pienso que el acto de juzgar alcanza su meta cuando el que ha ganado el proceso aún se siente capaz de decir: “Mi adversario, el que ha perdido, sigue siendo un sujeto de derecho como yo; su causa merecía ser escuchada; él tenía argumentos plausibles y éstos fueron escuchados”. Pero el reconocimiento no sería completo si estas palabras no pudieran ser dichas por el que perdió, el que no tuvo la razón, el condenado: él debería poder declarar que la sentencia que le quita la razón no es un acto de violencia sino de reconocimiento.

¿A qué visión de la sociedad nos conduce esta reflexión? Un poco más lejos, creo yo, que la concepción de la sociedad como distribuidora de partes que siempre debería deslindar para determinar cuáles pertenecen a unos y cuáles a otros. Sería la visión de la sociedad como proyecto de cooperación; a fin de cuentas, esta expresión figura en las pri-

meras líneas de la *Teoría de la justicia* de John Rawls,² obra donde prevalece, empero, el análisis de la sociedad como sistema de distribución. Ahora es pertinente esta pregunta: ¿qué hace que la sociedad sea algo más que un sistema de distribución? Mejor dicho: ¿qué hace que la distribución sea un órgano de la cooperación? Es aquí donde debemos introducir un componente más sustancial que el puro procedimiento de la justicia, a saber, algo parecido a un bien común, consistente en valores compartidos; aquí aludimos a la dimensión comunitaria que subyace a la dimensión puramente procesal de la estructura social. Tal vez encontremos en la metáfora del reparto los dos aspectos que procuro coordinar aquí; en *reparto* hay *parte*, es decir, aquello que nos *aparta*: mi parte no es vuestra parte; pero el reparto es también aquello que nos hace *compartir*; es decir, en el sentido fuerte de la palabra, tomar parte, *participar*.

Estimo pues que el acto de juzgar tiene por horizonte un frágil equilibrio entre los dos componentes del reparto: aquello que deslinda mi parte de la vuestra y aquello que hace que cada uno de nosotros participe en la sociedad.

Esta justa distancia entre los copartícipes o socios agraviados, demasiado atrapados en el conflicto y demasiado alejados por la ignorancia, el odio o el desprecio, resume muy bien, a mi entender, los dos aspectos del acto de juzgar: por una parte, zanjar, poner fin a la incertidumbre, separar las partes; por la otra, lograr que cada cual reconozca la parte que el otro toma en la misma sociedad que él, en virtud de lo cual el ganador y el perdedor del proceso habrían obtenido su justa parte en este proyecto de cooperación que es la sociedad.

² John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

SANCION, REHABILITACION, PERDON

Los responsables del coloquio *Justicia o venganza*¹ me han confiado la tarea de introducir la sección situada bajo la égida de las palabras “sanción, rehabilitación, perdón”. Creo que la contribución de un filósofo consiste, aquí como en situaciones análogas, en la de un analista interesado en aportar una elucidación conceptual, en ayudar a reconocer lo que está en juego y su finalidad. En una primera aproximación, lo que se propone a nuestro examen es una trayectoria: una trayectoria que comienza con la sanción (alguien es condenado), se prolonga, en ciertas circunstancias y dentro de ciertos límites, en un proyecto de restauración (alguien recobra sus derechos, sus facultades cívicas o jurídicas perdidas), y por último, en circunstancias aún más específicas, alguien se beneficia con un perdón que no se le debe: renunciamos a castigarlo, restablecemos su estima pública y su estima por sí mismo.

Todo ello en una primera aproximación.

Pronto nos asalta una duda: ¿se trata de una trayectoria continua? ¿Las instancias habilitadas para sancionar, rehabili-

¹ *Justice ou vengeance*, coloquio organizado el 30 de abril de 1994 por el periódico *La Croix, l'Événement*, Paris, Editions du Centurion, 1994, págs. 93-107.

tar y perdonar son las mismas? Y se añade otra duda: ¿se trata del mismo sujeto, continuamente pasivo, del cual decimos que es sancionado, es rehabilitado, es perdonado? Para elucidar estas dudas, debemos avanzar corriente arriba. Lo que aparece como primer término de la tríada discontinua y aleatoria de la sanción, la rehabilitación y el perdón, constituye en la realidad de la experiencia judicial el último tema de una secuencia mejor encadenada, a lo largo de la cual se decide y cobra cuerpo aquello que es el eje mismo de nuestra interrogación, a saber la diferencia entre venganza y justicia. En el momento de la sanción, ya está decidida una cosa esencial: se ha dictado sentencia; el sujeto que era formalmente inocente es declarado culpable, y por ende pasible de castigo, y por ende sometido a la pena. Dado que la trayectoria propuesta comienza demasiado tarde, deja atrás la separación que aquí nos preocupa, la distancia entre justicia y venganza.

El motivo es que este corte se realiza en forma previa a la sanción, en el *proceso*. Y la sanción misma no cobra sentido de penalidad sino porque ella cierra y corta el proceso. Es pues en la estructura del proceso, tal como debería desarrollarse en un Estado de derecho, donde debemos buscar el principio del corte entre venganza y justicia. A veces decimos que vengarse es hacer justicia por sí mismo. Pero la palabra justicia no debería figurar en ninguna definición de la venganza, excepto en el sentido arcaico y sagrado de una justicia vindicativa, vengativa, sobre la cual volveremos luego. Por el momento, sólo nos referiremos a la venganza elemental, emocional, salvaje, la que desea inscribir el castigo en la estela misma del crimen. Entonces se nos plantea el interrogante de saber por qué medios, con qué recursos, en nombre de qué instancia, el proceso rompe con dicha venganza.

Antes de descomponer el proceso en sus elementos estructurales, podemos caracterizarlo globalmente en estos términos: consiste en establecer una justa distancia entre la infracción que desencadena la cólera privada y pública y el castigo infligido por la institución judicial. Mientras que la venganza hace cortocircuito entre ambos sufrimientos, el padeci-

do por la víctima y el infligido por el vengador, el proceso se interpone entre ambos, instituyendo la justa distancia que acabamos de mencionar.

|

Recapitulemos, pues, los medios por los cuales el ejercicio del derecho penal instaura el abismo entre la violencia y la palabra de la justicia.² Cuatro elementos parecen constituir las condiciones estructurales de todo debate.

1) Ante todo se supone un tercero, que no forma parte del debate y está calificado para abrir un espacio de discusión. Bajo el título general de terceros podemos situar tres instancias diferentes: primero, la institución de un Estado distinto de la sociedad civil y que, en virtud de ello, se arroga el uso de la violencia legítima (múltiples variantes históricas pueden expresar esta relación entre el poder del Estado y la sociedad civil, según la naturaleza del consenso establecido entre los grupos que componen la segunda); en segundo lugar, es preciso considerar como tercero la institución judicial, en cuanto distinta de los demás poderes del Estado (también aquí la relación varía según el modelo de separación de los poderes o de las autoridades); no dejemos de añadir como tercer componente del tercero el modo particular de reclutamiento del personal judicial; el tercero cobra aquí la figura humana del juez. Es importante ponerlo en escena desde un principio, en la medida en que los jueces son hombres como nosotros, pero están elevados por encima de nosotros para zanjar conflictos, al cabo de pruebas calificadoras destinadas a corroborar la aceptabilidad de la sentencia, sobre lo cual nos explayaremos más adelante.

² Por el análisis que sigue, estoy en deuda con Denis Salas, *Du procès pénal*, París, PUF, 1992, págs. 216-262.

2) El tercero no se encuentra ubicado en la situación neutral requerida salvo como parte de un sistema jurídico que califica al tercero estatal como Estado de derecho. Este sistema jurídico consiste esencialmente en leyes escritas, cuya inscripción y conservación representan una considerable conquista cultural gracias a la cual el poder del Estado y el poder jurídico se instauran conjuntamente. Corresponde a las leyes definir los delitos, pero asimismo establecer una proporción entre la infracción y el castigo. La primera operación contribuye a poner distancia respecto de la violencia, al posibilitar la calificación de los delitos como infracciones definidas y denominadas de la manera más unívoca posible. Por lo demás, el establecimiento de una doble escala de delitos y sanciones, según una regla de proporciones, al sumarse a la calificación de los delitos, permite situar todo acto incriminado con la mayor precisión posible, no sólo en la enumeración de los delitos sino en su escala.

3) En tercer lugar viene el componente esencial para brindar a toda la estructura su título, a saber, el debate. Su función es conducir la causa pendiente desde un estado de incertidumbre hasta un estado de certidumbre. Para ello es importante que el debate ponga en escena una pluralidad de protagonistas que en conjunto –juez, fiscal, abogados de las partes– contribuyan a la instauración de aquello que hemos denominado *justa distancia*, esta vez entre el querellante y el acusado. El concepto de *pluralidad* de los protagonistas aporta una corrección importante a la mera idea de un tercero que juzga. La distancia instaurada por esta célula de debate transforma a la víctima de carne y hueso y al presunto culpable en “partes del proceso”, en demandante y acusado. Pero aún no hemos dicho lo esencial: es importante que el debate sea oral y contradictorio, y esté establecido por medio de un procedimiento conocido que se impone a todos los protagonistas del debate. El debate se presenta entonces como una lucha de palabras: argumento contra argumento, siendo las armas iguales y las mismas para una y otra parte. Por último, subrayemos que el debate promueve al sujeto pa-

sivo de nuestra primera aproximación –alguien que es juzgado– a *actor* del proceso. Luego mediremos la importancia de esta mutación, cuando recorramos la secuencia que va de la sanción a la rehabilitación y al perdón.

4) Para terminar, unas palabras sobre el cuarto componente estructural del proceso: la sentencia. Por ella se establece legalmente la culpabilidad. Por ella, el acusado cambia de status jurídico: de presunto inocente a culpable declarado. Esta mutación deriva de la única virtud performativa de la palabra que dice el derecho en una circunstancia determinada. Querría insistir, al cabo de esta primera parte, en la expresión *decir el derecho*. Antes de mostrar la virtud terapéutica del camino de la rehabilitación, la palabra que dice el derecho tiene múltiples efectos: pone fin a una incertidumbre; asigna a las partes del proceso los lugares que determinan la justa distancia entre venganza y justicia; por último (y tal vez sobre todo) reconoce como actores a los mismos que han cometido la ofensa y que sufrirán la pena. En este efecto reside la réplica más significativa dada por la justicia a la violencia. En ella se resume la suspensión de la venganza.

||

Ahora podemos regresar a la secuencia propuesta a nuestro examen: sanción-rehabilitación-perdón.

Sanción

Aún no hemos dicho lo esencial en lo concerniente a la sanción, al calificar como sentencia el acto terminal del proceso. La punición reviste su carácter penal al cabo de la ceremonia de lenguaje donde se consuma la ruptura con la venganza y donde la violencia se ha desplazado hacia la palabra. Sí, el “castigo” se encuentra a justa distancia del “delito”. Pero no se ha dicho *a quién se debe la sanción, cuáles son los desti-*

natarios de la sanción. No obstante, la respuesta a esta pregunta da sentido a la sentencia en cuanto sanción penal.

Si reseñamos nuevamente los componentes estructurales del proceso, debemos decir que en primer término la sanción se debe a la ley; no más a la ley que a la víctima, sino que se debe a la víctima *porque* se debe a la ley. Kant y Hegel confluyen en este punto en la idea de que la sanción *restablece* el derecho. Para uno como para el otro, la ley expresa el cuerpo de convenciones morales que garantizan el consenso mínimo del cuerpo político, consenso que se resume en la idea de orden. Respecto de este orden, toda infracción es un atentado contra la ley, una perturbación del orden. Podemos dar una versión religiosa de esta idea según la cual atribuimos a la ley un orden inmutable, garantizado por instancias divinas; pero una versión secular ha sustituido poco a poco la idea de ofensa a los dioses y ha cobrado la forma laica de orden social perturbado, de paz pública amenazada. En una y otra versión de la transgresión, la punición tiene por primera función reparar un problema público, en síntesis, restablecer el orden. Hegel da a este proceso la forma dialéctica de la negación de una negación: al desorden que niega el orden responde la negación del desorden que establece el orden.³

Ahora, bien, no podemos dejar de preguntarnos en qué sentido la sanción se puede considerar *debida a la víctima*. La respuesta parece ir de suyo: ¿acaso la reparación no es debida a la persona de carne y hueso, tanto o más que a la ley abstracta? Es verdad, pero aún así debemos aclarar en qué se distingue esta reparación de la venganza. Conviene despejar la duda que sugiere la desapasionada observación del sabio que medita sobre la dudosa validez de los castigos: ¿acaso éstos no agregan, en la balanza cósmica de bienes y de males, un sufrimiento a un sufrimiento? ¿Castigar no es, esencialmente, y a fin de cuentas, hacer sufrir? ¿Y qué decir de

³ Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*.

los castigos que no son reparaciones, en el sentido de restauración del estado anterior, como en el caso manifiesto del homicidio o los crímenes más graves? Tal vez el castigo restablezca el orden, pero no devuelve la vida. Estas observaciones desapasionadas invitan a hacer hincapié en el sentido moral de la sanción; es preciso volver a lo que hemos comentado sobre la palabra que dice el derecho. Como se ha sugerido al pasar, la víctima es reconocida públicamente como ser ofendido y humillado, es decir, excluido del régimen de reciprocidad por aquel que hace del crimen la instauración de una distancia injusta. Este reconocimiento público no es trivial: la sociedad declara al querellante como víctima al declarar al acusado como culpable. Pero el reconocimiento puede seguir un camino más íntimo, tocante a la *autoestima*. Aquí se puede decir que algo se restaura, bajo nombres tan diversos como honor, buena reputación, respeto e, insisto, autoestima, es decir, la dignidad asociada con la calidad moral de la persona humana. Tal vez sea lícito dar un paso más y sugerir que este reconocimiento íntimo, tocante a la autoestima, puede contribuir al trabajo de duelo por el cual el alma herida se reconcilia consigo misma, al interiorizar la figura del objeto amado perdido. Allí tendríamos una explicación algo inesperada de las famosas palabras del apóstol: "La verdad os hará libres". Huelga añadir que, en los grandes procesos a los que han dado lugar los desastres del siglo, este trabajo de duelo no se ofrece únicamente a las víctimas, si existen todavía, sino a sus descendientes, parientes y allegados, cuyo dolor merece ser honrado. En este trabajo de duelo, que prolonga el reconocimiento público del ofendido, es posible vislumbrar una versión moral y no sólo estética de la *catharsis* que ofrece, según Aristóteles, el espectáculo trágico.

Aún nos queda por preguntar si la sanción dice algo a la opinión pública. La respuesta debe ser afirmativa. La opinión pública es el vehículo y el amplificador, el portavoz del deseo de venganza. Insistimos sobre el efecto de publicidad, en el sentido de "hacer público", dado por los medios a la ceremonia del proceso y a la promulgación de las penas. Esta

publicidad debería consistir en una educación en la equidad, al disciplinar el impuro deseo vengativo. El primer umbral de esta educación está constituido por la *indignación*, cuyo nombre aún no hemos pronunciado, la cual, mal distinguida de la sed de venganza, comienza ya a distanciarse de ella, cuando apela a la dimensión de injusticia del mal cometido. En este sentido, la indignación ya está medida por el sentido de la ley y afectada por el problema público que deriva de la infracción. La indignación tiene además la virtud de ligar la emoción causada por el espectáculo de lesa ley con la emoción suscitada por el espectáculo de la persona humillada. Por todo ello, la indignación constituye el sentimiento básico a partir del cual se puede educar al público en materia de igualdad. En síntesis, la sanción también dice algo a la opinión pública, lo cual sería coronado por cierta *catharsis* de la venganza.

Queda la última pregunta: ¿en qué y hasta qué punto la sanción se debe al *culpable* o *condenado*? La respuesta a esta pregunta condiciona el ordenamiento de la secuencia sanción-rehabilitación-perdón. Al principio de nuestro itinerario, el sujeto penal se consideraba implícitamente pasivo: ser castigado, ser rehabilitado, ser indultado, estados que presuntamente recorre el reo. Pero el proceso, como señalamos, ya había hecho de él un actor, un protagonista del debate. ¿De qué otro modo podría convertirse en protagonista, en actor de la sanción? ¿No sería preciso decir, al menos como aspiración ideal, que la sanción habría alcanzado su meta, cumplido su finalidad, si la pena fuera, si no aceptada, al menos comprendida por quien la sufre? Esta idea límite, que tal vez deberíamos llamar idea reguladora, estaría implícita en la idea de *reconocimiento*: reconocimiento del querellante como víctima, reconocimiento del acusado como culpable. Ahora bien, si el reconocimiento sigue su trayecto en la intimidad del ser ofendido con la forma de reparación de la autoestima, ¿el reconocimiento de la propia culpabilidad no es la forma simétrica de este reconocimiento que la víctima hace de sí misma? Digo que es la idea reguladora de la condena. Si la sanción debe

tener un futuro, bajo las formas que mencionaremos de la rehabilitación y del perdón, ¿no es preciso que, desde el pronunciamiento de la sanción, el acusado se sepa reconocido al menos como ser racional, responsable, es decir autor de sus actos? Hegel llevaba la paradoja hasta el extremo de sostener que la pena de muerte, a la cual sólo puede ser sometido un ser humano, era un modo de "honrar al culpable en cuanto ser racional". Por cierto tenemos razones más fuertes para rechazar la pena de muerte, partiendo de la idea de un Estado que, al limitar su propia pulsión de venganza, se prohíbe portarse como un criminal bajo la figura del verdugo. Al menos podemos retener, del argumento de Hegel, que sólo un ser razonable puede ser castigado. Mientras la sanción no sea reconocida como razonable por el condenado, no afecta al mismo en cuanto ser razonable. Este fracaso de la sanción en el logro de su meta en el marco del proceso abre la secuencia en la cual ingresaremos ahora.

Rehabilitación

¿Por qué querer dar una continuación a la sanción? ¿No podríamos quedarnos ahí si la ley, la víctima y la opinión pública están satisfechas? La falta de reconocimiento de la sanción por parte del condenado nos lleva nuevamente a la noción de justa distancia, introducida al comienzo de esta meditación. ¿La sanción no es, de manera general, recibida por el condenado como exceso de distancia, exceso figurado, física y geográficamente, en la condición del reo, cuyo encarcelamiento marca la exclusión de la ciudad? ¿Y este exceso no está significado simbólicamente por las penas accesorias: pérdida de la estima pública y privada, pérdida de capacidad jurídica y cívica? De ahí nace la idea de una continuación para la sanción, con miras a reducir gradualmente este exceso de distancia y restablecer la justa distancia.

Hablando de rehabilitación, los autores del programa del coloquio quizá no hayan pensado específicamente en el sen-

tido estrictamente jurídico de la rehabilitación. Aunque hayan tenido razón en hacer hincapié sobre el sentido asociado comúnmente con este término, a saber el conjunto de medidas que acompañan la ejecución de la pena, con miras a restaurar la capacidad del condenado para volver a ser ciudadano pleno al concluir su pena, no es inútil, aun en ausencia de toda competencia jurídica, demorarse un instante en las formas propiamente jurídicas de la rehabilitación, puesto que la idea que preside las operaciones concernientes es el restablecimiento de los derechos, la capacidad, el status jurídico que una persona había perdido.

Aquí debemos considerar dos situaciones principales. Primero, la rehabilitación automática y de *pleno derecho* a la cual tiene acceso todo condenado después de purgar su pena y el transcurso de un lapso proporcional entre el nivel de la infracción y el nivel de la instancia que infligió la sanción. El nuevo código penal francés (113/16) dice que la rehabilitación de pleno derecho “borra todas las incapacidades y ruindades”. Es preciso subrayar el verbo *borrar*, verbo clave para la continuación de la secuencia que concluye en el indulto. Este “borrón” reviste un carácter de excepción, tratándose de una interrupción solemne de la sanción cuando ella no es de pleno derecho. Aquí pensamos en las grandes rehabilitaciones de las víctimas de purgas, constitutivas de crímenes de Estado ejecutados por regímenes totalitarios, y cuyos efectos regímenes menos totalitarios o más democráticos procuran atenuar, borrando sus huellas en aras del honor restablecido de las víctimas o de sus derechohabientes. También pensamos en la reparación de presuntos *errores judiciales*.

Dada la rareza de estas situaciones, se trata de procedimientos muy complejos que se atienden al código de procedimiento penal y estatuyen sobre la calidad del demandante, la del beneficiario y la de la instancia de instrucción. No me enredaré en estas cuestiones de procedimiento que nada añaden a la finalidad buscada por la rehabilitación de pleno derecho y que hemos visto manifestada en las expresiones “borrar incapacidades”, “restablecer derechos”, es decir, resti-

tuir una capacidad humana fundamental, la de ciudadano que goza de derechos cívicos y jurídicos.⁴

Evidentemente nos referimos a las ideas de borrón, de restablecimiento, de restitución, cuando procuramos introducir un proyecto de rehabilitación en la ejecución de la pena. Se trata de otorgar al condenado la capacidad para volver a ser un ciudadano pleno al concluir la pena, y por ende a poner fin a la exclusión física y simbólica que suponía el encarcelamiento.

No abordaré aquí el examen de los proyectos de reeducación que buscan la resocialización de los condenados. Derivan de aquello que podríamos denominar la pedagogía de la pena. Me limitaré a algunas proposiciones que pueden contribuir a la clarificación conceptual del término rehabilitación, en la línea general de mi exposición. Primero sugiero que reflexionemos sobre la proposición, formulada entre otros por Antoine Carapon, de introducir el concepto de *continuidad del espacio público*, con miras a inscribir el lugar del espacio carcelario en el seno y no en las afueras de la ciudad: no retendré sino una aplicación particularmente significativa de este concepto que, al menos en mi conocimiento, es todavía muy nuevo. ¿Las infracciones cometidas en el espacio carcelario no deberían someterse a los mismos tribunales que todas las infracciones cometidas en el espacio de la jurisdicción del Estado? Otro componente de la reeducación para la sociabilidad: habría que situar en una misma esfera todos los aspectos de la ejecución de la pena *ajenos a la seguridad*, trátese de salud, trabajo, educación, ocio, derecho de visita, incluso de expresión normal de la sexualidad, etcétera. La idea rectora que congrega las múltiples medidas que surgen de estas aportaciones es la de borrar la incapacidad, de restituir la capacidad. En esta perspectiva se debería retomar la discusión sobre la *duración de las penas*. Si no abordamos únicamente

⁴ Véase Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, París, Seuil, 1994.

mente el punto de vista de la seguridad, es decir, la legítima protección de la sociedad, debemos tener en cuenta lo vivido por el prisionero durante el tiempo de la pena: según algunos estudios acerca de la psicología del convicto a los que he tenido acceso, se deduce que el tiempo de la pena es vivido en diferentes modalidades: en el segmento temporal más próximo al proceso, el tiempo se vive bajo la acechanza del recuerdo de esta prueba; en el tiempo medio de la pena, la adaptación al entorno carcelario ocupa toda la preocupación del prisionero; por último, en el tramo terminal de la pena, las perspectivas de liberación tienden a ocupar todo el espacio mental. De ello resulta que la concatenación de estas figuras sucesivas de lo vivido en el tiempo de la pena difieren totalmente según la duración de la pena. Podemos presumir que más allá de cierta duración la ejecución de la pena equivale a un proceso de desocialización acelerada. La exclusión engendra una bestia feroz y no una persona libre, a expensas de todo proyecto de reinserción. Esta perspectiva inquietante no deja de tener repercusiones en los aspectos de seguridad de la ejecución de la pena. Permitaseme decir que la noción de "perpetuidad real" constituye una flagrante negación de toda idea de rehabilitación, y por ello la negación absoluta de todo proyecto de restablecimiento, en la ejecución misma de la pena, de una justa distancia entre el reo y el resto de la sociedad.

Amnistía e indulto

No podríamos pasar directamente de la idea de rehabilitación a la de *perdón* sin decir una palabra sobre dos disposiciones que podemos considerar intermedias: la amnistía y el indulto. Podemos pasar rápidamente sobre la segunda, pues consiste en un privilegio real, que tiene los mismos efectos que la rehabilitación en la medida en que borra las penas principales y las penas secundarias. Debemos demorarnos más en la *amnistía*, en la medida en que esta clase de rehabilitación

no procede de la instancia jurídica sino de la instancia política, a saber, en principio, del Parlamento, aun si en los hechos el pilotaje de la operación está a cargo del ejecutivo. Si me detengo en la cuestión de la amnistía es porque, a despecho de las apariencias, no prepara de ninguna manera para la justa comprensión de la idea del perdón. En muchos sentidos constituye su antítesis. La amnistía, que el régimen republicano francés llevó a su gran consumación con la amnistía de los *communards*, consiste en un borrón que va mucho más allá de la ejecución de las penas. A la prohibición de toda acción judicial, y por ende a la interdicción de toda persecución de los criminales, se añade la prohibición de evocar los hechos mismos bajo su calificación criminal. Se trata pues de una auténtica *amnistía institucional* que invita a actuar como si el hecho no hubiera sucedido.⁵ Varios autores han observado con inquietud lo que hay de mágico, incluso de desesperado, en la empresa de borrar aun los rastros de los acontecimientos traumáticos, como si alguna vez pudiéramos borrar la mancha de sangre de la mano de lady Macbeth. ¿Qué se busca aquí? Sin duda la reconciliación nacional. En este sentido, es perfectamente legítimo reparar por medio del olvido los desgarrones del cuerpo social. Pero podemos inquietarnos por el precio que se pagará por esta reafirmación (que he denominado mágica y desesperada) del carácter indivisible del cuerpo político soberano. Se requiere una concepción jacobina de un Estado que identifica su presunta racionalidad con lo universal para que sea preciso borrar periódicamente los rastros de las fechorías cometidas por unos y por otros, y cuyo recuerdo constituiría una negación viviente de la pretensión del Estado racional. El costo es enorme. Esta increíble pretensión de borrar los rastros de las discordias públicas contiene todas las *fechorías del olvido*. En este sentido la amnistía es lo contrario del perdón, el cual, como insistire-

⁵ S. Gacon, "L'oubli institutionnel", en "Oublions nos crimes", revista *Autrement* N° 144, abril de 1994, págs. 98-111.

mos, requiere la memoria. Corresponde pues al historiador (cuya tarea es dificultada por esta instauración del olvido institucional) contrarrestar por medio del discurso el intento seudojurídico de borrar los hechos. Su tarea cobra entonces un giro subversivo, en la medida en que por ella se expresa la *némesis de la huella*.

Perdón

Es difícil situar correctamente la idea del *perdón* en la trayectoria trazada por los tres términos, sanción-rehabilitación-perdón. Podemos decir de él dos cosas contradictorias, pero quizás igualmente necesarias, incluso complementarias, concernientes al vínculo entre el perdón y todas las formas jurídicas concernientes a la sanción, la rehabilitación, el indulto y la amnistía. Por una parte, el perdón no pertenece al orden jurídico, ni siquiera al ámbito del derecho. Habría que hablar de él como Pascal habla de la caridad en el famoso pasaje sobre los “tres órdenes”: orden de los cuerpos, orden de los espíritus, orden de la caridad. El perdón escapa al derecho tanto por su lógica como por su finalidad. Desde un punto de vista, que podemos llamar epistemológico, surge de una *economía del don*, en virtud de la lógica de prodigalidad que lo articula y que debemos oponer a la lógica de la equivalencia que rige en la justicia; en este sentido el perdón es un valor no sólo suprajudicial sino supraético. Pero también escapa al derecho por su *finalidad*. Para comprenderlo, es preciso decir *quién* puede ejercerlo. En términos absolutos, sólo puede ser la víctima. En este sentido, el perdón nunca es *debido*. Sólo puede ser *pedido*, y el pedido puede ser legítimamente rechazado. En esta medida, el perdón debe ante todo haber encontrado lo imperdonable, es decir, la deuda infinita, el mal irreparable. Dicho esto, aunque no es debido, no carece de finalidad. Y esta finalidad se relaciona con la memoria. Su “proyecto” no es borrar la memoria: no es el olvido, al contrario, su proyecto, que es *cancelar la deuda*, es

incompatible con el de *cancelar el olvido*.⁶ El perdón es una suerte de curación de la memoria, el logro de su duelo; liberada del peso de la deuda, la memoria es liberada para grandes proyectos. El perdón da un futuro a la memoria.

Aun así, cabe preguntarse si el perdón no tiene un efecto secundario en el orden jurídico, en la medida que, al escapar de él, lo sobrevuela.

Diré dos cosas a este respecto. Por una parte, en cuanto horizonte de la secuencia sanción-rehabilitación-perdón, éste constituye una recordación permanente del hecho de que la justicia es solamente humana y que no podría erigirse en juicio definitivo. Por lo demás, ¿no podríamos considerar como influencias del perdón sobre la justicia todas las manifestaciones de compasión y buena voluntad en el seno mismo de la administración de la justicia, como si la justicia, tocada por la gracia del perdón, buscase en su esfera propia este extremo que con Aristóteles llamamos equidad? Para terminar, desearía sugerir la siguiente idea: ¿no corresponde al perdón acompañar a la justicia en su esfuerzo para erradicar en el plano simbólico el componente *sagrado* de la venganza, al cual hemos aludido al comienzo? La justicia no sólo procura disociarse de la venganza salvaje, sino de la venganza sagrada en virtud de la cual la sangre llama a la sangre, y que aspira al título de justicia. En el plano simbólico más profundo, se trata de la separación entre Diké, justicia de los hombres, y Themis, último y tenebroso refugio de la ecuación entre Venganza (con mayúscula) y Justicia (también con mayúscula). ¿No corresponde al perdón ejercer sobre esta sagrada malevolencia la *catharsis* que permitirá aflorar una sagrada benevolencia? La tragedia griega, ante todo la *Orestiada*, nos enseña que las Erínias (las Furias) y las Euménides (las Benévolas) son las mismas. En un fragmento fulgurante de los *Principios de la filosofía del derecho*, Hegel señala:

Las Euménides duermen, pero el crimen las despierta.⁷

⁶ *Le Pardon. Briser la dette et l'oubli*, dirigido por Oliver Abel, Editions Autrement, 1992.

⁷ Apéndice, § 101.

LA CONCIENCIA Y LA LEY. CUESTIONES FILOSÓFICAS

El presente estudio nació del rechazo inicial al dilema aparentemente insoluble que opondría la ley, en cuanto inmutable, universal, constrictiva, objetiva, y la conciencia, supuestamente variable, circunstancial, espontánea y subjetiva por excelencia.

El dilema queda fijado, en cierto modo, cuando lo ponemos bajo la custodia malévola de categorías mutuamente excluyentes tales como el dogmatismo y el situacionismo.

El problema no consiste sólo en refutar este aparente dilema, sino en construir un modelo plausible de correlación entre los términos de una alternativa paralizante. Para sustraernos a este aparente dilema, propongo distinguir varios niveles donde la ley y la conciencia se complementarían, en cada oportunidad y de diferente manera, en la constitución progresiva de la expresión moral.

|

En un primer nivel que podemos considerar fundamental, pondré del lado de la ley la más elemental discriminación entre el bien y el mal, y del lado de la conciencia el surgi-

miento de una conciencia personal constituida por su relación con esta discriminación primaria. En este nivel fundamental, quizá no convenga hablar de ley en el sentido fuerte de obligación moral ni de conciencia en el sentido de acatamiento del deber. En un sentido más aristotélico que kantiano, adoptaré, siguiendo a mi amigo Charles Taylor en *Sources of the Self*,¹ la expresión “evaluaciones fuertes”, entendiendo por ello las evaluaciones más estables de la conciencia común que, por su estructura binaria, expresan cada cual a su modo aquello que acabamos de denominar discriminación entre el bien y el mal; en este sentido la experiencia moral común dispone de un vocabulario de extraordinaria riqueza que otorga a la pareja de lo bueno y lo malo una considerable cantidad de variantes. Pensemos tan sólo en pares de términos tales como honorable y vergonzoso, digno e indigno, admirable y abominable, sublime e infame, deleitable y repulsivo, noble y vil, exquisito y abyecto, sin olvidar la pareja venerable/injustificable de Jean Nabert. Hay que partir de esta rica paleta para desplegar las implicaciones de la expresión *evaluación fuerte*.

El término *evaluación* expresa el hecho de que la vida humana no es moralmente neutra sino que, estando sometida a examen, según el precepto socrático, se presta a una discriminación básica entre aquello que es aprobado como mejor y aquello que es reprobado como peor. Si el término ley no conviene a este nivel elemental, al menos en el sentido estricto que acabamos de mencionar, las evaluaciones fuertes presentan una serie de características que nos ponen en el camino del sentido normativo asociado con la idea de ley. Aparte del trabajo reflexivo de discriminación expresado por la variedad de predicados evaluativos que hemos enumerado, debemos tener en cuenta todo aquello que Taylor pone bajo el título de *articulación*, a saber el intento de ordenar

¹ Charles Taylor, *Sources of the Self. The Making of the Modern Mind*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.

las evaluaciones fuertes, a las cuales la heterogeneidad cualitativa de los bienes buscados por su interposición impone cierta dispersión; a este trabajo de coordinación se añaden los intentos de *jerarquización* que permiten hablar, con Charles Taylor, de bienes de rango superior, de *hypergoods*: en estos intentos vemos las diversas tipologías de virtudes y vicios que ocupaban el lugar que conocemos en los tratados de moral de los antiguos, los medievales e incluso los moralistas de la época clásica. Estas clasificaciones servían para marcar/señalar el nivel intermedio de la reflexión moral, a medio camino entre las evaluaciones fuertes tomadas en su dispersión espontánea y el propósito unificador del buen vivir, a saber, el deseo de una vida lograda, que constituya en cierto modo la línea de fuga en el horizonte de las evaluaciones fuertes.

He ahí lo que pongo desde un principio en el polo de la ley. ¿Qué pondré en el polo de la conciencia? También aquí seguiré la sugerencia de Charles Taylor, uniendo la idea del *sí-mismo* (*self*) con la idea del *bien* (*good*). Esta correlación expresa el hecho de que la pregunta “¿Quién?” (¿quién soy yo?), que preside toda búsqueda de identidad personal, encuentra un esbozo de respuesta en las modalidades de adhesión por las cuales respondemos a la solicitud de evaluaciones fuertes. En este sentido, podríamos correlacionar con diferentes variantes de la discriminación del bien y del mal maneras de *orientarse* en lo que Charles Taylor denomina el espacio moral, maneras de *sostenerse* en el instante y de *mantenerse* en la duración.

En cuanto ser moral, yo soy el que se orienta, se sostiene y se mantiene en el espacio moral; y la conciencia, al menos en este primer nivel, no es otra cosa que esta orientación, este sostén y este mantenimiento.

El análisis que sugiero aquí, en una línea que podríamos llamar neoaristotélica, atestigua hasta qué punto la pregunta “¿Qué debo hacer?” viene segunda respecto de la más elemental pregunta acerca de cómo desearía llevar mi vida. Digamos, para concluir este primer punto, que la polaridad de donde deriva la polaridad ley/conciencia se puede resu-

mir en los términos de la pareja *evaluaciones fuertes-adhesión fuerte*.

||

Pasemos al segundo nivel. Al revelar el sentido de la obligación moral y su doble negativo, la prohibición, la ley alcanza el status normativo que le reconoce el uso común. Para el análisis que propongo, sacaré partido del hecho de que el término ley alude indiferentemente al registro del derecho y al de la moralidad. Luego veremos hasta qué punto la comprensión de este lazo entre lo ético y lo jurídico es necesaria para una justa apreciación del papel de la conciencia en este nivel. Propongo pues que abordemos la problemática de la norma por el lado de la legalidad, para mostrar cómo el movimiento por el cual la legalidad remite a la moralidad se logra en la remisión de la moralidad a la conciencia.

Nos demoraremos en tres características de lo legal, pues designan el punto de anclaje de la dialéctica de interiorización que acabo de citar.

Primero, la *prohibición* es el rostro severo que nos muestra la ley. El Decálogo mismo se enuncia en esta gramática de imperativos negativos: no matarás, no darás falso testimonio, etcétera. A primera vista, estaríamos tentados de percibir en la prohibición sólo su dimensión represiva, incluso, si nos ponemos del lado de Nietzsche, podemos verla como una simulación del odio al deseo. Así corremos el riesgo de no tener en cuenta lo que podemos denominar la función estructurante de la prohibición. Lévi-Strauss lo había demostrado brillantemente en el caso de la prohibición tal vez más universal, la del incesto. Al prohibir a los hombres de tal clan, tribu o grupo social que tomen como compañera sexual a su madre, su hermana o su hija, la prohibición instituye la distinción entre el lazo social de alianza y el lazo puramente biológico de procreación. Podríamos hacer una demostración similar para la prohibición del homicidio, aunque proceda de

una justicia vengativa: al quitar a la víctima el presunto derecho a la venganza, el derecho penal instaura una justa distancia entre dos violencias, la del crimen y la del castigo.² No sería difícil hacer la misma demostración con la prohibición del falso testimonio, la cual, al proteger la institución del lenguaje, instaura el vínculo de confianza mutua entre los miembros de una comunidad lingüística.

El segundo rasgo común de la norma jurídica y la norma moral es su aspiración a la *universalidad*. Digo aspiración porque, en el plano empírico, las normas sociales varían en el espacio y en el tiempo. Pero es esencial que, a pesar de esta relatividad de hecho, y a través de ella, se busque una validez de derecho. La prohibición del homicidio perdería su carácter normativo si no la juzgáramos válida para todos, en todas las circunstancias y sin excepción. Aunque en una segunda etapa procuremos justificar las excepciones –trátase de la ayuda a la persona en peligro, de la guerra en la controvertida hipótesis de la guerra justa, o, durante milenios, de la pena de muerte–, el intento de dar cuenta de las excepciones constituye un homenaje a la universalidad de la regla: se requiere una regla para justificar la excepción a la regla, una suerte de regla suspensiva, que reviste la misma exigencia de legitimidad, de validez, que la regla básica.

El tercer rasgo que desearía señalar concierne al lazo entre la norma y la *pluralidad humana*. Lo que está prohibido, universalmente condenado, abarca en última instancia una serie de males infligidos a otro. Un sí-mismo y un otro son así los protagonistas de la norma ético-jurídica. Tanto el derecho como la moral suponen, pues, aquello que Kant llamaba el estado de “insociable sociabilidad” que vuelve tan frágil el lazo interhumano.³ De cara a esta permanente amenaza de desor-

² Véase el artículo “Sanción, rehabilitación, perdón”, en este volumen.

³ El autor cita la traducción francesa de L. Ferry: *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, 4^a proposición, París, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, II, pág. 192.

den, la más elemental exigencia del derecho, decía el propio Kant en su *Doctrina del derecho*,⁴ es separar lo mío de lo tuyo. Aquí encontramos nuestra idea de la justa distancia, aplicada para delimitar las esferas confluyentes de las libertades individuales. Atengámonos a estos tres rasgos en aras del argumento que sigue: papel estructurante de la prohibición, aspiración a la validez universal, ordenamiento de la pluralidad humana, y estímulo al movimiento que, yendo de la legalidad a la moralidad, desemboca en la noción de conciencia moral, en cuanto contrapartida de la ley.

En lo concerniente al primer rasgo, el papel de lo prohibido, lo que distingue fundamentalmente la *legalidad* de la moralidad salta a los ojos: la legalidad sólo pide una obediencia externa, aquello que Kant denominaba simple conformidad a la ley, para distinguirla del respeto a la ley por amor al deber; a este carácter externo de la legalidad se suma otro rasgo que la distingue de la moralidad, a saber la autorización de la corrección física, con miras a restaurar el derecho, a dar satisfacción a las víctimas, en síntesis, a conceder la última palabra a la ley. Dado que la simple conformidad con la legalidad también se apoya en el temor al castigo, se comprende que el tránsito de la mera legalidad a la verdadera moralidad se pueda asimilar con un proceso de interiorización de la norma.

En cuanto al segundo rasgo, la aspiración de la legalidad a la universalidad, la moralidad presenta una segunda modalidad de interiorización. A la idea de un legislador externo se opone la de una *autonomía personal*, en el sentido fuerte del término autonomía, interpretado por Kant como legislación que una libertad se da a sí misma. Por la autonomía, una voluntad razonable emerge de lo meramente arbitrario, colocándose bajo la síntesis de la libertad y la ley. La admiración que nos puede suscitar el elogio kantiano de

⁴ Kant, *Méthaphysique des mœurs*, 1^a parte, “Doctrine du droit”, traducción francesa de Philonenko, París, Vrin, 1971.

la autonomía no debe impedirnos apreciar la dimensión del precio que se paga por esta internalización de la ley tomada desde su ángulo universal. Sólo una regla formal, como la prueba de universalización a la cual deben someterse todos nuestros proyectos, todos nuestros planes de vida, en síntesis, todo aquello que Kant denomina las máximas de la acción, puede aspirar a la clase de universalidad de que suele carecer la mera legalidad social.

Es verdad que este formalismo encuentra su contrapartida cierta en la elevación al plano de la pura moralidad del tercer rasgo que hemos reconocido en la legalidad, a saber, el papel que la norma desempeña en cuanto principio de orden en el plano de la pluralidad humana. Este carácter dialógico o dialogal de la norma se expresa principalmente entre los discípulos contemporáneos de Kant, en Rawls y su *Teoría de la justicia*, en Habermas y su *Ética de la discusión*. Kant ya tenía en cuenta esta pluralidad de los sujetos morales en el segundo imperativo categórico, que ordenaba tratar a la humanidad, en nuestra propia persona y en la persona de otro, como un fin en sí mismo y no sólo como un medio. En la idea de justicia, según Rawls, y de argumentación, según Habermas, vemos enteramente desplegadas las implicaciones dialógicas o dialogales del segundo imperativo categórico, bajo la figura del respeto mutuo que las personas se deben unas a otras.

Dicho esto, no nos cuesta comprender en qué sentido el proceso de interiorización, por el cual la mera legalidad social se eleva a moralidad, cumple su curso en la conciencia moral. En este estadio de nuestra meditación, la conciencia no es otra cosa que la obediencia íntima a la ley en cuanto ley, por puro respeto por ella y no por mera conformidad al enunciado de la regla. La palabra decisiva es *respeto*. En un célebre capítulo de la *Critica de la razón práctica*,⁵ Kant lo

⁵ Kant, *Critique de la raison pure pratique*, “Analytique”, capítulo III, “Des mobiles de la raison pratique”, París, Gallimard, II, pág. 695.

convierte en móvil único de la vida moral. Es un sentimiento, sí, pero el único sentimiento que la razón, con su sola autoridad, inscribe en nosotros. Haciéndose eco de Rousseau y de su célebre elogio de la “voz de la conciencia”, Kant ve en este sentimiento no sólo la humillación de nuestra sensibilidad ávida de satisfacciones egoístas sino la exaltación de nuestra humanidad por encima del reino animal. Pero no nos asombrará encontrar designados como voz de la conciencia todos los rasgos de la legalidad social, interiorizados como pura moralidad. La voz de la conciencia es ante todo la voz de la prohibición, estructurante, sí, pero rigurosa. Es también la voz de lo universal, cuya intransigencia hemos mencionado. Por último, bajo los rasgos de la idea de justicia y bajo el acicate de una ética de la discusión, la voz de la conciencia suma a estos rasgos de rigor e intransigencia el de la imparcialidad. Imparcial, la voz de la conciencia me dice que toda vida otra es tan importante como la mía, por retomar la reciente fórmula de Thomas Nagel en *Igualdad y parcialidad*.⁶

He aquí hasta dónde puede avanzar una meditación sobre la conciencia en su relación con la ley, tomada en su nivel radicalmente formal. Tres palabras la definen: rigor, intransigencia, imparcialidad.

Cabe preguntarse si podemos quedarnos allí. El respeto kantiano no es cosa sin importancia, sobre todo si desarrollamos sus implicaciones dialogales, como en una ética de la justicia y una ética de la discusión. ¿Pero son reconocidas realmente las personas en su singularidad insustituible, cuando el respeto se dirige más a la ley que a las personas, a quienes se tiene por mera expresión de una humanidad abstracta? ¿Y cómo lo serían ellas, aun bajo el signo de la idea de imparcialidad, si ponemos entre paréntesis las adhesiones fuertes correlativas de las evaluaciones fuertes de que hablábamos en la primera parte, bajo el horizonte de la búsqueda

⁶ Thomas Nagel, *Egalité et partialité* (1991), traducción francesa, París, PUF, 1994.

del buen vivir? De esta duda procede la investigación de un tercer nivel de la correlación entre ley y conciencia.

III

La tercera etapa de nuestro recorrido se consagrará a lo que podríamos denominar el juicio moral en situación. ¿Por qué considerarlo algo distinto? ¿No podemos remitir este estadio a la simple idea de una aplicación de la norma general a un caso particular? Pero, al margen de que el juicio moral en situación no se remite a la simple idea de aplicación, como veremos más adelante, ésta misma está lejos de reducirse a la idea simplista que nos hemos hecho de ella. Aplicar una norma a un caso particular es una operación extraordinariamente compleja, que implica un estilo de interpretación irreductible a la mecánica del silogismo práctico. El derecho, también aquí, constituye una buena introducción a la dialéctica del juicio moral en situación. El complejo proceso a cuyo término un caso queda colocado bajo una norma comporta dos procesos entrelazados de interpretación.⁷ En un aspecto, el del caso considerado, el problema consiste en reconstituir una historia plausible, verosímil, de la historia o más bien del entrelazamiento de historias constitutivas de aquello que denominamos un caso, o mejor dicho una causa. Pero el debate, pieza central del proceso, revela cuán difícil es desprender un relato unívocamente verdadero del enfrentamiento entre las versiones rivales que proponen las partes en pugna. La dificultad no es menor en el aspecto de la norma: no siempre es inmediatamente claro que tal caso se deba colocar bajo tal norma. Lo que llamamos calificación de un acto litigioso deriva de una tarea de interpretación aplicada a la norma misma. Las causas recientes, tal como la de la sangre contamina-

⁷ Véase el ensayo "Interpretación y argumentación", en este volumen.

da, nos han enseñado en qué medida es controvertida la decisión aparentemente sencilla de designar en el *corpus* jurídico la norma que conviene aplicar en tal caso particular. La aplicación está también en la encrucijada de una doble cadena de interpretación, del lado de los hechos y del lado de la regla: el juicio en situación llega así al punto de intersección de estas dos líneas de interpretación. Podemos decir que argumentación e interpretación son inseparables, constituyendo la argumentación la trama lógica y la interpretación la trama inventiva del proceso que desemboca en una decisión.

¿Cuál es pues la relación entre ley y conciencia? Sería erróneo pensar que la idea de ley ha desaparecido del juicio en situación. Se trata, en efecto, de decir el derecho en una circunstancia determinada. En este sentido, la sentencia dictada no tendría significación jurídica si no se considerase equitativa, en el sentido que da Aristóteles al término equidad cuando la norma reviste una singularidad igual a la del caso considerado. En cuanto a la conciencia, no es otra que la íntima convicción que habita en el alma del juez o del jurado, pronunciando el juicio en equidad. En este sentido podemos decir que la equidad del juicio es el rostro objetivo cuyo correlativo subjetivo es la íntima convicción. El lazo entre la íntima convicción y el acto de la palabra, consistente en decir el derecho en una circunstancia particular, sustrae el juicio en situación de lo arbitrario puro.

Pero aún no hemos examinado sino una categoría de los juicios morales en situación, la que podemos ubicar bajo el título de la aplicación. No obstante, hay muchas otras ocasiones para ejercer el juicio moral en situación. La aplicación supone la existencia de un *corpus* de leyes relativamente homogéneo y no cuestionadas, al menos en el momento del proceso. Existen, sin embargo, muchas situaciones embarazosas donde la referencia a la ley resulta problemática. Ante todo es preciso considerar el caso donde varias normas se contradicen, como vemos en la tragedia griega cuando, por ejemplo, Electra y Creonte sirven a sendas dimensiones espirituales respetables, pero bajo un ángulo estrecho que los vuel-

ve incompatibles y provoca la muerte de los antagonistas. Este elemento trágico de la acción apela a lo que Sófocles denomina *to phronein*, el acto de “juzgar sabiamente”: es la virtud que Aristóteles elevará al rango de *phronesis*, término que los latinos tradujeron *prudentia*, y que nosotros podríamos traducir por sabiduría práctica, o mejor aún, por sabiduría de juicio. La primera parte de este estudio nos preparó para esta confrontación con modalidades de lo trágico de la acción, dado que las evaluaciones fuertes se relacionan con bienes heterogéneos y a veces concurrentes. Esta tragedia de la acción ha sido desterrada de la concepción puramente formal de la obligación moral, reducida a la prueba de universalización de la máxima. También es desconocida en la concepción rawlsiana de la justicia, por lo cual la confrontación entre bienes sustanciales ha desaparecido en aras de una regla puramente formal de procedimiento. También ha desaparecido de una ética de la discusión, que se sitúa en una perspectiva donde las convicciones se reducen a convenciones que los protagonistas del debate presuntamente han superado, poniéndose en una postura denominada posconvencional. Es propio de todo formalismo, al eliminar la referencia al buen vivir, eludir las situaciones de conflicto ligadas a la evaluación de los bienes relacionados con los votos del buen vivir.

Pero cuando echamos lo trágico por la puerta, regresa por la ventana, toda vez que se tenga en cuenta la diversidad irreductible de los bienes sociales básicos, algo que una teoría abarcadora de la justicia no puede dejar de hacer: entonces enfrentamos aquello que Rawls, en una versión renovada de su teoría de la justicia, denomina “desacuerdos razonables”.⁸ Me agrada esta expresión que enmarca bien la virtud de la prudencia. La fragmentación de los ideales políticos y las esferas de justicia y, en el dominio jurídico, la multiplicación de las fuentes de derecho y la abundancia de

⁸ Véase el ensayo “Después de *Teoría de la justicia* de John Rawls”, en este volumen.

códigos de jurisdicción, nos invitan a tomar con suma seriedad la idea del desacuerdo razonable.

Las cosas se agravan aún más cuando no sólo entran en conflicto las normas, sino que el respeto debido a la norma universal se enfrenta con el respeto debido a las personas singulares. Estamos ante lo trágico de la acción, cuando la norma es reconocida como parte del debate en el conflicto que la opone a las solicitudes que hace la miseria humana. La sabiduría de juicio consiste en elaborar consensos frágiles donde se procura zanjar menos entre el bien y el mal, entre lo blanco y lo negro, que entre lo gris y lo gris, o, caso altamente trágico, entre lo malo y lo peor.

¿La conciencia queda reducida así a lo arbitrario, como alegan las morales situacionistas? En absoluto. Como el juez encargado de decir el derecho en una situación singular, el moralista, frente a lo trágico de la acción, dice lo mejor o lo menos malo, tal como se manifiesta al cabo de un debate donde las normas no han pesado menos que las personas. En este sentido, su íntima convicción tiene por objetivo lo *mejor aparente* en las circunstancias. Por lo demás, si este mejor aparente nace, por conservar el vocabulario forjado en torno del juicio jurídico en situación, de un juego entre argumentación e interpretación, la decisión tomada al término del debate entre un sí-mismo y otro sí-mismo, en el corazón de lo que podemos llamar el fuero interno, el foro privado, merecerá ser llamada *sabia* en la medida en que surja de una célula consultiva, según el modelo de nuestro consejo nacional consultivo de ética, o sobre el modelo del pequeño círculo que reúne a padres, médicos, psicólogos, religiosos ante el lecho de un moribundo. La sabiduría de juicio siempre debe practicarse entre varios y el juicio de sabiduría pronunciarse entre varios. La conciencia merece realmente el nombre de *convicción*. Convicción es el nuevo nombre que recibe la *adhesión* fuerte de nuestro primer análisis, después de haber atravesado el *rigor*, la *intransigencia* y la *imparcialidad* de la moral abstracta, y de haber enfrentado la tragedia de la acción.

A GRADECIMIENTOS

El autor y Editions Esprit agradecen a las revistas y editores que han otorgado amablemente la autorización para reproducir los textos que componen este volumen.

“Le concept de responsabilité. Essai d’analyse sémantique”: conferencia dictada en el Institut des Hautes Etudes pour la Justice (IHEJ) publicada en *Esprit*, noviembre de 1994.

“Après *Théorie de la justice* de John Rawls”: F. Châtelet, O. Duhamel y E. Pisier (comps.), *Dictionnaire des œuvres politiques*, París, PUF, 1995.

“La pluralité des instances de justice”, conferencia dictada en el Institut des Hautes Etudes pour la Justice (IHEJ).

“Jugement esthétique et jugement politique selon Hannah Arendt”, publicado en la *Revue semestrielle d’anthropologie et d’histoire*, por el Centro Droit et Cultures, París, L’Harmattan, 1994.

“Interprétation et/ou argumentation”, texto modificado de una conferencia dictada en el coloquio “¿Qué es la justicia?”, 6-10 de diciembre de 1993, en la Universidad de Dresden.

“L’acte de juger”, conferencia dictada en el Institut des Hautes Etudes pour la Justice (IHEJ) y publicada en *Esprit*, julio de 1992.

“Sanction, réhabilitation, pardon”, conferencia pronunciada dentro del coloquio organizado el 30 de abril de 1994 por *La Croix, l’Événement*, publicada en *Justice ou vengeance*, París, Editions du Centurion, 1994.

"La conscience et la loi. Enjeux philosophiques", conferencia pronunciada en el coloquio "La conscience dans la société contemporaine", organizado por el Ordre des Avocats au Barreau de Paris, en la escuela Cathédrale, junio de 1994.

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	7
¿Quién es el sujeto del derecho?	27
El concepto de responsabilidad. Ensayo de análisis semántico ..	39
¿Es posible una teoría puramente procesal de la justicia? A propósito de <i>Teoría de la justicia</i> , de John Rawls	69
Después de <i>Teoría de la justicia</i> , de John Rawls	97
La pluralidad de las instancias de justicia	119
Juicio estético y juicio político según Hannah Arendt	141
Interpretación y argumentación	161
El acto de juzgar	183
Sanción, rehabilitación, perdón	191
La conciencia y la ley. Cuestiones filosóficas	207

Con singular brillo y en un lenguaje simple, Paul Ricoeur analiza en esta obra temas fundamentales del derecho y de la filosofía jurídica contemporánea.

Examina las relaciones existentes entre derecho, moral y política, el rol que les corresponde cumplir al juez y a los tribunales de justicia, la importancia de la hermenéutica e interpretación de la ley, y la legitimidad del orden constitucional en un Estado de Derecho.

Con soltura y en un lenguaje cercano, recorre algunos de los problemas fundamentales planteados por la filosofía jurídica clásica y divulga las teorías contemporáneas de John Rawls y Ronald Dworkin.

Publicada en Francia en 1995, la obra posee una actualidad que contribuye a la renovación de nuestra literatura jurídica y al enriquecimiento de la formación de abogados, jueces y, en términos generales, sin duda interesa también a un público culto más amplio.



9 789561 011861
ISBN 956-10-1186-7

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE