

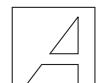
La ética, los derechos y la justicia

La ética, los derechos y la justicia

JULIO DE ZAN

ARGENJUS
ARGENTINA JUSTICIA

fores
FORO DE ESTUDIOS SOBRE
LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2004 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG E.V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943 / -3974
Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Director

Jan Woischnik

Impreso en Mastergraf
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 334.490 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 9974-7868-2-7

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

ÍNDICE

| | |
|--------------------|----|
| PRÓLOGO | 9 |
| INTRODUCCIÓN | 11 |

Primera Parte

Capítulo 1

| | |
|------------------------------------|----|
| CONCEPTOS DE “ÉTICA” Y MORAL | 19 |
|------------------------------------|----|

Capítulo 2

| | |
|--------------------------------|----|
| “ÉTICA”, MORAL Y DERECHO | 45 |
|--------------------------------|----|

Capítulo 3

| | |
|-------------------|----|
| ¿QUÉ ÉTICA? | 77 |
|-------------------|----|

Segunda Parte

Capítulo 4

| | |
|--|-----|
| ÉTICA, TEORÍAS DEL DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL..... | 107 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| Capítulo 5 | |
| UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS E INTEGRACIÓN | 151 |
| | |
| <hr/> Tercera Parte <hr/> | |
| Capítulo 6 | |
| ÉTICA DE LAS PROFESIONES Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA | 187 |
| Capítulo 7 | |
| ESTUDIO COMPARADO DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA JUDICIAL por Alejandro Turjanski..... | 233 |
| Capítulo 8 | |
| OBSERVACIONES PARA UNA ÉTICA DE LOS JUECES | 251 |
| Anexo | |
| ENCUESTA A LOS JUECES | 283 |
| | |
| Bibliografía | 301 |

PRÓLOGO

«*¡Que se vayan todos!*» Consignas como ésta fueron coreadas durante la crisis argentina de 2001/2002 en multitudinarias marchas de protesta o pintadas con aerosol en los muros. La consigna no solo estaba dirigida contra el gobierno y “los políticos” en general, sino también contra miembros del Poder Judicial, en particular los propios jueces. Desde que estallara la crisis económica, se repitieron manifestaciones masivas, por ejemplo, delante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Buenos Aires, que exigían incluso la renuncia de los magistrados.

La crisis institucional que vivió la Argentina se alcanza a apreciar en toda su dimensión cuando se analizan los resultados de las encuestas realizadas en su momento para medir la confianza ciudadana en la justicia. Apenas 5% de los encuestados se manifestó en forma positiva, en tanto que 95% de los argentinos indicó haber perdido la confianza en la justicia, una institución que para su funcionamiento requiere necesariamente de la confianza. Hasta la fecha es muy poco lo que ha cambiado en ese sentido.

El argentino común considera a “los jueces” lisa y llanamente corruptos. Debe tenerse en cuenta que aun en los casos en los que la corrupción judicial constituye la gran excepción, basta con que algunos pocos casos tomen estado público para dañar fuertemente la imagen de la justicia *en su conjunto*. En Argentina, sin embargo, fueron tantos los casos de corrupción registrados año tras año que la confianza de los ciudadanos necesariamente debió descender hasta los niveles mínimos mencionados. A ello se agrega que la selección y el nombramiento de los jueces no reúnen las condiciones de objetividad necesarias. Para el observador extranjero, la discusión en torno al nombramiento de los miembros de la Corte Suprema, en particular, alcanza niveles de politización difícilmente justificables.

Estas circunstancias determinaron que amplios sectores de la propia magistratura argentina comprendieran la necesidad de encarar una *profunda renovación ética de la justicia* que restituyera la proximidad de la institución con el ciudadano. El Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer viene

apoyando esta iniciativa desde mediados de 2003 con medidas de capacitación específicas. Una primera experiencia piloto se desarrolló en Santa Fe los días 29 y 30 de mayo de 2003, a escasos días de haber asumido el gobierno el actual presidente Néstor Kirchner. Participaron en el taller 33 presidentes y jueces delegados por las Cortes Supremas de Justicia de 22 provincias, es decir de casi la totalidad de los estados argentinos. Este taller y los numerosos eventos desarrollados durante el año 2004 en todo el país fueron organizados en cooperación con la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas, Argentina Justicia (ARGENJUS) y la organización no gubernamental Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES), garantizándose de esta manera que los talleres reflejaran las necesidades reales de capacitación y debate de los jueces.

Durante el desarrollo de los talleres, de los que participaron jueces de todas las provincias argentinas, quedó evidenciada la importancia que tendría para los jueces contar con información científicamente fundada acerca del tema de la ética judicial. Por eso, hacia comienzos de 2004 solicitamos al prestigioso doctor en filosofía santafecino e investigador del CONICET, Julio De Zan, elaborar el presente estudio. Me es grato presentar ahora el resultado de su trabajo en la certeza de que despertará gran interés entre los jueces de Argentina y de toda América Latina.

Dr. iur. Jan Woischnik

Montevideo, octubre de 2004

INTRODUCCIÓN

Cuando apareció el libro de J. Habermas, *Facticidad y validez. Contribuciones para una teoría discursiva del derecho y del Estado de derecho democrático*¹ escribí una larga reseña, o estudio crítico, que comenzaba con estas observaciones: “El nuevo libro mayor de Habermas sobre filosofía del derecho se habrá de enfrentar sin dudas con un dilema del cual le será difícil salir airoso. Los colegas filósofos, que ya lo consideraban un poco fuera de la tribu por su empeño en combinar de forma heterodoxa la filosofía con la sociología, dirán que este nuevo libro lo ubica ahora en la frontera de otra república extranjera, la de los juristas. Los integrantes de esta otra comunidad científica han considerado por su lado a la filosofía del derecho como parte del coto reservado a su exclusiva competencia, como una rama de las disciplinas jurídicas. La intromisión de un filósofo, que no es jurista, en este campo, habrá de resultar por lo menos extraña también en este otro redil”.² El mismo tipo de advertencia vale también para este libro que ahora presento. Diez años después debo reconocer que en parte me equivoqué con mis premoniciones sobre el libro de Habermas, pero dicha comprobación no me permite hacerme demasiadas ilusiones en este otro caso. Por estas razones mi primera reacción ante el pedido que la **Fundación Konrad Adenauer** me hiciera junto con ARGENJUS y FORES para encargarme de una investigación sobre este tema, cuyo producto debería ser un libro en torno a las cuestiones de la “ética judicial”, fue naturalmente de rechazo, con el argumento de que no soy jurista ni abogado, sino solamente filósofo, con alguna especial dedicación a la Ética como disciplina filosófica. Pero ante la insistencia de las mencionadas instituciones y el nuevo argumento de que precisamente se buscaba un tratamiento del tema desde el

1 J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Fráncfort, 1992, 667 p. (Ahora hay traducción al castellano, *Facticidad y validez....* Madrid, 1998)

2 J. De Zan, “Una teoría del estado de derecho”, en *Cuadernos de Ética*, nº 19-20, Buenos Aires, 1995, p. 169.

campo de mi especialidad, se me hacía difícil eludir el desafío, que se me planteó en mi conciencia como un compromiso cívico y moral. Finalmente he aceptado correr el riesgo y hacer el intento de brindar una contribución que espero pueda ayudar a pensar los problemas morales de la administración de justicia y de la vida profesional de los jueces.

La justicia como institución, según escribe el juez y jurista francés Antoine Garapon, “ha estado relegada durante mucho tiempo como una cuestión *intelectualmente inexistente* al no constituir un *campo* autónomo para las ciencias sociales, ni una fuente de auténtica interrogación filosófica. El discurso filosófico dominante en Francia hasta fecha reciente no aprehendía la cuestión jurídica más que en términos de *estrategia*, como *técnicas de dominación* [...] En *Surveiller et punir*, que ha tenido una inmensa resonancia entre los profesionales, Foucault no considera la justicia y la prisión más que como una *microfísica del poder* [...] La tradición francesa ha pasado directamente de la filosofía moral a la filosofía política, sin preocuparse demasiado de la filosofía del derecho, que sigue sin enseñarse en las facultades”.³ La descripción de la situación en Francia, que hace este autor, puede valer también en cierta medida como una descripción exacta de la situación de la justicia y el derecho en el campo disciplinario de la filosofía en la Argentina (aunque no es aplicable por cierto a los ámbitos académicos y profesionales de la ciencia jurídica en nuestro país, en los que la filosofía del derecho tiene una tradición y un lugar importante, ligada especialmente a la tradición anglosajona). Los profesionales de la filosofía han prestado por lo general poca atención a la cuestión del derecho y la justicia. Y el tratamiento de estos temas que realizan los profesores de las Facultades de Derecho ha sido visto como una “filosofía de abogados”, de bajo vuelo teórico y escaso interés filosófico. Este libro habrá de correr por lo tanto también el riesgo de ser objeto de ese tipo de valoraciones sumarias en el campo de los colegas filósofos en sentido puro y duro. Este otro es, sin embargo, un desafío que asumo gustoso, porque podría dar muchos argumentos para apoyar mi convicción de que *pensar el sentido de la justicia como institución* en la sociedad moderna y la función del juez (como “el último guardián de las promesas” que los hombres y la sociedad se hacen a sí mismos), no es un asunto menor o de escasa significación filosófica. Pero este lugar de la introducción no es el espacio para anticipar los aludidos argumentos y mostrar las razones que fundamentan la significación del tema propuesto. Mostrarlo será precisamente la tarea de todo el libro, y espero que el resultado dé qué pensar especialmente a los señores jueces de la República, que son los destinatarios principales, a quienes he tenido presentes durante todo el trabajo de la escritura, como los interlocutores directos de mi discurso.

3 A. Garapon, *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie* (Paris, 1996), trad. al español *Juez y Democracia*, Madrid, 1997, p. 26. Garapon es secretario general del Institut des Hautes Études de la Justice en Francia, y miembro del comité de redacción de la revista *Esprit*.

Si se consulta la literatura sobre la dimensión ética de la función judicial se puede comprobar que no existe un acuerdo sobre los contenidos que deben ser incluidos en este rubro. Pero también se puede observar que en esta literatura y en los códigos de ética judicial que se han dictado en diferentes países se encuentran superpuestas, o imbricadas, pero no claramente diferenciadas, distintas capas de normatividad moral que suelen ser objeto de un tratamiento diferenciado en el campo de la Ética filosófica contemporánea. Si quisieramos ser analíticos, al abrir estas capas de cebolla de la “ética judicial”, podríamos identificar cinco niveles de análisis que pueden ser objeto de un tratamiento sistemático relativamente independiente:

- 1) el nivel de los *principios fundamentales de una ética mínima*, que son universalmente válidos para toda acción humana;
- 2) los *lineamientos de una ética aplicada* a las profesiones sociales en general; la ética profesional es una sección importante dentro del campo de una *ética de la responsabilidad*;
- 3) los criterios normativos de *una ética de la función pública*, que son comunes para los tres poderes del Estado, y que forman parte del campo de *la ética política*;
- 4) la dimensión *ética del derecho*, que debe orientar la práctica de las profesiones jurídicas, y
- 5) el núcleo de la cebolla está formado por *el ethos de los jueces*, cuyos contenidos diseñan en cierto modo un modelo ideal de personalidad moral, la forma de ser, o los valores que cada sociedad espera ver reflejados en sus jueces y, recíprocamente, el tipo de persona que los jueces en cuanto tales desean ser, o cómo ellos desean ser vistos por la comunidad.

La ética filosófica normativa, o filosofía moral, es competente para el tratamiento de los niveles o aspectos 1 a 4. Tiene poco que decir en cambio sobre el nivel 5. En este último aspecto tiene que ser muy parca o austera y respetuosa de los valores y cualidades especiales que hacen a la identidad de cada cultura y de cada profesión. El modelo que un grupo social adopta como ideal, o la forma de vida con la cual se identifica, solamente puede ser definido de manera autónoma por los propios miembros de esta subcultura, comunidad o profesión y estas identidades diferentes merecen respeto en una sociedad compleja y pluralista, siempre que sus prácticas no entren en contradicción con los principios de la moralidad general y con los derechos de los demás. (Sobre esto volveré en el capítulo 1). Me ocuparé por lo tanto más extensamente de los cuatro primeros aspectos del tema, como fundamentos para una ética judicial.

El libro se divide en tres partes que se corresponden con las tres palabras del título. La *primera parte* aborda planteamientos en alguna medida novedosos de la

filosofía contemporánea en el campo de la Ética general, y se demora en algunos de los principales debates actuales que se desarrollan en este campo disciplinario. La selección de los temas, en esta parte como en las otras, no ha estado guiada por un propósito sistemático. No se trataba de escribir un tratado completo, o un manual de Ética, cosa por otro lado de sentido problemático y dudosa utilidad. De lo que se trata en la primera parte es de *abrir algunas perspectivas teóricas y metodológicas que puedan resultar interesantes y fecundas* para pensar los problemas de las dos partes siguientes. Para esto se prestó una especial atención desde el comienzo a la vinculación y la diferencia de la “ética” en sentido estricto y la moral, y de ambas con el derecho, y a la posible significación y contribuciones de las diferentes teorías éticas vivas, o más productivas en la filosofía contemporánea, para una ética de la profesión judicial.

La *segunda parte* se refiere al derecho. El interés que me ha movido en esta parte es el de explicitar los puntos de vista éticos presupuestados en las teorías del derecho más representativas y vigentes en la actualidad. Y más allá de las teorías, o de la literatura jurídica, se ha prestado especial atención también, en esta parte como en la siguiente, a los fenómenos más relevantes del mundo contemporáneo, como el de *la construcción de la realidad social en el espacio comunicacional* y el de *la progresiva apertura de la jurisdicción nacional en el espacio global*. Desde un punto de vista filosófico de las razones últimas el derecho positivo no puede comprenderse, ni pueden ni justificarse racionalmente sus atribuciones, sin referencia a *los derechos humanos como derechos morales universales*. El trabajo realizado en esta parte es, no obstante sus pretensiones bien acotadas, muy incompleto y selectivo. No se trataba de proponer, por otro lado, una nueva filosofía del derecho, ni de exponer exhaustivamente alguna de las teorías del derecho en particular, o de hacer una clasificación y un estudio comparado de todas ellas, sino de mostrar cómo las teorías del derecho no son moralmente neutrales y llevan siempre alguna comprensión de *la dimensión ética del derecho*. Y más específicamente, se ha tratado de poner de relieve en esta parte la comprensión o los modelos diferentes de la práctica profesional de los jueces que se derivan de estas teorías y, en consecuencia, las *diversas concepciones rivales de la ética judicial* que están allí, encubiertas o explícitamente formuladas. Como es lógico, este análisis no ha sido realizado con ninguna pretensión de neutralidad puramente descriptiva, sino que la exposición está entrelazada en cada momento con la discusión y la crítica de las teorías y modelos analizados, como no puede ser de otra manera. En esta discusión se ha privilegiado el punto de vista y el interés especial de toda esta investigación, siguiendo en cierto modo una secuencia lógica inversa a la de un mero construcciónismo racionalista, o practicando un equilibrio reflexivo al estilo de Rawls. Es decir, se han evaluado las teorías desde el punto de vista del concepto intuitivo de lo que debe ser un juez y de lo que espera o exige de esta profesión la

sociedad actual, y se han trabajado especialmente aquellas perspectivas de la teoría del derecho que ofrecen una mayor riqueza de recursos para pensar el sentido de la profesión y de la función judicial en la democracia, y para fundamentar, al mismo tiempo, la crítica de los aspectos insatisfactorios de la institución y de las prácticas judiciales.

El tema de la *tercera parte* está anticipado ya en el párrafo anterior de esta reseña, como lo está en el desarrollo de los capítulos correspondientes. Se trata de la ética profesional en general como ética aplicada y ética de la responsabilidad por los resultados y las consecuencias de las prácticas sociales que conllevan responsabilidades especiales. En este contexto se desarrollan algunas observaciones sobre los problemas éticos propios de la función pública en general. Para el tratamiento de la ética judicial en particular, se parte de un estudio comparado de los estándares explicitados en los textos de los códigos de ética judicial.

El capítulo 7 ha sido escrito por el abogado Alejandro Turjanski, quien además de ser el autor de este capítulo, ha trabajado especialmente en la búsqueda de antecedentes documentales y bibliográficos para toda la investigación, en la corrección de los originales, así como en la elaboración y distribución de la encuesta a los jueces, que se incluye como Anexo y sobre la cual he agregado un comentario.

Primera Parte

C a p í t u l o 1

CONCEPTOS DE “ÉTICA” Y MORAL

Las palabras “ética” y “moral” tienen un significado etimológico semejante en sus raíces griega y latina. En el uso común se emplean casi siempre indistintamente y, a veces, conjuntamente, aunque quienes las usan así probablemente no serían capaces de decirnos con precisión si significan lo mismo o se refieren a algo diferente. De todos modos, quizás para dar mayor énfasis retórico al discurso, parece que suena bien reforzar a la “ética” con la “moral”, aun a riesgo de incurrir en una redundancia, como ocurre si nos atenemos al significado etimológico de los términos.

En el lenguaje filosófico contemporáneo se han estipulado, sin embargo, dos distinciones y dos clases de definiciones diferentes de estos términos. En un primer sentido se comprende a *lo moral* como una dimensión que pertenece al mundo vital, o al *Lebenswelt*, y que está compuesta de valoraciones, actitudes, normas y costumbres que orientan o regulan el obrar humano. Se entiende a la ética, en cambio, como la ciencia o disciplina filosófica que lleva a cabo el análisis del lenguaje moral y que ha elaborado diferentes teorías y maneras de justificar o de fundamentar y de revisar críticamente las pretensiones de validez de los enunciados morales. Por eso, “coincidiendo con un uso lingüístico no del todo desacostumbrado en filosofía, se puede usar el término *Ética* como sinónimo de “filosofía de lo moral” (N. Hoerste, *Texte zur Ethik*). Conforme a este uso del lenguaje, la ética puede considerarse entonces como una ciencia que pertenece al campo de la filosofía, como la metafísica o la epistemología, mientras que “lo moral” es, en general, el objeto de esta ciencia, es decir, lo que ella estudia.

1. UNA DIVISIÓN EN EL CAMPO DE LA ÉTICA

Hay otra manera de definir y diferenciar los términos “ética” y “moral”, que se ha planteado a partir de la crítica de Hegel a la ética de Kant, y de su fuerte

diferenciación entre “moralidad” y “eticidad”. Este otro uso de los términos se ha generalizado recientemente fuera del contexto sistemático de la filosofía hegeliana.¹

En los escritos de ética de los filósofos modernos y contemporáneos encontramos planteadas dos clases de cuestiones: a) la cuestión de lo que es bueno para mí como persona y para nosotros como comunidad; b) la cuestión de lo que es correcto o de lo que es justo en las relaciones con los otros (incluso especialmente con otros grupos humanos y culturas diferentes), cualesquiera sean los bienes que cada uno se proponga alcanzar como fin. Los distintos autores se han ocupado preferentemente de alguna de estas dos clases de cuestiones. Pero también puede considerarse que ambas, tanto las preguntas y las discusiones acerca del bien, como las que están centradas en el tema de la justicia, pertenecen al campo disciplinario de la ética, no obstante que se trata de cuestiones distintas, y que quizás tengan que ser tratadas con métodos diferentes. Esta diferencia, que estaba implícita en Kant, comienza a hacerse reflexiva a partir de Hegel.

En la filosofía de Hegel, esta distinción que él marca muy fuertemente no tiene, sin embargo, la intención de oponer de manera excluyente la “ética” contra la moral sino de eliminar la confusión, y de estudiar la relación dialéctica entre ambas. *Distinguir para unir*. Al comienzo de su *Filosofía del derecho* introduce Hegel esta distinción terminológica, en los siguientes términos:

Moralidad y eticidad, que corrientemente valen como sinónimos, están tomados aquí como esencialmente diferentes entre sí. Por otra parte, incluso la representación [el lenguaje no filosófico] parece distinguirlas. El lenguaje kantiano usa con preferencia la expresión moralidad y, en realidad, los principios prácticos de su filosofía se limitan completamente a este concepto y hacen imposible el punto de vista de la eticidad, a la que incluso expresamente aniquilan y subvierten. Aunque moralidad y eticidad sean sinónimos según su etimología, esto no impide usar estas dos palabras diferentes para conceptos diferentes.²

Mediante la introducción de esta convención terminológica quería marcar Hegel la diferencia entre la “eticidad” concreta —realizada como una forma de vida y como el *ethos* de una comunidad, que es lo que había sido tematizado en la filosofía griega antigua de Platón y de Aristóteles—, y el concepto moderno de la “moralidad” como un orden de principios universales, producto de la reflexión de la conciencia sobre la ley moral y el deber de la voluntad autónoma, que es el

¹ Retomo en este punto conceptos desarrollados en mis libros anteriores: J. De Zan, *Panorama de la ética continental contemporánea*, Akal, Madrid, 2002, cap. 2 “Moralidad y eticidad. Una disputa contemporánea entre Kant y Hegel”, pp. 17-28; cf. también, J. De Zan, *La filosofía práctica de Hegel*, ICALA, Río Cuarto, 2003.

² GWF Hegel, *Filosofía del derecho*, “Introducción”, § 33

punto de vista de la ética kantiana. Hegel comprende la eticidad concreta como esencialmente histórica y piensa que recién en el sistema de las instituciones del Estado de derecho y de la sociedad civil moderna se ha alcanzado una eticidad que respeta y realiza, en principio, las exigencias de la moralidad. Por eso para Hegel no se pueden ya contraponer moralidad y eticidad.

El uso de los términos “moralidad” y “eticidad” en el lenguaje filosófico post-hegeliano ha asociado algunas veces el punto de vista de la eticidad con el historicismo y el relativismo ético, y por otro lado, en cuanto este punto de vista se remite a las costumbres e instituciones de una tradición, presenta un sesgo que se ha considerado también como conservador. El término “moralidad” se asocia en cambio con la pretensión de fundamentación filosófica de principios morales igualmente válidos para todos los seres humanos, es decir, con una posición filosófica racionalista y universalista. El punto de vista de la moralidad se ha considerado también como una orientación más crítica y progresista. Es claro que los calificativos “conservador” o “progresista”, asociados a la ética de la eticidad y de la moralidad, respectivamente, son valoraciones relativas y polémicas. Si se atiende a las orientaciones más recientes del pensamiento posmoderno puede decirse que estas valoraciones tienden a invertirse.

Los ensayos de síntesis o de unificación de estas dos instancias de la “ética” y la moral (como el que llevó a cabo Hegel en su sistema) así como el abandono de alguna de ellas, o el reduccionismo de la una a la otra, se han mostrado, sin embargo, como operaciones inconsistentes en la teoría y de alto riesgo en la praxis. Parece, por lo tanto, que en la situación posmoderna debiéramos mantener o acentuar más bien esta diferencia y contar, al mismo tiempo, con Aristóteles y con Kant como dos fuentes complementarias e irreductibles del pensamiento ético, renunciando al proyecto de una teoría unificada.

Algunos filósofos contemporáneos (como Paul Ricoeur, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Richard Rorty, B. Williams, etc.) han retomado esta diferencia independientemente de los presupuestos sistemáticos de la filosofía de Hegel, entendiendo en general a la moral como la tematización de los principios universales de la moralidad y a la “ética” como la tematización del *ethos* histórico particular de cada comunidad. “Moralidad” alude a la forma incondicionada del deber, de la obligación, de la rectitud, la justicia y la solidaridad en las relaciones con los demás; al respeto de la dignidad de la persona, de la pluralidad de las culturas, de las formas de vida y de los derechos humanos fundamentales. (Esta es la dimensión de lo moral que ha sido especialmente puesta de relieve y estudiada por Kant y por las teorías éticas de orientación kantiana).

El *ethos*, en cambio, en cuanto tema de la “ética” en el sentido al que nos estamos refiriendo, se puede describir como un conjunto de creencias, actitudes e ideales que configuran un modo de ser de la persona, o la “personalidad cultural

básica” de un grupo humano, tal como la conciben los antropólogos. Por eso la “ética” alude en este sentido a una concepción de la buena vida, a un modelo de la vida virtuosa y a los valores vividos de una persona o de una comunidad, encarnados en sus prácticas e instituciones. La “ética” así entendida se interesa ante todo por el sentido o la finalidad de la vida humana en su totalidad, se interesa por el bien o el ideal de la vida buena y de la felicidad. Estos otros son los temas en los cuales se han centrado las teorías éticas de orientación aristotélica y hermenéutica. En la “ética” se revelan o se encuentran ya dados incluso los fines más elevados que orientan la existencia del hombre o de los miembros de una comunidad en cuanto tales, y a través de los cuales ellos creen poder alcanzar la felicidad o el bien supremo. Así entendida, la “ética” se vincula íntimamente, casi siempre, con la religión.

Otros filósofos actuales han redescubierto por su propia cuenta esta diferencia entre la “ética” y la moral, independientemente de la tradición del debate de la moralidad y la eticidad en la filosofía continental. Michel Walzer alude a esta diferencia con los términos *thick* y *thin*. Toma la idea de densidad (*thickness*) como “un tipo de argumentación moral referencialmente rica, culturalmente resonante y ligada a un sistema o red simbólica de significados locamente contextualizada”: esto es la “ética” en el sentido en que se usa el término en este libro. “*Thin*, tenue, es simplemente el término de contraste” (la moral).³ John Rawls trabaja en cambio con la diferencia y el solapamiento de las “doctrinas comprensivas” de las diferentes comunidades y los principios universalizables de la justicia como equidad que conforman la estructura de una sociedad bien ordenada.⁴ Esta diferenciación, que es tan importante en Rawls, es también básicamente equivalente. El núcleo de unas “doctrinas comprensivas”, en la terminología rawlsiana, es una “ética”; y la “teoría de la justicia” de este autor es una teoría sobre la *moral* pública de una sociedad pluralista y democrática.

La ética que ha de regir las relaciones en el ámbito intercultural e internacional no puede tener un contenido mucho más rico que el de los principios de justicia y de solidaridad humana; es una ética mínima,⁵ tenue o delgada, que carece de la densidad sustantiva de las valoraciones fuertes y de los modelos de vida virtuosa propios de cada comunidad. En este contexto, *thin* no quiere decir sin embargo débil, aclara Walzer, sino que, por el contrario, es como la escueta y descarnada estructura ósea del esqueleto que sostiene desde dentro las bellas formas del cuerpo humano. La metáfora del esqueleto no es de Walzer, pero me parece útil para representar las relaciones de la “ética” y la moral. La moralidad universalista se ha

³ Michel Walzer, *Thick and Thin. Moral Arguments at home and Abroad*, New York, 1994.

⁴ John Rawls, *Political liberalism*, New York, 1993.

⁵ Cf. Adela Cortina, *Ética mínima*, Madrid, 1986.

comprendido a veces como un corsé impuesto desde fuera a la vida “ética” por una racionalidad abstracta que niega las diferencias. Pero este sesgo de la moralidad universalista queda enteramente disuelto si se abandona el método kantiano del construcciónismo racional a priori y se lo reemplaza por un procedimiento hermenéutico reconstructivo que busca explicitar y fundamentar los principios básicos de la moral a partir de las experiencias de la vida buena y del *ethos* vivido, como las condiciones normativas necesarias de su propia existencia, o como la gramática universal de la interacción humana con sentido.

Esta es la diferencia que ha dado lugar a la formación de las teorías éticas rivales que mencionábamos al comienzo: 1) ética deontológica, formal o de normas, o ética de la justicia; y 2) ética teleológica, material, de los valores y de las virtudes, o ética del bien. Sin embargo, la aparente oposición de estas teorías éticas que se presentan como alternativas, debería resolverse en alguna forma de integración o de complementariedad, por cuanto se trata en realidad de una diferencia que no es meramente teórica, sino que pertenece al campo objetivo de los fenómenos morales y, en consecuencia, tanto las teorías éticas como la educación deberían trabajar con esta diferencia. La búsqueda de la integración y de la articulación de la moralidad universalista con los valores e ideales de la vida buena de los grupos y culturas históricas particulares y con la problemática de las identidades y de las diferencias es uno de los temas más significativos de las reflexiones éticas contemporáneas. Esta distinción entre *lo “ético”* y *lo moral* se reencuentra en ambos lados: tanto en el campo objetual, de los fenómenos morales, como en el campo epistémico de la Ética como disciplina filosófica (que debería estudiar por separado estos dos temas de la “ética” y la moral), o de las teorías éticas, que se concientran muchas veces en uno solo de estos campos.

Atendiendo a la crítica que me ha hecho R. Maliandi,⁶ de que “convendría tomar recaudos aclaratorios para evitar la confusiones originadas en la ambigüedad del término”, o en los dos sentidos diferentes con los cuales se usa, escribiré la palabra “ética” entre comillas siempre que se refiera a este concepto que se define como diferente de la moral. *Ética*, sin comillas (y con mayúscula cuando es usada como sustantivo) se refiere en cambio en este libro a la disciplina filosófica y a las diferentes teorías éticas que han desarrollado los filósofos. La convención terminológica enunciada, si bien es bastante corriente en el lenguaje filosófico contemporáneo, puede ofrecer otra dificultad con el uso de la palabra “moral” en el lenguaje cotidiano, porque con ella se alude por lo general a la subjetividad de la conciencia y a la responsabilidad personal. La ética de Kant parece decir, en cambio, lo contrario de este sentido usual cuando sostiene como tesis central que la ley

⁶ Ricardo Maliandi, *Ética: conceptos y problemas*, Biblos, 2004, p. 75.

moral es *objetiva* y *universal*, y que la moralidad implica reciprocidad en el trato con los demás. Los filósofos contemporáneos en su mayoría apoyan de diferentes maneras la idea de que la moralidad no puede entenderse como un asunto meramente privado y subjetivo. Estos conceptos filosóficos no se oponen, sin embargo, al uso común en la medida en que el sesgo intimista del sentido de la palabra “moral” se interprete con referencia a las acciones de la persona en las circunstancias concretas, y especialmente en situaciones difíciles, frente a las cuales solo el propio sujeto puede tomar la decisión, después de haber deliberado en cada caso sobre lo que debe hacer. Sobre este aspecto personal de la responsabilidad moral volveré en el último capítulo (8).

Esta distinción, que aquí he introducido, no es, por cierto, una cuestión meramente terminológica (una cuestión de palabras) sino que tiene en la actualidad una importancia sistemática fundamental. Como se podrá comprobar a lo largo de todo este libro, esta distinción juega un papel decisivo en el tratamiento de los problemas teóricos y prácticos, que difícilmente se podrán solucionar si no se trabaja reflexivamente con ella.

2. COMUNIDADES HOMOGÉNEAS Y SOCIEDADES MULTICULTURALES

Las sociedades tradicionales premodernas han funcionado la mayoría de las veces como unidades cohesionadas por un sistema monológico de ideas, creencias y valores homogéneos, profundamente arraigado en su propia historia, el cual funda una manera unívoca de concebir “lo natural”, el bien y los ideales de vida del hombre y de la comunidad, es decir, un *ethos* cultural que configura y define una fuerte identidad colectiva.

En este contexto la educación, por ejemplo, no hace otra cosa que inculcar directamente a los jóvenes el modo de ser propio de la comunidad en la que ingresan, como la forma de vida “ética”, los valores y costumbres que caracterizan o identifican a los miembros de esa comunidad y que ellos comprenden como *naturales*, de tal manera que no permiten ninguna libertad para elegir otra forma de vida diferente. Este modelo de educación moral supone que la posible experiencia de conflictos de valores ha de tener siempre una resolución ya dada en el ordenamiento jerárquico de los valores mismos. El modelo no es cuestionado mientras la homogeneidad cultural de la comunidad y su sistema de valores se mantiene inalterado.

El comunitarismo es una posición filosófica que pretende restaurar de alguna manera aquel modelo. En su justificada crítica del individualismo y del atomismo

liberal, los comunitaristas ponen de relieve que el individuo no precede en realidad a su comunidad, sino que, por el contrario, depende profundamente de ella. Los valores y creencias, o la comprensión del mundo comunitaria, determinan su autocomprensión y con ello también su identidad. Extremando esta línea de pensamiento, algunos llegan a decir que el individuo no elige libremente (aunque crea hacerlo así) sus valores y los fines fundamentales, sino que los encuentra siempre ya ahí en la tradición histórica de su comunidad. Uno de los comunitaristas prominentes, que es Alasdair MacIntyre, expresa con el mayor vigor esta interpretación: “Soy hijo o hija de alguien... ciudadano de esta o aquella ciudad, miembro de este o aquel gremio o profesión... Como tal heredo del pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu, mi nación, una variedad de deberes, herencias, expectativas correctas y obligaciones. Ellas constituyen los datos previos de mi vida, mi punto de partida moral”.⁷ El tipo de identidad en la que piensa este autor es la identidad convencional de las sociedades premodernas en las que la dinámica del cambio y la movilidad social eran casi inexistentes, y el individuo quedaba ya identificado de manera “natural”, no por sus elecciones, sino por su nacimiento en determinada familia, etnia, lugar y clase social o corporación, por los roles sociales y las funciones profesionales que heredaba de sus antepasados.

El avance del proceso de modernización, la movilidad social, territorial y profesional de amplios sectores sociales, la apertura al mundo, la globalización, etc., han erosionado y puesto en crisis los restos de aquel tipo de cultura tradicional y las identidades estáticas, ligadas a las estructuras corporativas de las sociedades premodernas que algunos comunitaristas quisieran restaurar o mantener, y han difundido otros valores que tienen que ver con la vida privada y la libertad individual para elegir diferentes planes de vida, para buscar otros horizontes fuera del lugar de origen, cambiando los roles heredados y las posiciones sociales, etc. Se habla de la transición de un modelo de identidad fuerte, estable y cerrada, a un nuevo tipo de identidades abiertas, menos duras y más dinámicas. En la terminología de Paul Ricoeur⁸ se trata del paso de la identidad “idem”, que forma parte de lo involuntario de nuestro ser y denota permanencia inalterada del carácter, como herencia natural y cultural, a la identidad “ipse”, entendida como fidelidad a las propias elecciones de la libertad y mantenimiento de la palabra dada, como lealtad y cumplimiento de las promesas. Esta es la identidad propiamente *moral*, que se ha desprendido ya de los presupuestos sustancialistas de un núcleo inalterable de la personalidad. Este sentido de la identidad moral tiene su anclaje más profundo, según mi manera de ver,⁹ en la *fidelidad a la verdad*, no como algo ya dado, sino como el horizonte o la meta de una búsqueda del sentido, que implica

⁷ A. MacIntyre, *Tras la Virtud*, Barcelona, 1984, pp. 271-272.

⁸ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, París, 1996.

⁹ Cf. J. De Zan, “Identidad y universalidad”, en *Erasmus*, nº 1, Río Cuarto, 1999.

apertura a la crítica y disponibilidad para la autocorrección y el cambio. La autonomía llega hasta la definición de la propia identidad, que no se acepta como algo que se recibe ya hecho, sino que se desea realizar como elección y libre construcción de sí mismo.

Ahora bien, en una sociedad abierta, democrática y pluralista, en la que no existe ya una única concepción del mundo y del hombre que sea reconocida por todos, y especialmente en las grandes sociedades multiculturales, se da también un pluralismo de las convicciones “éticas” acerca del bien o de los ideales y modelos de vida, y bajo este aspecto podría decirse que la “ética”, en el sentido especial que se ha definido aquí, en cuanto diferente de la moral, es vivida ahora como una tradición cultural o como una opción individual o de grupo, que reclama respeto y solidaridad de la sociedad global, pero que no puede pretender universalizarse, u “oficializarse” en la esfera pública mediante el derecho, sino que tiene que aprender a convivir con otras tradiciones y con otras formas de vida.

Hay quienes experimentan estos cambios como una suerte de privatización de la “ética”, como un empobrecimiento o una pérdida de la vida comunitaria; otros ven en ello un progreso o la liberación de un modelo de sociedad cerrada, premoderna y antiliberal. Esta es una presentación muy elemental de un debate abierto que divide las opiniones en la sociedad y en la filosofía actual, no solamente en América Latina, sino también en Europa y los EE. UU. El debate central en la filosofía norteamericana de las últimas décadas del siglo XX ha sido esta confrontación de liberalismo y comunitarismo. No podría detenerme ahora a analizar aquí los argumentos en pro y en contra de una y otra posición. Pero ya el planteamiento de esta situación trae aparejado como consecuencia una *pérdida de legitimidad* de los contenidos de los sistemas jurídicos que conservan resabios de aquellas “éticas” tradicionales, y del mencionado modelo de educación “ética” de las comunidades antiguas, el cual sería rechazado como autoritario en una sociedad moderna.

¿Esto quiere decir, entonces, que los aspectos morales de la educación quedan reservados a la familia y a las comunidades religiosas o a otros grupos privados; que la escuela pública debe abstenerse de incidir en esta dimensión porque ello sería interferir en la libre elección de valores e ideales de los alumnos? ¿Cómo establecer esta demarcación en el sistema jurídico?

Me parece que aquí, frente a estas preguntas, revela toda su significación la distinción que he venido remarcando desde el comienzo entre el tema de las normas y los principios morales con pretensiones de validez universal, y el tema de los ideales y modelos éticos de vida, que deben ser respetados en la medida en que representan opciones que definen una identidad o un *ethos* particular y valioso, pero que dependen de convicciones y de opciones de vida que no pueden argumentarse como vinculantes para todos. El que se reconozca como fenómeno

sociológico la progresiva privatización de los ideales y modelos éticos no quiere decir que pueda admitirse también la privatización y la relatividad de todos los valores y de los principios morales, porque sin una moral pública no es posible el orden político, el derecho, ni la sociedad misma.

3. “ÉTICA”, MORAL Y EDUCACIÓN

Quiero proponer ahora esquemáticamente algunas aplicaciones de estos conceptos de la “ética” y de la moral en el campo de la educación. Esta consideración acerca de cómo se opera la diferencia que he explicado en este campo privilegiado de su aplicación permitirá terminar de aclarar los conceptos y comprender la importancia de trabajar con su diferencia.

Las dificultades e interrogantes globales que se han planteado sobre la educación “ética” y moral han sido diferentes en las distintas épocas de la historia. Podríamos rememorar esos problemas de manera elemental a través de tres preguntas.¹⁰ 1) En la filosofía griega antigua se había planteado un tipo de preguntas como éstas: ¿Puede enseñarse la ética?, ¿cómo es posible enseñar la virtud? o ¿cómo se lleva a cabo la educación del comportamiento moral? Este primer grupo de preguntas alude a la cuestión pedagógica y metodológica de la formación ética o moral de los jóvenes. 2) Aunque aquellos problemas clásicos sigan ocupando todavía hoy a la pedagogía y a la psicología, en la época moderna se han planteado otras preguntas nuevas y más álgidas: ¿Tiene derecho el maestro a inculcar a los alumnos su concepción “ética” de la vida buena o su escala de valores? ¿Es compatible con el principio liberal de la tolerancia y de la neutralidad del Estado concederle la atribución de diseñar planes de formación moral? ¿Cómo se puede legitimar la educación en determinados valores y principios morales sin violar la autonomía y la libertad de conciencia, respetando las propias creencias y el modelo de vida adoptado por el grupo social de pertenencia? ¿Quién está autorizado para establecer fines y objetivos iguales para la educación que se imparte a grupos, comunidades y culturas diferentes? Este segundo grupo de interrogantes alude al problema de la legitimidad de la educación moral en la escuela pública.

3) Por otra parte, y no obstante la relevancia que han cobrado las cuestiones de la Ética en la sociedad actual, este fenómeno no se refleja, sin embargo, en un incremento de la demanda educativa en esta línea. Se ha llegado a decir incluso que las preguntas centrales que se plantean ahora en nuestra época al respecto no son ya las clásicas preguntas antiguas y modernas, citadas más arriba, sino preguntas más pragmáticas como estas otras: ¿Vale la pena insistir hoy en la educación

¹⁰ Cf. Adela Cortina, “Moral dialógica y educación democrática”, en *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 210 y ss.

moral? ¿Cómo es posible conciliar la educación en valores y principios ideales con el desarrollo de las aptitudes y competencias para el éxito en las condiciones reales de la sociedad moderna? ¿Qué resultado cabe esperar de una educación “ética” y moral en contradicción o a contrapelo de las prácticas sociales y modelos imperantes que el niño encuentra fuera de la escuela? El tercer grupo de preguntas plantea los problemas pragmáticos de la utilidad y la eficacia de la educación moral en la sociedad moderna. Ya en la época de la formación de esta sociedad advertía I. Kant¹¹ sobre el olvido (entrañado en la concepción pragmática de la educación) de la formación del juicio acerca del valor de los fines, o de la cuestión esencial del sentido, la racionalidad y la rectitud moral de las acciones humanas. Esta tendencia se ha acentuado con la importancia creciente de la formación científico-tecnológica y el predominio de una racionalidad puramente instrumental que se impone cada vez más a través de la modernización de las sociedades.

En relación con este problema, la educación tiene que cuidarse de las dos deformaciones o tendencias unilaterales opuestas que han desacreditado a veces la idea misma de la formación moral: a) la orientación pragmatista que reduce la educación a una función acrítica y meramente reproductiva de las pautas y de la moralidad social de hecho vigentes, y fomenta actitudes adaptativas o de acomodamiento oportunista; b) la orientación puramente principista, normativista, abstracta y utópica que, al no promover la reflexión sobre las condiciones históricas de aplicación de los criterios morales, trasmite una moralidad descontextualizada e imposible, que carece de toda factibilidad de inserción positiva en la dinámica de la sociedad real. Frente a estos extremos es preciso cultivar el equilibrio reflexivo de una ética de la responsabilidad que permita una inserción eficiente y a la vez crítica en la trama de la interacción social.¹²

A los mencionados problemas pedagógicos hay que agregar los cuestionamientos que provienen de las propias teorías éticas filosóficas. Algunas orientaciones del pensamiento contemporáneo, especialmente bajo la influencia del neopositivismo, y luego del contextualismo posmoderno, han sostenido un relativismo o escepticismo ético (ya sea bajo la forma del emotivismo o del neopragmatismo) que dejan sin sustento las perspectivas de la educación. “Según el individualismo-relativismo ético, que ha sido dominante en la ideología de las democracias liberales de Occidente, cada cual es enteramente libre de elegir, conforme a sus propias convicciones, el sistema de valores y el código moral que mejor le parezca, sin que estas decisiones íntimas de la conciencia de cada uno deban dar cuenta o puedan ser confrontadas, discutidas, criticadas o

¹¹ I. Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, (Ak. Ausg., IV, 415), edición española bilíngüe, Ariel, Barcelona, 1996, p. 161.

¹² Cf. K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Fráncfort, 1988.

justificadas conforme a algún criterio intersubjetivamente válido, más allá de la propia conciencia individual o de grupo. Ahora bien, claro está que las decisiones de la conciencia privada del individuo (o de los grupos sociales), así establecidas y fundadas solamente en sus preferencias subjetivas o en las convenciones particulares ligadas al contexto social y cultural, no pueden tener pretensiones de validez ni exigir reconocimiento más allá de la propia esfera privada de la vida individual o del grupo social de pertenencia. Pero si se acepta esta reducción de la moralidad a la esfera de la vida meramente privada, ¿cómo habrá de ser posible fundamentar entonces las condiciones para que la libertad de cada uno pueda coexistir con la libertad de todos los otros, en el marco de una ley general?”.¹³ La privatización de la moralidad le quita el piso al propio Estado de derecho de las democracias liberales.

Se ha creído a veces que el rechazo del modelo autoritario de la educación ética de las sociedades tradicionales premodernas, como “inculcación” de determinados valores o como “indoctrinación” (que es el que practican todavía las sociedades cerradas y las ideologías fundamentalistas) y que las condiciones deseables de una sociedad abierta, pluralista y democrática tienen que llevar a prescindir de la fundamentación de principios o de normas morales universales y a practicar una educación moralmente neutra o aséptica. ¿Pero cómo se podrían fundar entonces las exigencias de moralidad de la vida pública y de justicia y solidaridad social? Para responder hoy adecuadamente a estos problemas es preciso trabajar con la diferencia conceptual enunciada al comienzo.

1) Retornando en primer lugar las preguntas antiguas clásicas sobre cómo es posible la educación “ética” y moral, podría decirse ahora que la dificultad mayor del problema ha estado precisamente en la no diferenciación de los campos que la filosofía contemporánea distingue con estos dos términos, porque la respuesta es muy diferente para cada caso. El procedimiento pedagógico de la “ética” es narrativo y hermenéutico. Como lo ha mostrado particularmente A. MacIntyre, el método tradicional de la educación en la “ética” del bien y de la virtud ha sido el de “contar historias” que presentan los modelos de vida y de identificación.¹⁴ Como arquetipos del método narrativo de la “ética” pueden citarse la “paideia” griega antigua, a partir de la historia de los héroes homéricos, y la “paideia” cristiana primitiva centrada en el relato evangélico de la vida de Cristo. La liturgia de la narración evoca y actualiza la memoria colectiva de la comunidad y reproduce la identificación de sus miembros con el *ethos* trasmítido en el relato.¹⁵ También para

¹³ J. De Zan, *Libertad, poder y discurso*, Almagesto, Buenos Aires, 1993, p. 200.

¹⁴ Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, (1984), Crítica, Barcelona, 1987, p. 155.

¹⁵ En este mismo sentido interpretamos la sentencia de L. Wittgenstein en las Conversaciones con F. Weismann, según la cual lo ético (*das ethische*, o el *ethos*) no se puede enseñar sino que se muestra (*es zeigt sich*) como se muestra la belleza de una obra de arte. Y lo que se aprende mediante el relato de vidas que han sabido encontrar su sentido y realizarlo, o de una vida buena y feliz, es lo más significativo, no solamente para el

R. Rorty la ética “toma la forma de una narración [...] antes que la de una búsqueda de principios generales”. Semejante búsqueda sería por lo demás inútil para este autor.¹⁶ Algunos autores contemporáneos como los citados han reivindicado la “ética”, pero contraponiéndola a la moral. Hay que decir, sin embargo, remedando una fórmula de Kant, que *una moral sin “ética” es una abstracción vacía, pero una “ética” sin moral es ciega* y puede ser peligrosa.

El desarrollo de la conciencia moral, en cambio, y la formación del concepto de justicia, según lo ha mostrado J. Piaget, se realizan como un aprendizaje que los niños tienen que hacer por sí mismos en la interacción comunicativa con los otros, entre pares. La educación moral desarrolla la aptitud para asumir los roles y puntos de vista de los otros como sujetos morales. En sus investigaciones de psicología moral ha estudiado Piaget los procesos de aprendizaje del respeto mutuo y de la idea de justicia a partir de los juegos de interacción y de la cooperación entre los niños.¹⁷ En esta relación y en los conflictos de sus egocentrismos naturales se produce el descentramiento de la conciencia de sí, el aprendizaje del reconocimiento recíproco, la toma de conciencia de los límites propios y la aceptación de los otros, así como el aprendizaje en cierto modo forzoso del respeto de sus derechos.¹⁸ Se trata de un aprendizaje práctico, de un proceso de socialización que no puede ser sustituido por la enseñanza de ningún catálogo de normas o valores. Este proceso de la educación, o autoeducación moral, conlleva el aprendizaje de los presupuestos actitudinales del comportamiento moral, como la actitud de diálogo, la disponibilidad para escuchar a los otros, y no solamente para tolerar, sino para apreciar positivamente las diferencias, porque lo que está en primer plano aquí no es ya la propia *identidad* (como en la “ética”), sino el reconocimiento y el respeto moral de la *alteridad*. Estos aprendizajes prácticos de las relaciones morales de alteridad necesitan ser complementados y orientados, sin embargo, por el educador (pese a Piaget) mediante el ejercicio del discurso moral y la reflexión sobre sus condiciones normativas, para que la formación de la conciencia moral pueda alcanzar el nivel de un saber crítico y bien fundado. Porque el reconocimiento intersubjetivo de los criterios morales de justicia y del juicio crítico solamente puede estar fundamentado mediante buenos argumentos, cuyas pretensiones de

conocimiento de la “ética”, sino también, y sobre todo, en orden a la eficacia de la motivación “ética” para vivir bien (cf. J. De Zan, “Wittgenstein y la ética”, en *Tópicos*, nº 7, Santa Fe, 1999, p. 79-96).

¹⁶ Cf. Richard Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991.

¹⁷ Cf. J. Piaget, *El criterio moral en el niño*, Martínez Roca, Barcelona, 1984; también los trabajos de Lawrence Kohlberg. Cf. Kohlberg y otros, *La educación moral*, Barcelona, 1997.

¹⁸ Para Hegel los individuos naturales llegan a ser personas morales por mediación del reconocimiento recíproco, pero esta transformación solamente se logra a través de la experiencia dolorosa de la lucha por el reconocimiento (*Kampf um Anerkennung*), que es el primer paso del proceso de la *Bildung*. Esta experiencia ya ganada para el género en la prehistoria de la humanidad tiene que reproducirse en forma abreviada e incuenta, pero no exenta de negatividad y padecimiento, en la *Bildung* de cada uno de los individuos, cf. J. De Zan, *La filosofía práctica...*, o.cit., pp. 271-292.

validez pueda sostenerse en la confrontación con las diferentes situaciones y los puntos de vista de los demás.

2) Con respecto a las “preguntas de los modernos” sobre la legitimidad de la educación “ética” y moral, y en particular sobre el derecho de la escuela como institución estatal a intervenir en este campo, la distinción entre “ética” y moral permite delimitar las competencias: mientras la educación en el sentido de la rectitud y de la honestidad, en los principios morales universales de justicia y solidaridad, y en el respeto de los derechos humanos, es función irrenunciable (y deber moral) de la sociedad global y de la escuela pública, la trasmisión de un *ethos* o la formación “ética” en un determinado sistema de valores y forma de vida; en cambio, es deber y derecho reservado en principio a la familia, a los grupos o comunidades de pertenencia, o libremente elegidos y a las escuelas confesionales que estos grupos puedan fundar para sí mismos y para sus propios hijos. Las opciones “éticas” sobre valores, planes de vida, modelos de identificación, etc., son elecciones profundamente personales o de grupos libremente adheridos a una tradición y, en este terreno, la libertad de conciencia y las diferencias de las identidades deben ser respetadas como algo sagrado. Los diferentes grupos étnicos, culturales, religiosos, etc., tienen derecho a vivir conforme a sus propias concepciones del bien, siempre que éstas sean *razonables*, es decir: respetuosas de este mismo derecho frente a todos los demás. Pero sin una moral pública, igualmente vinculante para todos los miembros de la sociedad, sin el respeto universal de los principios de justicia y solidaridad, toda convivencia humana civilizada se pone en peligro. De ahí que la educación moral, que incluye los temas de la dignidad de la persona, de los derechos humanos y del valor moral de la democracia como método para legitimar las decisiones colectivas, es el fundamento y el núcleo esencial de la educación moral y cívica.

La educación pública no debería adoptar, sin embargo, una orientación racionalista y agnóstica, que desconoce o disuelve las valoraciones y creencias constitutivas de la identidad de los grupos humanos de pertenencia de los alumnos, sino que tiene que ayudarlos a crecer desde ellos mismos en su propia identidad; pero tampoco puede adoptar e imponer las concepciones “éticas” de alguno de esos grupos, aunque sea el grupo mayoritario.¹⁹ Esta *neutralidad* del sector público-estatal no puede significar, sin embargo, dejar libradas las cuestiones axiológicas a la mera subjetividad, sin la

¹⁹ Al exponer estos criterios en un seminario para maestros de enseñanza primaria, algunos de ellos me señalaron que veían cierta dificultad en este punto porque ellos se encuentran muchas veces (y no sólo en los barrios marginales) con chicos que no traen modelos valiosos de identificación, ni de la familia ni de los lugares sociales de donde provienen. Ante esta dificultad cabe decir dos cosas: 1) que el docente tiene que revisar su primera impresión e intentar un acercamiento más profundo al alumno que le permitirá quizás descubrir esos valores; 2) que si bien la escuela difícilmente podrá remediar las carencias de la formación “ética” de la familia y de la sociedad civil, el docente debe asumir una función supletoria con su propio testimonio de vida.

confrontación y la orientación racional de los principios de la moralidad pública y no significa reducir la “ética” a un asunto puramente privado, separado de la vida social y del ejercicio de la ciudadanía política. La escuela tiene que promover la conexión y la transferencia de los “valores fuertes” de la familia y de las comunidades de pertenencia de los alumnos (culturales, religiosas, etc.), al orden de los principios universales de la moralidad, los derechos humanos y las normas de la convivencia democrática, trabajando en la articulación o el posible “solapamiento” (para emplear la terminología de Rawls) de estas dos instancias diferentes, pero complementarias, de la formación “ética” y moral.

3) El problema de la “ética” y la moral en la sociedad moderna y en la educación no se resuelve, sin embargo, con la separación de la formación “ética” y de la educación moral a través de la demarcación de sus competencias en lo privado y en lo público, respectivamente, como si se tratara de dos esferas autosuficientes que pueden estar incomunicadas. El problema es bastante más complejo por cuanto, en primer lugar, la “ética” no es asunto meramente privado, como se verá enseguida, en el apartado siguiente de este mismo capítulo; y en segundo lugar, una educación eficaz en los principios morales presupone siempre alguna formación “ética”, que ordene el sentido de la propia existencia personal y le permita al individuo responderse a la cuestión existencial última de “porqué ser en definitiva moral”. Sin valores fuertes (en el sentido de Charles Taylor), ideales y modelos éticos de identificación, es difícil y poco realista esperar que el sujeto asuma en su conducta principios morales y mantenga unas actitudes y unas prácticas consecuentes. En este sentido habría que recordar las expresiones de Hegel cuando decía que la moralidad abstracta de los principios universales es impotente (*Ohnmacht des Sollens*) si no está inyectada en un *ethos* vivido, que le trasmite la fuerza de sus motivaciones histórico-culturales, y si no cuenta con el respaldo institucional de una comunidad “ética” (un *System der Sittlichkeit*).

Pero por otro lado la “ética”, la idea del bien y los planes de vida de los individuos y los grupos, así como las estructuras institucionales, deben estar abiertas y expuestas siempre, a su vez, a la confrontación racional crítica del discurso moral. En los casos de conflicto o de cuestionamiento, la “ética” debe reconocer la validez universal y la preeminencia de los principios morales, porque también hay formas de eticidad que no son moralmente aceptables, o que no son aptas para la convivencia plural en una sociedad moderna y democrática.²⁰ Bajo este aspecto debe hablarse de una jerarquización de la moral sobre la “ética”, o de “la prioridad de la justicia sobre el bien”, según la conocida formula sustentada por J. Rawls.²¹

²⁰ El punto de vista moral y de los derechos humanos permite discutir y reprobar por ejemplo el *ethos* del nazismo, de la lucha marxista de clases, o de ciertas concepciones religiosas fundamentalistas actuales.

²¹ Cf. John Rawls, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, esp. 2ª parte: IV. “La idea de un consenso entrecruzado” (o por solapamiento); V. “La primacía de lo justo y las ideas sobre el bien”; VI. “La idea de una razón pública”.

4. “ÉTICA” Y SOCIEDAD CIVIL

Para una comprensión más adecuada del juego de los conceptos que estoy explicando en el contexto de las sociedades multiculturales del mundo contemporáneo, me parece necesario introducir todavía algunas precisiones de la teoría política más reciente, que permitan evitar malentendidos. Ronald Dworkin ha reconocido que la concepción liberal de la separación o de la “discontinuidad” de la “ética” y la moral es insostenible. Si bien su pretensión de universalizar una “ética” liberal para la sociedad moderna es discutible, y no será aceptada por quienes prefieren otra forma de vida y otros valores diferentes a los del liberalismo, tiene razón este autor, sin embargo, al cuestionar la asimilación de esta distinción con la diferencia de las esferas de lo público y lo privado, porque no se podría prescindir de las normas universales de la moralidad en la vida privada, y tampoco podría hacerse abstracción del *ethos* de las personas y de las comunidades, en el espacio público de la sociedad. La concepción que reduce los valores fuertes y los contenidos sustantivos de la “ética” a la esfera privada tiende a generar individualidades esquizofrénicas, con una doble personalidad, las cuales vivirían en las pequeñas comunidades privadas de la familia, de los amigos “éticos”, de las diferentes identidades culturales, de las congregaciones religiosas, etc., como personas motivadas por las convicciones y valores del propio *ethos*, pero al mismo tiempo deberían actuar en el espacio público poniendo entre paréntesis aquellas vidas, como ciudadanos sin identidad, miembros de un Estado neutral.

Aparentemente el liberalismo nos pide que ignoremos los instintos y los afectos en ocasiones políticas que son centrales para el resto de nuestras vidas. Insiste en que distribuyamos nuestra solicitud con exquisita igualdad, que no nos ocupemos más de un hermano que de un extraño, que desterremos las fidelidades especiales que todos sentimos respecto de la familia o de nuestras particulares comunidades, vecindario e instituciones. Nos pide que anestesiemos nuestras convicciones más profundas y potentes acerca de la fe religiosa, de la virtud “ética” y de cómo vivir. El liberalismo parece en este sentido una política de la esquizofrenia “ética” y moral; parece pedirnos que nos convirtamos, en y para la política [o en y para la vida pública], en personas incapaces de reconocernos como propias, en criaturas políticas especiales enteramente diferentes de las personas ordinarias que deciden por sí mismas, en sus vidas cotidianas, qué quieren ser, qué hay que alabar y a quién hay que querer.²²

Para resolver este problema que los propios filósofos liberales como Rawls y Dworkin se han planteado es preciso revisar y corregir el modelo dicotómico de lo público y lo privado, tal como había sido concebido por el liberalismo. Hemos

²² Ronald Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, 1993, pp. 56-57.

dicho que la moral pertenece al espacio público; podría mostrarse incluso que el reconocimiento recíproco, el respeto de la persona del otro, de los principios de la moralidad y de los derechos humanos son presupuestos necesarios y constitutivos de la intersubjetividad humana y de lo público. Pero esto no quiere significar, sin embargo, que la “ética”, en cuanto diferente de la moral, deba quedar recluida entonces en la esfera de lo privado. Así como ha mostrado L. Wittgenstein la imposibilidad de un lenguaje privado, de la misma manera se podría mostrar también la imposibilidad de una “ética” privada. La “ética” y la religión son experiencias y formas de vida comunitarias, articuladas en un lenguaje y, por lo tanto, públicas. El problema de las teorías liberales, y también de muchos comunitaristas, es que presuponen la identificación de lo público con el orden jurídico-político del Estado. En la filosofía política más reciente se ha revisado, sin embargo, este presupuesto que empobrece el concepto de lo público y que no se corresponde ya con el descentramiento de la posición del Estado en la sociedad actual, mostrando en cambio que la condición posmoderna de la cultura se caracteriza por la pluralidad y la autonomía de los espacios públicos de la sociedad civil.²³ No se puede hablar ya de un espacio público unificado y centrado en el Estado. Lo público se expande y se diversifica de manera autónoma en los espacios de la sociedad civil, y es allí donde cobra su mayor vitalidad y libertad de expresión. El orden jurídico-político constituye solamente un sector particular de lo público.

La separación entre la “ética” y la moral ha llevado también en las sociedades modernas a una aproximación cada vez mayor del concepto de la moral pública y el orden normativo del Estado de derecho democrático. Diferentes autores contemporáneos²⁴ hablan de entrelazamiento (*Verschränkung*), complementariedad y “solapamiento” de ambos campos; sostienen, por ejemplo, que el principio de la democracia tiene una relevancia moral y que el derecho penal estatal debe coincidir en sus contenidos normativos fundamentales con los principios universales de la moral, y que por eso es posible un derecho penal intercultural o internacional.²⁵ Bajo este punto de vista, la diferencia entre el derecho y la moral no radica tanto en los contenidos sino en los procedimientos y en el tipo de sanción, porque la moral

²³ La ruptura de la antigua dicotomía de lo público y lo privado presupone también una redefinición del concepto de sociedad civil que la tradición del pensamiento liberal (y en parte también el marxismo) había identificado con la esfera de lo privado y consideraba centrada en las relaciones económicas del mercado (*Bürgerliche Gesellschaft*). Cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, o. cit., 1992, cap. VIII, “Zur Rolle von Zivilgesellschaft und politischer Öffentlichkeit”.

²⁴ Cf. J. Habermas, *Escritos de moralidad y éticidad*, Barcelona, 1991, esp. pp. 159-172; E. Tugendhat, *Lecciones de ética*, Barcelona, 1997; O. Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München, 1999.

²⁵ Cf. O. Höffe, “¿Hay un derecho penal intercultural? Ensayo filosófico”, en *Erasmus*, nº 1, Río Cuarto, 1999, p. 65. Las violaciones de los principios morales básicos de la convivencia, o de los derechos humanos, son delitos contra la humanidad y deben ser condenados de manera igual en todos los lugares, como sometidos a una única jurisdicción global. Sobre esto volveré en el capítulo 4.

es una institución social que conlleva un tipo de sanción interna, a diferencia de la sanción o penalidad externa del derecho, que impone coactivamente la reparación de la injusticia o del daño cometido.

Por ahora me limito solamente a mencionar esa aproximación entre la moral y el derecho como punto de contraste con la "ética". Porque en las democracias liberales y pluralistas contemporáneas la "ética" no está provista en cambio de ninguna forma de sanción o de censura pública ni de penalidad jurídica. Si uno no vive ya conforme al *ethos* y a las pautas de vida de su comunidad, eso significa simplemente que uno no se identifica más con esa comunidad, o que se ha ido de ella. Una comunidad "ética" se caracteriza, entre otras cosas, por la libertad de adhesión, o la libertad de entrar y salir de ella, sin sufrir por eso ninguna clase de sanción moral o penal, como ocurría en las comunidades premodernas. Estas libertades son las que caracterizan precisamente a todas las comunidades o espacios de la *sociedad civil* moderna.

Como ha escrito Benjamin Barber recientemente: "La sociedad civil, por su propia naturaleza, es un espacio abierto y público (como el sector público del Estado) pero no obstante, al mismo tiempo, está constituida por asociaciones voluntarias y no coercitivas (como el ámbito de la vida privada) [...] En la sociedad civil deberían existir *lugares para todos*. El pluralismo es la condición básica de la sociedad civil moderna".²⁶ En esta perspectiva se mantiene la distinción, tan cara al liberalismo, entre los ámbitos de lo público y lo privado (distinción caracterizada por la existencia, por un lado, de un sector público estatal que engloba a los órganos de gobierno y a las instituciones jurídico-políticas del Estado y, por otro lado, el sector privado autónomo de la vida económica, laboral y profesional, constituido por relaciones y asociaciones contractuales entre los individuos, las cuales se insertan en la lógica sistémica del mercado). Pero la teoría política hace cobrar relieve ahora a la existencia de un tercer dominio que, en cierto modo, actúa como mediador entre aquellos dos y que reúne algunas de las características de ambos. Este tercer dominio intermedio o central es el de la sociedad civil, constituida por el entramado de los espacios de la vida privada de los individuos, de las familias, y otros agrupamientos, con los espacios públicos de las diversas comunidades culturales, ético-religiosas, etc. Estas dimensiones de la vida social no están separadas del espacio público (como la vida monacal y de las corporaciones medievales), pero constituyen espacios de la sociedad civil que se caracterizan por su libertad interna, tanto frente a las regulaciones coactivas del ordenamiento jurídico estatal, como frente a las coacciones sistémicas del mercado, puesto que la interacción entre sus miembros no está orientada por intereses económicos (no voy allí para vender algo, ni estoy expuesto a que me vendan nada). Estos son los

²⁶ Benjamin Barber, *Un lugar para todos*, Barcelona, 2000, p. 44.

espacios de la interacción conforme a las tradiciones, regida por valores y animada por el *ethos* propio de cada comunidad. En las sociedades premodernas estos espacios de la “ética”, de la moral y el derecho, de la sociedad civil y del Estado se encontraban fundidos de manera todavía no diferenciada. Pero la complejidad de las sociedades modernas y posmodernas, multiculturales, pluralistas y democráticas, nos exige trabajar cuidadosamente con estas diferencias, delimitar sus autonomías y desplegar la riqueza de sus relaciones.

5. TIPOS DE REFLEXIÓN ÉTICA Y DISCIPLINAS DEL CAMPO

Una de las tareas de la ética como disciplina filosófica es la de delimitar su propio campo y diferenciar los espacios dentro del mismo. Como este campo es dinámico, está en movimiento y se ha reconfigurado de manera bastante significativa en las últimas décadas, debido a la incidencia de los importantes replanteos de la teoría ética realizados por los filósofos contemporáneos, reina todavía una cierta anarquía en la abundante literatura existente sobre el tema. La sistematización de los manuales no da cuenta la mayoría de las veces del estado de avance de la disciplina.

En la vida social nos encontramos permanentemente con un nivel prerreflexivo de valoraciones “éticas” y de normatividad moral, no diferenciadas ni cuestionadas, sino incorporadas en las costumbres y en las formas de la acción social conforme a valores y normas, que son analizadas por los sociólogos; pero también en la manera de reaccionar frente las acciones que se apartan de esta normalidad de la acción tradicional, conforme a la costumbre, en la manera de enjuiciarlas, etc. En las transgresiones y el enjuiciamiento de las mismas la moralidad social espontánea comienza a hacerse reflexiva. Quiero citar la descripción que realiza R. Maliandi de los diferentes niveles de la reflexión y el discurso explícito sobre lo moral:

Casi insensiblemente se pasa del nivel prerreflexivo a un nivel de reflexión. Se trata [en primera instancia] de una reflexión elemental, espontánea, que surge a consecuencia de discrepancias morales. Es el tipo de reflexión que va adosado a la toma de conciencia de que el otro no juzga exactamente como yo [...] La actitud de pedir consejos, por ejemplo, porque, aunque se conocen las normas, no se sabe cómo aplicarlas a tal situación concreta —o porque no se sabe cuál norma habría que aplicar ahí— y, sobre todo, la actitud de brindar ese consejo solicitado, son actitudes que van acompañadas necesariamente de un tipo de reflexión que podemos llamar “reflexión moral”. Un segundo nivel está constituido por las reflexiones que es necesario desarrollar cuando no nos conformamos con saber, o con decir qué es lo que se debe hacer, sino que nos planteamos la pregunta “por qué” y tratamos de responderla. Ahí se toma conciencia

de que la reflexión no sólo es ineludible, sino también de que hay que desarrollarla racional y sistemáticamente. Ese desarrollo equivale ya a una "tematización". O sea, entramos ya en la ética. La búsqueda de fundamentos de las normas, y la crítica de aquellas normas que no nos parecen suficientemente fundamentadas, son las tareas características de este segundo nivel que constituye la ética normativa.

La reflexión moral es practicada especialmente por el predicador moral, "el moralista". Aunque la predica, como tal, no sea esencialmente reflexiva, el moralista necesita de la reflexión para reforzar su poder persuasivo. No tenemos que pensar necesariamente al moralista como un predicador profesional, o como alguien dedicado permanentemente a "moralizar". Todo ser humano puede ser moralista, al menos por momentos, cada vez que dice a los otros lo que se debe, o no debe hacer. En nuestro tiempo, la imagen del moralista está desacreditada, pues suele vincularselo a la ingenuidad, o bien a la hipocresía. El "moralismo", la "moralina", etc., son efectivamente deformaciones que evocan cierto rigor moral artificial propio, por ejemplo, de la época victoriana y referido particularmente a la regulación de las relaciones sexuales. [...]

La ética normativa [como disciplina filosófica] es la búsqueda de los fundamentos de las normas y de las valoraciones, y va indisolublemente asociada a la crítica, es decir, al cuestionamiento de cada fundamentación. Tanto la fundamentación como la crítica son tareas filosóficas [...] El pensamiento positivista, en sus diversas variantes, ha cuestionado siempre el derecho de la ética normativa a constituirse en saber riguroso. El gran prejuicio positivista consiste en suponer que sólo las ciencias "positivas" revisten ese carácter, y que todo lo normativo, es una cuestión subjetiva, algo así como una cuestión de gustos (y de *gustibus non est disputandum*). En este prejuicio reside la razón de por qué la filosofía analítica —que mantiene siempre algún lastre de positivismo— suele ignorar la diferencia entre la mera reflexión moral y la ética normativa".²⁷

Para una determinación más completa del campo disciplinario de las investigaciones éticas habría que distinguir y separar a la *ética filosófica*, especialmente en cuanto ética normativa, de la *ética descriptiva*, que tiene por objeto las valoraciones y reglas sociales de la *moral positiva*, de hecho vigente en una sociedad, a la cual se suele contraponer la *moral crítica*, o racional, que sería la ética filosófica.²⁸ La ética descriptiva enuncia, analiza y explica los fenómenos y conflictos morales, e incluso puede llegar a predecir las conductas posibles de los individuos y los grupos en situaciones típicas, conformes a sus creencias y hábitos morales. En este plano descriptivo-explicativo se pueden ubicar también, tanto los estudios

²⁷ Ricardo Maliandi, o. cit., 2^a ed., 1994, pp. 43-44 y 49-51.

²⁸ Sobre esta distinción cf. C. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidos, 1984, "Moral social y moral crítica" y "Las funciones sociales de la moral", pp. 79-87.

de *psicología* como de *sociología moral*, o de *antropología social* y cultural y de *historia* de la moralidad social. Estos últimos tipos de estudios se refieren a fenómenos morales como las conductas sociales y los valores culturales, para describir y analizar su característica, su evolución y su incidencia en los otros aspectos de la dinámica de la sociedad y de la cultura. También puede hacerse un tratamiento descriptivo de la ética de las profesiones, como la ética judicial. El artículo de M. D. Farrell sobre “Ética de la función judicial”, por ejemplo, se mantiene en este nivel descriptivo de cuáles son las exigencias que el sistema jurídico, tal como está diseñado y como funciona de hecho en un determinado país, le plantea a la función de los jueces.²⁹ La ética descriptiva debería hacerse cargo del cuestionamiento epistemológico de la pretensión de neutralidad de las ciencias sociales. El mencionado artículo puede leerse como expresión de cierta cultura jurídica tradicional. Este tipo de análisis puede limitarse en este campo al punto de vista jurídico formal, y recomendar incluso cuáles son las conductas más funcionales desde este punto de vista internalista del sistema, o puede avanzar hasta una teoría empírica explicativa, como las que han desarrollado las diferentes orientaciones de la sociología del derecho, en las que puede encontrarse también la descripción de los códigos sobreentendidos a los que se atienen de hecho los jueces en su función, los cuales conforman una cierta ética positiva de la conducta judicial. En el capítulo 3 me voy a referir todavía brevemente al tipo de análisis de una sociología crítica del campo jurídico, como la que ha planteado P. Bourdieu.

La ética como ciencia del campo de la filosofía comprende a su vez: 1) una *ética ontológica*, que trata el punto de vista de la “ética” en cuanto diferente a la moral, y es desarrollada generalmente en la actualidad con un método fenomenológico o hermenéutico. Esta es la parte sustantiva de la teoría ética, la cual se orienta a explicitar el sentido de la vida buena, ya sea fundada en una determinada concepción antropológica y metafísica o, de una manera contextualista e historicista, en relación con los valores e ideales constitutivos de la identidad de una cultura. Esta parte o este enfoque de la ética es el que se ha desarrollado sobre todo en la tradición de la ética filosófica de la antigüedad griega y del medioevo, pero no es extraña tampoco a la tradición moderna del empirismo. La filosofía contemporánea más reciente ha recuperado esta dimensión de la reflexión sobre la identidad del sujeto moral. Si bien la denominación “ética ontológica” que aquí propongo no es usual, este tipo de teoría ética es el que disputa la primacía en la filosofía más reciente con la que se enuncia a continuación.

2) La *ética normativa*, o ética del deber (deontológica) y de la justicia, para la cual reservamos el nombre de *moral*, siguiendo una convención que se está

²⁹ M. D. Farell, “La ética de la función judicial”, en: J. Malem y otros, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, cf. esp. pp. 161-162.

imponiendo en los últimos años, ha sido la parte o el enfoque de la ética filosófica predominante en la modernidad, que se refiere a la fundamentación (y a la crítica) racional de las normas y principios morales mediante diferentes vías independientes de presupuestos ontológicos y metafísicos, como lo proponen de manera especialmente explícita las *éticas procedimentales*. La distinción corriente en la filosofía analítica entre *éticas deontológicas* en sentido restringido y *éticas consecuencialistas*, como el *utilitarismo*, representa dos orientaciones diferentes (rivas o complementarias, según los autores), las cuales se ubican ambas dentro de la ética normativa. En cuanto a la posible relación entre 1) y 2), se plantean en diferentes autores, ya sea como dos partes sistemáticamente conectadas, como dos enfoques independientes, pero complementarios (este es el punto de vista que yo he sostenido en otro lugar),³⁰ o como dos concepciones rivales y excluyentes.

3) En las últimas décadas se han desarrollado en el campo de la ética algunas nuevas especialidades con el nombre *éticas aplicadas*, como la bioética y, en especial, la ética de las decisiones clínicas en medicina, la ética de la economía y de la empresa, la ética de la investigación científica, etc. La denominación “ética aplicada” no es muy feliz por cuanto reproduce la diferencia corriente entre ciencia teórica, o ciencia básica, y ciencia aplicada, o tecnología. Aunque es corriente hablar hoy de “teorías éticas”, la ética no es en ninguna de sus partes una ciencia teórica sino que, como ya lo había determinado claramente Aristóteles, y lo reiteran los grandes filósofos modernos como Kant y Hegel, es parte de la *filosofía práctica*. En tal sentido, toda ética es ya siempre “aplicada” y tiene como fin la realización o la *praxis* de lo que ella estudia. La terminología se halla de todos modos impuesta. “La ética aplicada debe ser vista como una actividad *interdisciplinaria* en la que se procura resolver razonablemente problemas profesionales” que se plantean en situaciones complejas, en las que intervienen diferentes ciencias.³¹ Esta modalidad del trabajo interdisciplinario entre filósofos eticistas y científicos es el que ha dado lugar a desarrollos interesantes en los campos especiales mencionados y en algunos otros. En la llamada ética judicial, hasta donde llega mi conocimiento, esta apertura a la cooperación interdisciplinaria entre las ciencias jurídicas y la filosofía es menos frecuente. Cabe mencionar el Simposio sobre Ética de las Profesiones Jurídicas de la Universidad de Comillas, del año 2001. A. Hortal Alonso, editor de las ponencias, remarca en su conferencia inaugural el carácter interdisciplinario del evento: “La justicia puede ser precisamente el punto de encuentro tanto de nuestros quehaceres profesionales como de nuestras pesquisas intelectuales entre juristas y filósofos. Será bueno que intentemos encontrar un lenguaje común capaz de hacer

³⁰ Cf. J. De Zan, “Moralidad y eticidad, o Kant y Hegel”, en *Cuadernos de Ética*, nº 7, Buenos Aires, 1989; “Etica y moral en J. Habermas”, en P. Britos, J. De Zan y otros, *Éticas del siglo*, Rosario, 1994, pp. 23-72, y J. De Zan, *Panorama de la ética continental contemporánea*, Akal, Madrid, 2003.

³¹ R. Maliandi, *Ética, conceptos y problemas*, 3^a ed. Biblos, Buenos Aires, 2004, p. 73.

entender las diferencias y, al mismo tiempo, las estrechas relaciones entre la ética y el derecho, entre la justicia [como idea] y la Justicia [como institución], entre lo que la ética filosófica tiene que decir sobre la justicia, y su relación con el conjunto de las instituciones y las prácticas jurídicas".³²

4) La *metaética* analiza el significado de los términos morales y el uso del lenguaje que se hace en los enunciados valorativos y normativos, ya sea en el lenguaje moral de la vida cotidiana, como en la propia filosofía moral, o ética filosófica. En los clásicos de la filosofía moral encontramos siempre un nivel de reflexión metaética, pero este se ha constituido recién en el siglo XX como una disciplina diferente de la ética normativa. teoría de la *argumentación moral*. Como los procedimientos de la argumentación moral, desde el punto de vista formal, se identifican básicamente con los discursos que hacen en general un uso prescriptivo o apelativo del lenguaje, también llamado discurso práctico, la teoría de la argumentación moral está emparentada con la teoría de la argumentación jurídica.³³

6. CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE LA RACIONALIDAD MORAL

El terreno en el que se ubica fundamentalmente este libro no es el de la ética descriptiva o el de la metaética, ni el de la ética ontológica del bien o de la vida buena, sino el de los principios morales de la ética normativa del deber, y de la ética aplicada a la función judicial. A fin de precisar las determinaciones expuestas en los puntos anteriores voy a enunciar algunas características definitorias del discurso moral entendido en este preciso sentido.³⁴

1) Lo moral tiene que ver, en primer lugar, con las elecciones libres entre alternativas posibles y con la deliberación racional para la decisión. En tal sentido, la racionalidad y la libertad son presupuestos de la moralidad. (Kant decía que nos damos cuenta de que somos libres porque tenemos conciencia moral). "Moral" e

³² J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso (comp.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Comillas, 2001. El trabajo interdisciplinario entre juristas y filósofos es más frecuente en cambio en la filosofía del derecho. Para mencionar dos ejemplos europeos puede recordarse el equipo interdisciplinario dirigido por Habermas y financiado por la Deutsche Forschungsgemeinschaft, integrado por un importante grupo de juristas, que trabajó durante cinco años en la Universidad de Fráncfort en un programa de investigación de Filosofía y Teoría del derecho, y ha producido, además de muchas otras publicaciones, una serie de libros como: K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Fráncfort, 1988; B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Fráncfort, 1991; I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Fráncfort, 1992, B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, por aparecer; L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, 1993; R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1994 y el libro del propio Habermas, *Faktizität und Geltung*, Fráncfort, 1992; el otro ejemplo es el seminario realizado en Trento, que dio lugar al volumen editado por G. Vattimo y J. Derrida, *Diritto, giustizia e interpretatione. Anuario filosófico europeo*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

³³ Cf. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

³⁴ Cf. J. Hierro Pescador, "Ética", en *Diccionario de Filosofía Contemporánea*, Salamanca, 1979.

"inmoral" son calificaciones que solamente pueden merecer los actos humanos (y sus producciones) en cuanto voluntarios o decidibles y, por lo tanto, imputables a la responsabilidad del sujeto. Lo moral no es por lo tanto un ámbito de propiedades naturales, ni de entidades metafísicas (como los valores en sí). Y el discurso moral no es un discurso teórico a acerca de lo que es, o no es, sino un discurso práctico acerca de lo que se debe hacer.

2) Si se admite que la *racionalidad* de las expresiones y de las acciones humanas está conectadas con (o dependen de) la existencia de buenas razones que puedan justificarlas, y de la disponibilidad de los sujetos para *exponerlas* (en el doble sentido de expresarlas y de arriesgarlas a la luz pública) y confrontar estas razones mediante un diálogo argumentativo, o *discurso*, se puede decir que lo moral constituye entonces la modalidad especial de la racionalidad que corresponde al campo de las acciones y de las máximas que las orientan, o de las normas que las rigen, y que esta racionalidad moral se actualiza y se justifica mediante el discurso práctico acerca de lo correcto y de la justicia. El discurso moral, que tematiza lo que se debe o no se debe hacer, es *constitutivo* de la moralidad. Los conceptos de justicia y de deber son centrales en el campo de lo moral, pero decir que algo *es justo*, o *se debe...* equivale a decir que hay *buenas razones* que se pueden sostener mediante argumentos en favor de una determinada conducta como *obligatoria*. Uno puede tener buenos argumentos en contra de la justicia de una norma jurídica y, sin embargo, la norma sigue vigente mientras no haya sido derruida. En el campo moral en cambio no se concibe una situación semejante; si existen argumentos válidos que fundamentan el juicio negativo sobre la razonabilidad o moralidad de una conducta, de una costumbre o de una norma, éstas quedan, *eo ipso*, determinadas como no morales o inmorales (y a la inversa). Esto es lo que se significa al decir que el discurso es constitutivo de lo moral.

3) En conexión con la característica anterior de lo moral hay que decir entonces que el deber implica la conciencia de una *autoobligación*, que el sujeto tiene que aceptar por sí mismo, porque se lo impone su propia razón y conciencia moral, y cuya validez es independiente del hecho de que, además, esté respaldada o no en una autoridad, o en alguna sanción externa, ya sea de carácter social o metasocial. Esta propiedad es la que Kant definió con el concepto de *autonomía* de la voluntad moral. No tendría sentido por lo tanto decir que algo es un deber moral, pero yo no estoy de acuerdo. Sí es posible en cambio que, de hecho, a pesar de todo, uno obre mal, contra las propias convicciones de su conciencia moral. La diferencia y la tensión entre lo moral y la facticidad de las prácticas (o entre el deber y los hechos) no es ningún argumento contra la validez de los principios o de las normas. Esta diferencia, que es característica y constitutiva de la moral, es lo que hace necesario explicitar las normas para poder juzgar y corregir las prácticas.

4) El acuerdo y el desacuerdo en el campo de lo moral *no es una cuestión de preferencias subjetivas*, sino que tiene que ver con el *juicio reflexivo* acerca de la razonabilidad de una conducta o de una norma, y solamente puede fundamentarse mediante argumentos racionales cuya pretensión de validez haya sido expuesta a la crítica y pueda ser públicamente reconocida. Por lo tanto, la moralidad implica *apertura para escuchar* a los otros y considerar los argumentos de todos los demás. La moral no es un asunto privado sino *esencialmente comunicable*. La distinción entre una moral pública y una moral privada es incorrecta porque, como ha explicado L. Wittgenstein, “uno solo no puede seguir una regla”. Tampoco puedo justificar algo como moralmente correcto sólo para mí.³⁵ La moral implica el trato igual y el reconocimiento recíproco de las personas: es esencialmente inter-subjetiva. A la gramática de lo moral, como a la gramática de lo verdadero, pertenece una necesaria *pretensión de validez universal*. Más aún, desde Kant se considera que la *universalizabilidad* de una máxima de acción (o la posibilidad de aceptar que sea adoptada por todos los demás) es el criterio para juzgar su moralidad. Mientras las normas jurídicas se aplican solamente dentro de los límites de una determinada jurisdicción territorial, las normas morales no admiten semejantes recortes de su validez.

5) Con respecto a lo que ordena una norma jurídica, o cualquier otra clase de normas, aún puede preguntarse siempre si, además, es correcto, o si es justo hacer eso. Esta pregunta, o esta duda ulterior, no cabe ya en cambio con respecto a una norma moral o a una forma de obrar que se considera la moralmente correcta. La moral aparece por lo tanto como una instancia última o final para la justificación de las conductas humanas, que no se subordina a ninguna otra instancia superior. Tampoco la religión puede justificar una acción moral diciendo que Dios la ha ordenado. Esta situación es inaceptable, no sólo para la ética, sino también para la teología. Pueden plantearse, sin embargo, todavía dos tipos de preguntas especialmente difíciles, que la filosofía moral tratará de dilucidar, una de carácter general y absolutamente radical, y la otra de carácter puntual o excepcional: a) ¿por qué ser en definitiva moral? b) ¿no es posible que nos enfrentemos con situaciones límite en las que nos vemos forzados a obrar contra nuestras propias convicciones y sentimientos morales?

No obstante que ya ha sido dicho en los apartados anteriores de este mismo capítulo, y a modo de insistencia, quiero reiterar que la caracterización que acabo de explicitar se refiere a la ética normativa, o moral, pero no es aplicable en cambio directamente a la ética ontológica del bien, la cual, en las expresiones P. Ricoeur,

³⁵ Sobre los niveles del razonamiento moral y el principio de universalización como principio de la ética, véase O. Guariglia, *Moralidad, Ética universal y sujeto moral*, Buenos Aires, Fondo de Cultural Económica, 1996, caps. 2 y 3, pp. 21-61.

explica “la intencionalidad de una vida realizada” y no comienza con la obligación y la norma, sino con el deseo y la búsqueda de la felicidad. A la “ética” pertenecen los valores propios de una comunidad en particular, o de una profesión; por ejemplo, las concretas formas de vida y los modos de obrar que se conectan con la identidad de las personas, de las culturas y de los diferentes grupos humanos. La ética normativa, o la moral, pone el acento en la búsqueda de “la articulación de aquella intencionalidad ‘ética’ dentro de normas caracterizadas a la vez por la pretensión de universalidad y por un efecto de restricción” que tiene que ver con el respeto y la solidaridad con los proyectos de los otros.³⁶ En tal sentido, esta última, la moral, se sitúa en la proximidad del derecho y se solapa con él, mientras que la primera, la “ética”, se puede conectar en cambio con la estética, como lo había mostrado el romanticismo y lo han vuelto a tematizar diversos autores contemporáneos, desde Kierkegaard y Wittgenstein, hasta Foucault y Rorty. Esta aproximación tiene por otro lado antecedentes mucho más remotos en la tradición del pensamiento filosófico sobre lo bueno y lo bello.

³⁶ P. Ricoeur, o. cit., 1996, p. 175.

C a p í t u l o 2

“ÉTICA”, MORAL Y DERECHO

1. LOS DIFERENTES TIPOS DE DISCURSO PRÁCTICO

Podría decirse en sentido general que la Ética ha buscado siempre las respuestas a esta misma pregunta que se plantea el hombre en la perplejidad frente a diferentes alternativas de acción: ¿cómo debo comportarme; qué debo hacer? Pero estas preguntas mantienen todavía un significado muy impreciso mientras no se aclare cuál es el tipo de problemas prácticos que uno se plantea y bajo qué aspecto se los quiere resolver. Tres alternativas —por lo menos— se presentan para la razón práctica en su búsqueda de respuestas a las preguntas enunciadas: 1) bajo el aspecto de los resultados a lograr y de *la adecuación de los medios al fin*, 2) desde el punto de vista del hombre que *es en sí bueno*, o quiere serlo y desea ante todo obrar bien, cualesquiera sean los fines que se proponga y, 3) desde el punto de vista de lo correcto, o del *deber de justicia* en relación con las otras personas. Estos tres tipos de problemas son bien diferentes, requieren usos diversos de la propia razón práctica y dan lugar a otros tantos tipos de discurso, que son los que han privilegiado respectivamente los planteamientos consecuencialistas del empirismo, la ética aristotélica de la buena vida y de la virtud, y la reflexión de tipo kantiano sobre la igualdad y la reciprocidad (o la justicia) como criterio de la moralidad.¹

¹ Cf. J. Habermas, “Vom Pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft”, en *Erläuterungen zur Diskurstheorie*, Fráncfort, 1991, 100-118; hay trad. española: *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, 2000. En este punto sigo en parte la exposición de Habermas en el citado trabajo. Las referencias dentro del texto de este apartado sin otro dato que el número de página remiten a la primera edición alemana del texto de Habermas.

1.1. Discurso pragmático

Una primera clase de discursos prácticos que es preciso diferenciar son los que buscan aclarar y resolver problemas pragmáticos. Los discursos pragmáticos, en los cuales buscamos esclarecer problemas técnicos o estratégicos, son del mismo tipo y se ubican en el mismo nivel de discurso que los discursos teóricos, y su validez depende del saber empírico en el que se apoyan. Es claro que esta validez o verdad del discurso pragmático no depende además para nada del hecho de que el actor aplique o no sus indicaciones en la acción. Pero a su vez, este tipo de discurso tampoco influye directamente sobre las decisiones de la voluntad del actor, sino a través de sus fines y preferencias personales, las cuales quedan fuera de estos discursos pragmáticos.

Problemas pragmáticos se nos plantean en las situaciones en que tenemos que realizar la *elección entre diversos fines posibles, o entre los medios* para el logro del fin elegido. Así, por ejemplo, con más o menos frecuencia, según los casos, se les plantea a las personas el problema de qué hacer cuando no les alcanza el dinero para satisfacer ciertas necesidades, o para llevar a cabo determinados planes. Frente a este problema se puede presentar, según la posición social de la persona, un espectro más o menos amplio de vías o medios posibles para resolver la situación, por ejemplo: tomar un crédito, vender un bien, trabajar más duramente, o buscar otra actividad, etc. Pero al sopesar los compromisos o exigencias requeridas para obtener los medios, se vuelve a evaluar también, por lo general, si los planes o los fines propuestos guardan una proporción racional con la magnitud (o el costo) de los medios y el tiempo de trabajo que habría que invertir para lograrlos, es decir, puede cuestionarse también si vale la pena el esfuerzo que se requeriría para conseguir tales fines, y bajo este aspecto también los fines se vuelven problemáticos.

El tipo de problemas mencionado requiere un uso pragmático de la razón, el cual tiende a la determinación precisa de los datos empíricos que permiten una decisión racional. El resultado de un discurso pragmático de este tipo será entonces la recomendación de los medios más adecuados y más eficaces, del camino más seguro y más corto, o más económico, para alcanzar las metas o valores que uno desea realizar. “Se trata de la elección racional de los medios con respecto a fines ya dados, o de sopesar los fines posibles con relación a preferencias previamente aceptadas. Nuestra voluntad se encuentra ya fácticamente decidida por medio de los deseos y valores que tiene asumidos [...] Mientras la pregunta ‘¿qué debo hacer?’ se refiera a este tipo de tareas pragmáticas, lo que se requiere son observaciones, análisis de situación, confrontaciones y ponderación de las ventajas relativas que podemos obtener sobre la base de informaciones empíricas, desde el punto de vista de la eficiencia, o con arreglo a otras reglas de la teoría de las decisiones

racionales. La reflexión práctica se mueve aquí en el horizonte de la racionalidad instrumental con arreglo a fines" (1991, p. 102).

Cuando los padres intentan aconsejar a los jóvenes, por ejemplo, acerca de la elección de una carrera o de una profesión, el discurso se centra por lo general ya en primera instancia en torno a los diversos fines posibles: ¿qué estudiar: medicina o economía...?; o más bien dedicarse al comercio, buscar un empleo, etc... Lo que se evalúa en este nivel con respecto a los fines es su *factibilidad* en relación con los medios disponibles, o su *costo* y el posible rendimiento futuro. La cuestión del "significado final para la vida", o del *valor* (en el lenguaje de Max Scheler), no puede ser planteada ni resuelta en este nivel de problematización del uso pragmático de la razón práctica. En el discurso pragmático, los fines entran en juego *como datos*, con referencia a los cuales se seleccionan los medios y se evalúa su adecuación al fin. Kant hablaba en este contexto de imperativos técnicos y pragmáticos que son reglas de destreza y sagacidad, o de prudencia. Estos son imperativos condicionados que expresan lo que "se debe" hacer en una determinada situación *si* uno desea lograr determinados fines. En este tipo de discurso práctico no se plantea ninguna cuestión acerca de la *validez* de los fines. Las cuestiones que se busca dilucidar no son cuestiones de validez sino conexiones *de hechos*. El utilitarismo y la teoría de las decisiones racionales han elaborado procedimientos muy refinados para resolver este tipo de problemas pragmáticos pero, como el empirismo, no conocen otro uso de la razón en el campo práctico más que éste: "como guía de nuestros juicios concernientes a causas y efectos" y como medio para corregir nuestras decisiones "cuando están basadas en una falsa suposición o elegimos medios insuficientes para el fin deseado" (D. Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, L. III, parte III, sec. III, edic. esp. de F. Duque, pp. 614-622).

El uso pragmático de la razón práctica tiene un amplio campo también fuera de los problemas de la *vida* práctica, en el ámbito de la tecnología o de la ingeniería. Como ha escrito K. Popper: "La ingeniería social fragmentaria se parece a la ingeniería física en que considera que los *fines* están fuera del campo de la tecnología. Todo lo que la tecnología puede decir sobre fines es si son compatibles entre sí o realizables" (Karl Popper, *La miseria del historicismo*, 1973, p. 78). Tampoco Popper reconoce o admite otro tipo de ciencia social más que esta "ingeniería social fragmentaria". "Pero, tan pronto como es la validez de los propios fines la que se ha vuelto problemática, la misma pregunta, 'qué debo hacer', nos remite más allá de la racionalidad instrumental conforme a fines" (1991, pp. 102-103).

1.2. Discurso "ético"

Los mismos casos que he dado como ejemplos llevan implicadas o presupuestas *decisiones* que van mucho más allá de las cuestiones meramente pragmá-

ticas (independientemente de que el sujeto se las planteo o no como problemas). El joven que busca orientación para la elección de una profesión o una carrera, por ejemplo, no sabe a veces todavía con claridad qué es lo que quiere llegar a ser. Por eso en un primer nivel esta búsqueda tiene que tener en cuenta las propias inclinaciones y aptitudes, a partir de un mejor conocimiento de sí mismo, de qué es lo que más le gusta o despierta su interés y en qué tipo de actividad podría *realizarse mejor*. Pero si este examen se lleva más a fondo desemboca en la pregunta sobre qué *forma de vida* quisiéramos llevar, y en esto va implicado “qué persona es uno o quisiera ser”. Es claro que no todas las elecciones triviales de la vida cotidiana conllevan este tipo de decisiones profundas y no pueden ser llevadas por lo tanto hasta este nivel de reflexión en el que las razones pragmáticas se evalúan (implícitamente o explícitamente) en el horizonte de ese otro tipo de presuposiciones valorativas que se conectan con un determinado *ethos*, pero estas opciones axiológicas profundas están implicadas o se ven comprometidas mucho más frecuentemente de lo que pensamos.

En los discursos “éticos”, a diferencia del discurso pragmático, los fundamentos aportados por el discurso constituyen ya, por sí mismos, las motivaciones profundas para la determinación de las actitudes del sujeto y para sus decisiones existenciales. “No se puede realizar aquí ya, como en el caso de las recomendaciones técnicas o estratégicas, una separación entre génesis y validez [...] En los discursos ético-existenciales razón y voluntad se determinan recíprocamente, con lo cual el discurso no puede desligarse del contexto histórico vivido que tematiza” (p. 112). Aunque no se plantean aquí pretensiones de validez universal, se puede hablar también de “discurso” en el ámbito de la “ética”, por cuanto no se trata de argumentos idiosincrásicos, sino que tienen que ser comunicables y aptos para el reconocimiento intersubjetivo en el marco del mundo de la vida, o del contexto sociocultural de pertenencia de los propios sujetos, como lo pone de relieve especialmente el contextualismo.

Habermas alude en este punto a las preferencias “fuertes”, como llama Charles Taylor a las valoraciones en las que se pone en juego la autocomprensión de una persona, las cuales se hallan entrelazadas con la propia identidad. Las opciones existenciales de este tipo, que se fundamentan en decisiones serias acerca de valores, son las que se consideran, desde Aristóteles, como las cuestiones de la vida buena. Los estándares valorativos que los individuos aplican en este nivel no pueden comprenderse como opciones de la conciencia moral subjetiva o como preferencias puramente individuales, sino que se trata de estándares formados en el proceso de socialización dentro de un grupo y de una tradición. Por eso la autocomprensión de la identidad exige la apropiación de la propia historia de vida, así como de las tradiciones y del contexto del mundo vital que han determinado el proceso de la formación de esta identidad. Bajo este aspecto, la filosofía práctica

comprende un momento hermenéutico, el cual es necesario para esclarecer el sentido del bien que forma el núcleo de la ética. En este sentido, como ha escrito H. G. Gadamer, “la gran tradición de la filosofía práctica [de Aristóteles] sigue viviendo en una hermenéutica que se hace consciente de sus implicaciones filosóficas”.² Pero Habermas piensa que este esclarecimiento hermenéutico no puede ser valorativamente neutral, sino que debiera alcanzar el nivel de una “hermenéutica profunda” y capaz de autocrítica.³

En un libro anterior he presentado la concepción de la ética de Ricoeur (J. De Zan, 2002, pp. 67-88), quien renueva con método hermenéutico el planteamiento de la ética teleológica del bien, pero también integra el punto de vista moral en el sentido kantiano. En este contexto he citado también a MacIntyre como otro definido representante de la ética del bien en la filosofía contemporánea. En su libro *Tras la virtud* (Barcelona, 1987) realiza este autor un rastreo histórico de la tradición de la ética del bien en la cultura occidental, centrado en el concepto de virtud, pero al final de su investigación se ve precisado a confesar lo siguiente: “Una objeción que podría plantearse a la historia que hasta aquí he relatado es que, incluso dentro de la tradición relativamente coherente de pensamiento que he esbozado, hay demasiados conceptos de virtud diferentes e incompatibles, y no puede encontrarse unidad alguna en el concepto ni en la realidad de la historia [...] Uno de los rasgos del concepto de virtud que hasta ahora han surgido es que siempre exige la aceptación de alguna interpretación previa de ciertos rasgos de la vida moral y social, en términos de la cual tiene que definirse y explicarse [...]” (A. MacIntyre, 1987, p. 232). Esta comprobación del propio MacIntyre tiene su raíz en la *esencial historicidad y relatividad de la “ética”*, y se puede comprender como prueba de la dificultad quizás insalvable del propósito de este autor de reconstruir «un concepto unitario y central de las virtudes» mediante un método histórico.

Desde el *punto de vista “ético”*, en cuanto diferente del *punto de vista moral*, podría considerarse como más coherente por lo tanto la posición de R. Rorty cuando, retomando la elaboración de Wilfred Sellars afirma que: la “ética” “toma la forma de una respuesta a la pregunta ‘¿quiénes somos nosotros, cómo llegamos a ser lo que somos y qué podríamos llegar a ser?’, antes que la forma de una respuesta a la pregunta ‘¿qué reglas deben determinar mis acciones?’. En otras palabras: la filosofía moral toma la forma de una narración [...] antes que la de una

² Cf. “Hermeneutik als praktische philosophie”, en el libro de Gadamer, *Vernunft im Zeitalter der Wissenschaften*, Fráncfort, 1976, pp. 78 y ss.

³ Sobre este concepto de “hermenéutica racional” en Habermas, cf. nuestro trabajo anterior: “Hermenéutica y Reconstrucción racional”, en Mónica Cagnolini y R. Maliandi (comps.), *La razón y el minotauro*, Almagesto, Buenos Aires, 1998, pp. 301-332.

búsqueda de principios generales [...] [Y en tal sentido] el significado central de ‘acción inmoral’ es: ‘el tipo de cosas que nosotros no hacemos’ [...] Si las hace uno de nosotros, o si las hace reiteradamente, esa persona deja de ser uno de nosotros...’.⁴ Esta reducción de lo moral a la perspectiva particularista del nosotros podría evaluarse, sin embargo, desde las concepciones universalistas de la moral, como una regresión al nivel de la eticidad arcaica, etnocéntrica, premoderna, o al estadio de la conciencia moral convencional, en la terminología de Kohlberg.

Entre los autores contemporáneos que han reivindicado la “ética” como alternativa excluyente de la moral, la posición contextualista de R. Rorty deja ver más claramente que ninguna otra lo que está aquí en juego. “Podemos mantener la noción de moralidad sólo en la medida en que dejemos de concebirla como la voz de la parte divina de nosotros mismos y, en lugar de ello, la concibamos como nuestra propia voz en cuanto miembros de una comunidad, hablantes de un lenguaje común. Puedo conservar la diferencia entre moralidad y *prudencia* [esta palabra está usada aquí con el sentido de *sagacidad*] si la concibo, no como la diferencia entre una apelación a lo incondicional y una apelación a lo condicionado, sino como la diferencia entre una apelación a los intereses de nuestra comunidad y la apelación a nuestros intereses privados, posiblemente conflictivos. La importancia de este cambio está en que *hace imposible formular la pregunta: ‘¿Es la nuestra una sociedad moral?’* Hace imposible pensar que hay algo que se halla con respecto a mi comunidad en la misma relación en que mi comunidad se halla con respecto a mí: una comunidad más amplia llamada ‘humanidad’ que tenga una naturaleza intrínseca” (R. Rorty, 1991, p. 78). Dejando de lado el cuestionamiento del concepto de “naturaleza intrínseca” de la humanidad, con el que Rorty erra el tiro, porque no es lo que está planteado en la discusión poskantiana, es claro que, en rigor terminológico, el sentido de “moralidad” que Rorty acepta mantener no es la *moralidad* en el sentido de Kant, sino más bien la *eticidad* en el sentido antiguo de la “ética” de Aristóteles. Por eso me parece conceptualmente mas preciso este otro texto del mismo Rorty: “Pienso que la distinción entre moralidad y prudencia, y el propio término ‘moral’, no son ya muy útiles. Mi pensamiento gira en torno de la habitual tesis antikantiana de que los ‘principios morales’ (el imperativo categórico, el principio utilitario, etc.) tienen objeto sólo en la medida en que incorporan una referencia tácita a todo un orden de instituciones, prácticas y léxicos de deliberación moral y política. Son alusiones o abreviaturas de tales prácticas, no su justificación. En el mejor de los casos constituyen un auxilio pedagógico para la incorporación de estas prácticas” (1991, p. 77).

Podría pensarse que la exclusión de la posibilidad de la pregunta por la moralidad de la propia sociedad, que he subrayado en el texto de Rorty, no es una consecuencia de su teoría sino quizás el interés inicial que lo orientaba desde el

⁴ R. Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, 1991.

comienzo: el interés de proteger a un grupo social privilegiado, el de los blancos anglosajones de los Estados Unidos, frente a todo posible cuestionamiento moral interno o externo de sus intereses, o de sus privilegios. Pero no es esta la línea de discusión que quiero desarrollar aquí, sino la que se abre a partir de otra pregunta que Rorty ni siquiera se plantea y que también se hace imposible dentro de su posición. Esta otra pregunta la podríamos formular así: “*¿Es moral la forma como yo o mi grupo social tratamos a los otros?*”. Podríamos preguntar todavía: “*¿qué significa moral en esta relación?*”. La respuesta que quisiera evocar aquí es la que sostiene que el término “moral” alude precisamente a la relación con *los otros*, y significa o exige en esta relación fundamentalmente: *justicia y solidaridad*.⁵ La “ética” en cambio permanece centrada en el *nosotros*, como hemos podido comprobarlo en las expresiones de Rorty. Pero es naturalmente ciega y sorda frente a la *interpelación del otro*, que es la interpelación propiamente *moral*, por cuanto la relación con el otro, en sentido fuerte (otras culturas, otras identidades), no puede ya inscribirse en el contexto de “las instituciones, prácticas y léxicos” compartidos del nosotros. Frente a los extraños (a los que no pertenecen a nuestro propio círculo social y cultural), solamente quedaría en esta posición una conversación posible sobre ellos (entre los que participamos de la misma comunidad), pero no un verdadero diálogo *con* ellos; es decir, frente a los otros quedaría solamente la relación objetivante del observador externo, el uso pragmático de la razón práctica, y de los procedimientos de la acción instrumental estratégica, o las relaciones de poder.

Esta no es una derivación maliciosa que extraigo aquí de las premisas de Rorty, sino que el propio autor la explicita con el natural desparpajo que caracteriza a su lenguaje: “A menos que todos estén bastante de acuerdo en qué se considera un ser humano decente y qué no, no se puede tener una trasnochada *Gemeinschaft*. Pero se *puede* tener una sociedad civil de tipo democrático burgués. Todo lo que se necesita es la capacidad de controlar nuestros sentimientos cuando una persona radicalmente diferente se presenta en el ayuntamiento, en la verdulería o en el bazar. Cuando esto sucede, lo que hay que hacer es sonreír, hacer el mejor trato posible y, tras un esforzado regateo, retirarnos a nuestro club. Allí nos sentiremos reconfortados por la compañía de nuestros *partenaires morales*”.⁶

⁵ Cf. J. Habermas, “Justicia y solidaridad”, en: K.-O. Apel, A. Cortina, J. De Zan, D. Michelini, *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991; en el mismo volumen, cf. también: J. De Zan, “Significación moral de la democracia”, pp. 297-320; en la misma línea puede verse el libro posterior de J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort, 1996 (*La inclusión del otro*, Madrid, 1999).

⁶ R. Rorty, *Objetividad, relativismo y verdad*, Barcelona, 1996, p. 283.

1.3. Discurso moral

Las cuestiones pragmáticas referentes a los medios más eficaces para el logro de determinados fines se plantean en el marco de la relación sujeto-objeto, desde la perspectiva egocéntrica de los propios sujetos (individuales o colectivos) de la acción; en esta perspectiva *los otros* se tienen en cuenta solamente como medios, o como condiciones objetivas, cuyos intereses y posibles reacciones hay que tener en cuenta para el desarrollo de los planes de acción de cada uno en orden a la consecución de los propios fines. En los juegos de interacción estratégica los actores toman sus decisiones en base al criterio de sus propios intereses, como egoístas autointeresados. La regulación de la conflictividad siempre latente bajo tales presupuestos, la limitación de los procedimientos estratégicos permitidos en estos juegos de interacción, y el criterio para la exclusión de los medios que son moralmente inaceptables, requieren un cambio de perspectiva. “Sin un radical cambio de perspectiva y de actitud, el conflicto interpersonal no puede ser ni siquiera percibido por los participantes *en cuanto* problema moral [...] La pregunta ‘qué debo hacer’ cambia de sentido una vez más tan pronto mis acciones afectan los intereses de los otros y conducen a situaciones de conflicto que deben ser reguladas con imparcialidad, es decir, desde el punto de vista moral (de la justicia)” (p. 105).

Los discursos práctico-morales exigen, a diferencia de los discursos “éticos”, la ruptura con todos los presupuestos y valores sobreentendidos desde los cuales acostumbramos a juzgar las cosas de la vida en nuestro círculo social y en la cultura a la cual pertenecemos. Y como estas formas de ver y valorar las cosas son constitutivas del mundo vivido y están indisolublemente entrelazadas con nuestra propia identidad, lo que se nos exige con esto es, en cierto modo, una toma de distancia con respecto a nosotros mismos. Esta difícil exigencia se plantea como una condición necesaria para alcanzar el punto de vista moral universal de la justicia como imparcialidad. A dicho objetivo apunta la hipótesis rawlsiana de la “posición originaria” y el velo de ignorancia.⁷ Pero esta construcción teórica de la reflexión filosófica no ha roto aún con el solipsismo metódico y sigue siendo insatisfactoria. “Solamente bajo las presuposiciones comunicativas de un discurso ampliado, o abierto universalmente, en el cual puedan tomar parte todos los posibles afectados (por las normas o formas de acción que se intentan justificar), se constituye la más elevada intersubjetividad del entrecruzamiento de las perspectivas de cada uno con las de todos” (p. 113).

De lo que se trata ahora, en el discurso práctico-moral, es de la fundamentación de normas que generan deberes y obligaciones recíprocas entre los individuos y los

⁷ John Rawls, *Una teoría de la justicia*, (1971), México, 1979.

grupos, de tal manera que sean susceptibles de obtener el reconocimiento por parte de todos los afectados, como justas y aptas para la coordinación de la interacción y para la regulación imparcial de los posibles conflictos interpersonales y sociales. Tan pronto como examinamos nuestras máximas desde el punto de vista de la compatibilidad con las máximas de los otros nos aproximamos a la manera propiamente moral de considerar las cosas. (Las máximas son, sin embargo, un terreno en el que *se encuentran* la “ética” y la moral, por cuanto ellas pueden ser consideradas desde ambos puntos de vista. “En términos generales las máximas forman las unidades elementales de una red de prácticas o costumbres en las cuales se configura la identidad y el proyecto de vida de una persona o de un grupo [...] En tal sentido Kant tenía en vistas sobre todo las máximas de la naciente sociedad burguesa diferenciada en sus estamentos profesionales” (pp. 106-107). Lo cual muestra que la moral no puede nunca *separarse* de la “ética”, aunque pretenda hacerlo, como era el caso del propio Kant, pero no ya de Habermas o de Rawls.

Retornando a nuestro ejemplo del comienzo de este apartado, uno puede encontrar que la manera menos costosa de resolver un problema de dinero desde el punto de vista pragmático puede ser absteniéndose del pago de algunos impuestos mediante el sencillo procedimiento de no hacer figurar en los papeles ciertas operaciones. Desde el punto de vista “ético” podría considerarse que la máxima que me autorizaría a realizar este tipo de maniobras fraudulentas *no es buena* para mí por cuanto no se corresponde con la imagen de la persona honesta que yo quisiera ser y como quisiera ser reconocido en mi comunidad. Podría considerarse también, todavía sin trascender el punto de vista “ético”, que esta forma de conducta *no es buena* para los intereses de la comunidad o que es perjudicial para el *bien común*. Pero cuando los directivos de una empresa deliberan por ejemplo sobre las ventajas de la evasión o de otras estrategias de dudosa moralidad de sus sucursales en un país extranjero lejano, estos argumentos “éticos” revelan toda su insuficiencia, porque tales conductas se podrían justificar desde este punto de vista por los beneficios para la comunidad de la empresa y del país de pertenencia de quienes toman esas decisiones. Para responder desde el punto de vista moral a esta otra clase de problemas sería preciso *preguntar a todos* “si podrían aceptar que en una situación como la mía (o como la nuestra) cada cual actuara conforme a esta misma máxima de conducta”, porque solamente puede ser justa, es decir moral, una máxima que sea pública y valga para todos igual. Este criterio plantea la exigencia de imparcialidad en el juicio moral, que se deriva de la igualdad de las personas y de la reciprocidad de sus derechos y obligaciones. “Solamente una máxima con aptitud de universalizabilidad desde la perspectiva de todos los afectados (es decir, de todos los que pudieren hallarse en situaciones semejantes), vale como una norma que puede obtener aceptación universal y, en cuanto tal, merece reconocimiento, es decir, es moralmente obligatoria [...] Solamente el sentido moral de este tipo

de mandamientos se puede interpretar como un deber que ya no depende ni de los fines y preferencias subjetivas, ni siquiera del fin absoluto para mí de lograr el bien o la plena autorrealización de la vida” (p. 108).

Tampoco el punto de vista “ético” alcanza a plantearse esta otra clase de problemas en toda su amplitud o proyección universal que implica tratar a *los otros*, a *todos* los seres humanos como iguales, es decir, como personas autónomas y como fines en sí. Las cuestiones éticas se orientan en otra dirección y no exigen como tales todavía una ruptura con la perspectiva egocéntrica o etnocéntrica, que en Aristóteles estaba ligada a los que eran ciudadanos de la *polis* (helenos, varones, propietarios).

De este contextualismo etnocéntrico de la “ética” se desprende por primera vez, en un campo no filosófico, el mensaje de la religión cristiana. En la filosofía se encuentra claramente planteado sobre todo en la Ilustración moderna, y en especial a través del universalismo de la moral kantiana con la formulación del principio de la moralidad como principio de universalizabilidad de las máximas. Pero Kant pretendió expulsar de la filosofía moral los otros dos usos de la razón práctica, como formas de la razón impura, ligada a los impulsos, deseos e intereses y a las contingencias fenoménicas. El conflicto entre la moral y la “ética”, que había sido ya uno de los temas más profundos de la tragedia griega, y que había cobrado en la figura de Sócrates su primera víctima filosófica, no podía ser resuelto por Kant en el marco del paradigma de la filosofía de la conciencia, que es el paradigma de la modernidad. Por eso Kant se ubica en el extremo opuesto, desplazando la filosofía práctica del campo de la “ética” enraizada en la *polis*, a la subjetividad de la conciencia y de la razón pura. Si los antiguos habían condenado la moral en la figura de Sócrates, la Ilustración y Kant condenarán la “ética” en la figura de Aristóteles. Esta incapacidad sistemática de pensar y comprender el “mundo ético” intersubjetivo es lo que había entrevisto ya la crítica de Hegel a la moralidad kantiana. Para encontrar el camino de la resolución de este conflicto se requería un cambio de paradigma filosófico como el que se ha operado con el giro pragmático de la filosofía contemporánea.⁸

El punto de vista moral presupone la posibilidad de trascender mediante el discurso el contexto de las prácticas, las instituciones y el lenguaje que conforman el *ethos* del grupo de pertenencia. “Tiene que haber una base común sobre la cual es posible la comprensión entre las culturas, comunidades religiosas, paradigmas y formas de vida que son extranjeras las unas *para las otras*. Es decir, tiene que ser posible una traducción *entre* los diferentes lenguajes valorativos [...] Los lenguajes tienen que

⁸ Cf. J. De Zan, “Pragmática del lenguaje y racionalidad comunicativa”, en *Stromata*, XLVI, Buenos Aires, 1988, pp. 105-137.

ser porosos los unos para los otros, y no pueden estar de tal manera trabados en un contexto monádico cerrado e imposible de sobrepasar desde dentro, que los nativos y socializados en ese contexto queden *aprisionados* en él” (p. 208). En esto ve Habermas, con J. Rawls, la diferencia entre las comprensiones del mundo tradicionales de tipo fundamentalistas, rígidamente dogmáticas, y las comprensiones del mundo que han alcanzado un grado de reflexividad compatible con la conciencia moderna. Las modernas comprensiones del mundo se diferencian por la aptitud para asumir reflexivamente la comprensión de sí mismas como propuestas alternativas que han de convivir (y competir) con otras diferentes, en el mismo universo de pretensiones de validez. La reflexividad de este saber mediante el cual las diferentes culturas, sus interpretaciones del mundo y sus sistemas de valores se sitúan a sí mismas en relación con las otras en cuanto diferentes, o la comprensión de “sí mismo como otro” (en la bella expresión de P. Ricoeur), presupone que ellas pueden confrontarse y, eventualmente, aprender las unas de las otras, porque no son universos cerrados, incommensurables, intraducibles y absolutamente incomunicables, como quieren ciertos contextualismos.

El propio Rorty ha criticado a Lyotard cuando éste pretende apoyarse en Wittgenstein para sostener que “no existe una unidad del lenguaje sino más bien islas de lenguaje, cada una de ellas regida por un sistema de reglas intraducible al de los demás”.⁹ No podríamos hablar siquiera de lenguaje con respecto a una práctica extraña y enteramente ajena a nosotros, frente a la cual hubiéramos abandonado “toda esperanza de saber cómo sería participar en ella”. En este sentido, siguiendo a Davidson, sostiene Rorty que “la noción de un lenguaje intraducible al nuestro carece de significado” (R. Rorty, 1996, 290). Como explica Gadamer, la traductibilidad es definitoria de nuestro concepto de lo que es un lenguaje. El problema de Rorty es su manera de entender la comprensión y la traducción como el aprendizaje de una práctica, o “la adquisición de una habilidad” (1996, p. 291), con lo cual parecen confundirse dos cosas tan diferentes como el aprender a hablar y el problema hermenéutico de la comprensión y de la búsqueda del entendimiento con los hablantes de otra lengua. No obstante su propósito de reemplazar la epistemología por la hermenéutica, Rorty vuelve a anular el espacio propio del problema hermenéutico en la medida en que, según su concepción, “el fracaso en encontrar un único gran código común en el que escribir un manual universal de traducción”, nos deja en la alternativa de “la necesidad de aprender constantemente nuevos lenguajes” (R. Rorty, 1996, p. 294). Con esto queda eliminado el *locus* propio de la hermenéutica, ese intersticio entre la pertenencia y la extrañeza, como decía Gadamer, en el que se despliega el diálogo con el otro. Este espacio propio de la hermenéutica, *entre la identidad y la alteridad*, es también el mismo espacio de la imparcialidad del discurso moral y de la justicia.

⁹ J.-Fr. Lyotard, *Tombeau de l'intelectuel*, París, 1984, p. 61.

2. LA DEBILIDAD DE LA MORAL

Ya la axiología clásica de M. Scheler y de N. Hartmann, en su intento de fundamentar la ética en valores objetivos y universales, había señalado que la apertura intencional del espíritu a este horizonte de valores no ha de comprenderse como un impulso ontológico, como una fuerza real capaz de mover a la acción y vencer toda resistencia para orientar la vida práctica en el sentido de los valores superiores. “El espíritu *carece* originariamente de todo poderío, fuerza, actividad eficaz [...]”.¹⁰ Es solamente apertura y disponibilidad para la verdad, para el bien y los valores; pura intencionalidad lógica y axiológica que descubre un sentido y señala una dirección objetiva, pero no posee por sí mismo la energía real para mover las cosas. “N. Hartmann ha expresado con mucha exactitud esta idea, que ya había definido yo en mi *Ética*; las categorías superiores del ser y del valor son por naturaleza *las más débiles* [...] originariamente lo inferior es poderoso, mientras que lo superior es impotente” (Scheler, 1964, pp. 87-88).¹¹

Los discursos morales (ya sea que tematicen la posible *fundamentación* de normas o la *aplicación* de las normas adecuadas a cada situación) son “un negocio meramente cognitivo”, advierte Habermas, y no ofrecen por lo tanto ninguna compensación para la desconexión del juicio moral con respecto a las motivaciones *que mueven* a la acción, a la fuerza de las pasiones y de los impulsos vitales que ellos mismos exigen poner fuera de juego en la deliberación, como condición de la imparcialidad. La validez de los mandamientos morales es independiente del hecho de que los propios sujetos logren reunir la fuerza necesaria para cumplir lo que ellos mismos tienen que reconocer como lo correcto. Pero la voluntad llega a ser verdaderamente autónoma en la medida en que obra efectivamente conforme a la razón y a los principios morales porque únicamente entonces obedece sólo a su propia ley. Esta manera de vincular recíprocamente la autonomía de la voluntad, la racionalidad y el deber moral es característica de la ética kantiana. Esto no quiere decir, sin embargo, que los juicios morales sean capaces de producir por sí mismos un obrar efectivamente autónomo. Podría decirse incluso que Kant había confundido en cierto modo voluntad autónoma con voluntad autosuficiente (u omnipo-tente). Y es así como pudo pensar que era posible prescindir en la ética de las motivaciones empíricas, los intereses y los sentimientos del sujeto.

Podría pensarse que la exigencia de un punto de vista imparcial, que pretende trascender la subjetividad de la perspectiva de los participantes en el discurso, equivale a poner a la filosofía moral en la misma actitud de tercera persona,

¹⁰ M. Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*, Buenos Aires 1964, p. 78.

¹¹ Cf. J. De Zan, “El saber y los valores en la filosofía de Max Scheler”, en *Stromata*, XXXV, nº 1-2, Buenos Aires 1979, pp. 19-60.

objetivante y pretendidamente neutral del saber científico. Cabría preguntarse entonces si es posible en esta materia la pretendida objetividad de un observador externo, y además, si esta actitud no cierra más bien todo acceso a la comprensión de las pretensiones de validez del mundo vivido, que es lo que se trata de comprender, de justificar o discutir en el discurso moral. Podemos estar aquí, por cierto, enteramente de acuerdo con estas objeciones. No es conforme al modelo de la relación sujeto-objeto que es posible comprender y tematizar la pretensión de validez moral, puesto que esta se plantea solamente en la relación sujeto-cosujeto de la comunicación y la interacción. El *punto de vista moral* no puede interpretarse, ni en el sentido del principio abstracto de una moral fundada en la reflexión trascendental de la pura razón al estilo kantiano, ni en la perspectiva del observador externo y de la actitud objetivante de las ciencias positivas. El juicio moral no puede ser nunca tampoco un *juicio* en el sentido del proceso judicial que presupone la existencia de un juez independiente, que no es parte, sino aquel *ante quien* se desarrolla el proceso. En las cuestiones morales, que por definición afectan a todo hombre, el sujeto que juzga está siempre lógicamente involucrado en cuanto sujeto moral, y no puede haber juez independiente, ni un tribunal de la razón pura, situados por encima de las partes. Esta situación se aclara especialmente en el marco teórico del concepto de la *racionalidad comunicativa*, la cual se diferencia de la *razón práctica*, tal como fue concebida en la filosofía moderna, por el hecho de que ella no se entiende ya como el atributo o *la facultad de un sujeto*: ni del sujeto individual empírico, ni de un problemático sujeto trascendental, ni de algún macrosujeto de la historia (como fue pensado por Hegel y por Marx). La razonabilidad comunicativa se constituye solamente *entre* los sujetos, en el medio o el ámbito del entendimiento intersubjetivo, a través de la cual se teje la trama de la interacción comunicativa del mundo de la vida (el *Lebenswelt*, en el sentido de la tradición fenomenológica y hermenéutica). Este horizonte de comprensión es el *lugar originario* de la razonabilidad comunicativa, a partir del cual se reconstruyen las reglas y las condiciones de validez del discurso, tanto del discurso teórico, como del discurso moral. No es a partir del discurso de la ciencia o de la filosofía que se establecen las condiciones de validez o de razonabilidad que se habrán de imponer al mundo de la vida, sino precisamente a la inversa.

En este contexto teórico filosófico se puede comprender ahora mejor la conexión intrínseca de la moral con la "ética", que Kant y la tradición racionalista habían desconectado, sin borrar de nuevo con esto la profunda diferencia entre ambas. Esta relación no se puede comprender ahora según el modo de una *regulación externa* de la vida "ética" por un ordenamiento formal de tipo jurídico, porque los principios morales se explicitan a partir de la reconstrucción de la forma y las condiciones de sentido y validez de la propia interacción comunicativa del mundo de la vida, y la fuerza motivacional de los valores del *ethos* vivido se transmite, de alguna manera, a los

principios universales de la moral, porque el discurso moral no es nada más que “la continuación de la acción comunicativa con otros medios”. En este sentido, la ética discursiva de Apel y de Habermas no se expone a las críticas que ha merecido la teoría de la justicia de Rawls, por ejemplo, de reproducir el abismo kantiano entre las exigencias normativas racionales construidas *in vacuo*, y la facticidad de la realidad de la vida social. Con lo cual tiene que pagar otra vez el precio de la impotencia del puro deber. Habermas ha tomado desde el comienzo un camino diferente del construcciónismo normativista kantiano. La *Teoría de la acción comunicativa* se apoya en las teorías sociológicas de la acción social y se desarrolla como una *reconstrucción* racional que explicita y potencia los elementos normativos que están ya desde siempre incorporados y operantes en los procesos reales de la interacción social. En tal sentido, como lo ha reconocido K.-O. Apel, las investigaciones de Habermas en los campos de la pragmática del lenguaje y de la acción comunicativa vienen a tender un puente entre la teoría de la acción social y el punto de vista moral de las éticas deontológicas, sin el cual la moralidad carecería de posibilidad de inserción efectiva en la estructura de la interacción humana y de la realidad social, y la ética discursiva quedaría flotando en el aire como una teoría típicamente alemana.

La moralidad universalista no podría contar de todos modos en la sociedad moderna con *las fuerzas especiales* de las motivaciones externas con que contaba la “ética” tradicional. Los fundamentos morales no reciben ya el mismo refuerzo de la presión social y cultural, ni se conectan sustantivamente con la propia identidad del sujeto en cuanto socializado en el *ethos* colectivo de donde provienen las motivaciones “éticas”. Por lo tanto, deberíamos ser más bien escépticos con respecto a la fuerza motivacional de los sentimientos morales en la sociedad contemporánea. Algunos filósofos morales postanalíticos centran su expectativa en este terreno de los sentimientos morales y trabajan intensamente en el análisis del lenguaje expresivo de estos sentimientos, lo cual no es por cierto una contribución desecharable, pero es claro que los sentimientos son tributarios de las convicciones, y las convicciones fuertes son las que se anudan en la *identidad* de un *ethos* vivido comunitariamente, es decir, se apoyan en la *realidad concreta* de la vida colectiva, no en la moral sino en la “ética”. En tal sentido puede decirse que los *fundamentos* “éticos” de la orientación de la acción de los miembros de una comunidad (especialmente de una comunidad premoderna) provienen de la identidad constitutiva de su propio ser, son más bien *ónticos que lógicos*, u ontológicos. Las fundamentaciones que puede dar la moral, en cambio, no provienen del ser de la conciencia, sino de su saber; solamente pueden hacer jugar por lo tanto, “la débil fuerza motivacional” de la *validez racional*, o del *logos*; no una fuerza real en sentido ontológico, sino la “fuerza espiritual” de la mera convicción que conllevan las buenas razones, la “fuerza ilocucionaria” de los buenos argumentos en cuanto tales, y la “fuerza moral” de la exigencia de fidelidad a la verdad.

La concepción clásica identificaba la razón práctica con la racionalidad “ética” vinculada a una forma de vida histórica, enraizada en un mundo cultural homogéneo, en prácticas sociales consagradas por una tradición y en un ordenamiento jurídico político que institucionalizaba esa forma de vida y sus valores sustantivos dotándolos de poder y coercitividad, por eso pretendía poder dirigir la voluntad mediante motivaciones mucho más eficaces que las que provienen de las meras razones o buenos argumentos del discurso filosófico. De ahí que A. MacIntyre no hace más que expresar su coherencia con aquella doctrina cuando se lamenta de que, para la democracia moderna, “el gobierno y la ley son o deben ser neutrales entre las concepciones rivales del buen vivir y, por ello, aunque sea tarea del gobierno promover la obediencia a la ley, según la opinión liberal, no es parte de la función legítima del gobierno el inculcar ninguna perspectiva moral [...] o exigir el ejercicio de las virtudes” (1984, p. 242). Yo creo en cambio que no es necesario declararse partidario de un individualismo liberal extremo para oponerse a la concepción del Estado paternalista que sugiere restaurar este autor, y defender como un gran logro de la modernidad la neutralidad “ética” del ordenamiento jurídico y del Estado frente a los planes de vida de los individuos, o al *ethos* de las diferentes comunidades que viven bajo su jurisdicción.

La “fuerza” de la racionalidad comunicativa “queda bajo este aspecto por detrás de las pretensiones de la razón práctica que pretendía, mediante la institución de motivaciones eficaces, dirigir la voluntad a determinados fines [...] Su normatividad conlleva solamente la débil fuerza de las motivaciones de la validez racional, que no alcanzan a garantizar por sí mismas la trasposición del discernimiento moral en las acciones concretas de los individuos” (J. Habermas 1992, p. 19). Pretender que la filosofía moral pueda tener por sí misma una fuerza motivadora capaz de determinar a la voluntad es ilusorio y peligroso. La filosofía tiene que preservarse de semejantes pretensiones (“debe guardarse de querer ser edificante”, como pedía Hegel), porque ella se propone como instancia de reflexión crítica sobre todas las fuerzas motivacionales, ya sean de carácter vital, religioso, “ético”-cultural, o sociales y jurídico-políticas, de las que no podrían por cierto prescindir el hombre en la vida práctica y la sociedad, pero que requieren al mismo tiempo una instancia discursivo-racional de autorreflexión crítica y de juicio moral.

3. LA MEDIACIÓN DE “ÉTICA”, MORAL Y DERECHO

Más delante sostendré que el procedimiento del discurso y las presuposiciones normativas de la argumentación o del diálogo racional se revelan como *condiciones necesarias de la intersubjetividad humana y de lo público político*, porque entran en juego en toda comunicación e interacción social, y constituyen al mismo

tiempo las fuentes de las normas de una Ética mínima.¹² Pero no se pretende decir con ello que estos principios sean ya la *condición suficiente* para reconstruir toda la riqueza de contenido de una eticidad concreta capaz de orientar la vida personal y la convivencia armónica de la sociedad. También Habermas ha advertido que: “El principio de la ética del discurso se refiere a un procedimiento, es decir, a la resolución discursiva de pretensiones de validez normativa, y en cuanto tal la ética del discurso se puede caracterizar correctamente como formal. Ella no da orientaciones de contenido, sino solamente un procedimiento: el discurso práctico, el cual no es por cierto un procedimiento para la producción de los contenidos, sino para el examen de la validez de las normas propuestas. *Los discursos prácticos deben recibir por lo tanto su contenido*” (Habermas, 1983, p. 113). Este lugar originario de los contenidos valiosos del *ethos*, o de las pretensiones de validez que son tematizadas por el discurso moral, es el mundo de la vida histórica de la sociedad y de la cultura.

Podría decirse que las teorías contemporáneas de la Ética normativa han tenido en cuenta las críticas de Hegel al formalismo de la moralidad kantiana, y en tal sentido su planteamiento es postkantiano; pero el procedimiento del discurso reclama para sí también la competencia para la crítica de las pretensiones de validez inherentes a la “ética”. El *ethos* sustancial es reconocido en esta relación solamente como punto de partida del examen crítico. Y en este último sentido la ética discursiva es también posthegeliana, y reactualiza contra Hegel el punto de vista de Kant, afirmando la superioridad del juicio moral sobre la tradición, las costumbres y las instituciones que pueden ser injustas o insensibles a ciertos derechos y a las nuevas exigencias de justicia.

Las formulaciones de Apel son bien claras con respecto a la reciprocidad de las relaciones de la interacción comunicativa del mundo de la vida “ética” y el discurso moral reflexivo: “La primacía sustantiva de las normas [mejor sería decir de los *valores*] del mundo de la vida, que son las que dan en la praxis el contenido al discurso moral, y el primado de la autorreflexión trascendental del discurso filosófico [en el orden de la fundamentación], no se excluyen, sino que se requieren mutuamente” (Apel, 1983, p. 415). El autor ha reaccionado por lo tanto con justificada indignación frente a las interpretaciones, que considera malintencionadas, de algunos neoristotélicos tradicionalistas, según las cuales el universalismo racionalista de la ética del discurso ‘declara como prohibido el *ethos* recibido’, mientras no sea “autorizado mediante el discurso” (O. Marquard). Incluso la ética apriorista de la razón kantiana es

¹² Cfr. también: A. Cortina *Ética mínima*, Madrid, 1996. Retomo en este punto mi exposición anterior en J. De Zan, *Panorama de la ética continental contemporánea*, Akal, Madrid, 2002, p. 62-66.

sencillamente mal comprendida cuando se la interpreta como respuesta a la pregunta: “¿Cómo es posible la ética prescindiendo de la experiencia de la vida?”, o cómo es posible la moralidad fuera del mundo “ético”, porque ya la ética de Kant era más bien “una respuesta a la pregunta: ¿cómo es posible un criterio universalmente válido para el juicio moral de las diferentes y siempre cambiantes experiencias de la vida?” (Apel, 1988, pp. 160 y 163).

La reflexividad crítica del discurso moral presupone *siempre* los contenidos “éticos” del mundo de la vida (el *ethos*) y no puede *nunca* cuestionar *in toto* sus presuposiciones. En esto los éticos discursivos se han dejado instruir por la comprensión del círculo hermenéutico de la precomprensión, a través de Heidegger y de Gadamer. No ignoran ni rechazan el reconocimiento de este a priori de la facticidad y de la historicidad, que es como el abecé de la filosofía continental y especialmente de la tradición alemana. El discurso práctico tiene lugar por otro lado cuando se ha producido en el mundo de la vida un conflicto o el cuestionamiento de una norma previamente aceptada. Normalmente no es el discurso filosófico el que introduce o genera desde fuera de la praxis los cuestionamientos (aunque también puede hacerlo). La necesidad del discurso se plantea entonces como medio para volver a reconstruir los consensos quebrados y resolver los conflictos a fin de que sea posible un nuevo entendimiento intersubjetivo que permita retomar la interacción comunicativa).

La autorreflexión del discurso moral presupone por cierto una diferencia y un distanciamiento frente al mundo de la eticidad histórica objetiva, pero no se trata ya de la autorreflexión de la pura conciencia subjetiva, conforme al paradigma del solipsismo metódico, sino que se trata del discurso como institución pública del reconocimiento intersubjetivo y de la resolución racional y razonable de los desacuerdos y conflictos acerca de pretensiones de validez en las relaciones interpersonales y en la vida social en cuanto comunidad de comunicación. Los discursos prácticos se sitúan ya en el espacio público de la vida social y de las instituciones de la eticidad; en la medida en que estas últimas, a su vez, se pueden considerar también en parte (en el Estado de derecho y conforme al principio de la legitimación democrática) como realización u objetivación de pretensiones de validez objetiva reconocidas, o de consensos sociales logrados mediante anteriores discursos y renovados en la interacción comunicativa cotidiana, parece entonces que “ética” y moral no deberían ya contraponerse, sino que en la sociedad moderna tienden a compenetrarse (o al menos a *solaparse*, para emplear una expresión de Rawls), en el sentido de una institucionalización de la moralidad y de una moralización de la eticidad, sin que nunca pueda desaparecer sin embargo su diferencia, porque con ello se le quitaría el piso a la autonomía de la conciencia moral y al juicio crítico independiente.

4. RAZÓN PÚBLICA Y DISCURSO JURÍDICO-POLÍTICO

De acuerdo a todo lo expuesto, en las sociedades contemporáneas el discurso político y el discurso jurídico tienen que integrar los tres tipos de discurso práctico que se han diferenciado anteriormente, porque las condiciones de racionalidad y de razonabilidad exigen de *las decisiones políticas y judiciales* 1) que se ajusten ante todo a los principios universales de la moral pública y a los derechos humanos, y que los hagan valer, 2) que sean respetuosas de la “ética”, es decir, de la forma de ser y los valores propios de las personas y de las diferentes comunidades, y 3) que sean pragmáticamente consistentes y realizables. El orden de la enumeración corresponde al orden de prioridad de las razones prácticas y de los tipos de validez que estas pretenden fundamentar: validez *moral*, “ética” y *pragmática*. La pretensión de validez específica que se juega en el discurso político, la *legitimidad*, es en lo fundamental la resultante de la integración de las tres anteriores, pero de tal manera que si alguna de ellas tiene un valor negativo, la validez política es nula. Es decir, por ejemplo, aunque una propuesta política sea muy loable desde los puntos de vista “ético” y moral, si es pragmáticamente irrealizable, carece obviamente de *toda validez* y tiene que ser desecharada; si desde el punto de vista pragmático tiene todas las razones a favor y favorece el bien común colectivo, pero su implementación lesionaría los principios morales de justicia o implicaría la violación de derechos fundamentales de algunas personas, su legitimidad es cuestionable y debe ser revisada, etc.

La validez del discurso jurídico se apoya fundamentalmente en el derecho, porque puede presuponer que el derecho y las leyes han integrado, mediante los procedimientos de su producción, los resultados de discursos políticos democráticos en los que se han expuesto y sometido a crítica los puntos de vista pragmáticos de la viabilidad, se han evaluado las consecuencias o los resultados posibles de su aplicación y se han tenido en cuenta los puntos de vista “éticos” y morales, todo lo cual fundamenta su legitimidad. La filosofía del derecho se tiene que interrogar si esas importantes presuposiciones, aún cuando los procedimientos legislativos funcionaran de manera ideal, alcanzan para tener resueltos de manera automática los problemas de aplicación del derecho a cada caso particular; y si esas presuposiciones con las que trabajan en principio los jueces los eximen de un examen personal, reflexivo y crítico de la justificación racional actual y de las consecuencias futuras de la aplicación de dichos precedentes jurídicos en sus decisiones, o de su validez y aplicabilidad al caso que ellos tienen que juzgar. En el capítulo 4 volveré sobre estas cuestiones fundamentales para una ética judicial. El funcionamiento del sistema jurídico no es como el movimiento mecánico de una máquina, de la cual los jueces fueran los últimos engranajes, sino que es un proceso discursivo de construcción, integración y transferencia de los diferentes tipos de validez racional (que han sido explicados más arriba como los temas de las tres clases de discurso

práctico). Estos diferentes tipos de pretensiones de validez no pueden reducirse a la validez lógica formal del razonamiento, ni pueden resolverse mediante la simple aplicación de las reglas de la lógica, aunque es obvio que estas reglas tienen que ser aquí también respetadas, como en todo discurso racional. Parece entonces que, toda vez que alguna de esas pretensiones de validez y, por lo tanto, la legitimidad de los precedentes jurídicos, hayan sido seriamente cuestionadas de manera razonable, o que el propio juez haya llegado a la conclusión de que hay sólidas razones (ya sean pragmáticas, "éticas" o morales) para decidir en contrario, su responsabilidad personal le exige producir una reinterpretación o la revisión de la ley. Se comprende por lo tanto que la función del juez no puede consistir en aplicar ciegamente, como autómata, la letra de la ley sin escuchar o tener en cuenta las advertencias fundadas en buenas razones sobre, por ejemplo, las desastrosas o trágicas consecuencias sociales, culturales o económicas de una decisión, ya sea para el procesado o para la sociedad. ¿Qué es lo que espera la sociedad de la alta investigación y del gran poder que le ha otorgado: que decida sin preocuparse, o sin pensar, y sin hacerse cargo del mal, de la injusticia o del daño que va a ocasionar al procesado o a la sociedad, según sea la decisión que tome? ¿Puede un hombre o una mujer, que son juristas, eximirse de toda responsabilidad personal cuando la aplicación rutinaria y mecánica de cierta legislación compromete o lesiona, en determinadas circunstancias, derechos fundamentales de las personas? En el mencionado capítulo 3 se analizarán los distintos marcos teóricos que permiten pensar diferentes soluciones a estos problemas morales de la profesión judicial.

Conforme a las condiciones de validez de todo discurso, y teniendo en cuenta especialmente las condiciones de legitimación en el contexto político de una democracia deliberativa, el discurso político, y también el discurso jurídico (con las modalidades que corresponde), tienen que estar abiertos a las opiniones y críticas de todos los ciudadanos. Para el discurso jurídico, sin embargo, la voluntad general se presupone ya dada en lo fundamental en el derecho y las leyes legítimamente sancionadas conforme a los procedimientos democráticos. Las decisiones políticas y las leyes pueden obedecer y justificarse también (como acontece la mayoría de las veces) mediante otro tipo de "discursos" (empleando ahora este término en un sentido muy amplio) orientados a la celebración de *pactos sociales* que no necesitan justificarse más que *como acuerdos de la voluntad* de diferentes sectores sociales sobre cuestiones de interés general, y mediante *negociaciones* y compromisos que equilibren la puja de intereses particulares no generalizables y potencialmente conflictivos. El discurso jurídico debe permanecer ajeno y mantener su independencia frente a tales procesos de negociación política, aunque después tenga que evaluar quizás la legitimidad de sus resultados, es decir, de las decisiones políticas y legislativas. Porque las estrategias de la construcción de los consensos sociales y políticos (que incluyen juegos de poder en los que se impo-

nen la pura sagacidad o las relaciones de fuerza, muchas veces en perjuicio de los derechos de los más débiles o de las minorías) no se legitiman tampoco por la mera facticidad de los acuerdos logrados mediante dichas negociaciones y juegos estratégicos de poder, o por la marginación del desacuerdo mediante una decisión por mayoría. *La validez o legitimidad de los resultados de estos procedimientos formales o informales del proceso político democrático, y del principio de la mayoría, está también condicionada a la racionalidad y a la razonabilidad de las condiciones pragmática, “ética” y moral de toda validez en general.* Los procedimientos de construcción política de las decisiones colectivas deben estar sometidos por lo tanto al control judicial de legitimidad desde estos puntos de vista, de los derechos y de la Constitución. Es por esta única razón que los jueces deben mantener su independencia frente a la política.

En las sociedades modernas, abiertas y pluralistas, las razones “éticas”, en el sentido restringido en que esta ha sido definida aquí, no forma parte de la *razón pública*, en el sentido de Rawls. Es decir que las posiciones derivadas del *ethos* y de los valores propios de los diferentes grupos sociales, religiosos, etc., no se pueden hacer valer como argumentos positivos en el discurso político y jurídico. La moral en cambio es la condición fundamental y constitutiva de la razón pública. Ahora bien, por razones específicamente morales, la razón pública tiene por lo menos un deber negativo de respetar la inviolabilidad de las concepciones “éticas” razonables, propias de las personas y de las diferentes comunidades que forman parte de la sociedad civil. Una cuestión disputada es hasta qué punto se debe aceptar además que la mayoría instrumente al Estado y a las instituciones públicas, incluyendo a la escuela pública, para promover positivamente la hegemonía de los valores “éticos” de la propia tradición nacional. En todo caso esta afirmación positiva de la “ética” debe respetar unos límites morales precisos, que son los derechos de las minorías.

Las ideologías políticas dominantes en la modernidad, tanto en Europa como en las Américas, presuponían que el Estado moderno tenía que tener en su base un *ethos* y una cultura nacional homogénea como fundamento de su unidad y de su soberanía política. Por eso los Estados nacionales desarrollaron de manera sistemática políticas culturales y educativas con el objetivo de borrar intencionalmente las diferencias culturales existentes en la sociedad y de construir e instituir una cultura nacional como el marco identitario de la ciudadanía política. *La cuestión de la identidad ha sido una política de Estado.* El Estado moderno llevó a cabo una política de inclusión y de exclusión que ha merecido con toda razón las más fuertes críticas y que es considerada hoy como reprochable y absolutamente inaceptable en la sociedad contemporánea. La construcción política de las identidades nacionales ha llevado muchas veces, y no solamente en la Alemania de Hitler, a los programas genocidas de limpieza étnica, como el que se llevó a cabo con la

llamada “conquista del desierto” en la Argentina del siglo XIX. Estas *políticas de identidad* se continuaron aplicando en nuestra sociedad casi hasta finales del siglo XX, con medios menos violentos en los períodos llamados democráticos, pero igualmente lesivos de la autonomía moral de las personas, de las diferencias de los grupos sociales y de las culturas regionales o locales.

Distintos procesos, pero sobre todo el creciente pluralismo de la sociedad civil y de la cultura actual, han contribuido finalmente a la inviabilidad y al abandono de hecho de las políticas tradicionales en el campo de la cultura y de la identidad. El desplazamiento del Estado nacional del centro de la escena ha tenido como efecto secundario la recuperación de las autonomías regionales y locales y la liberación de las identidades y de las culturas particulares que habían quedado aplastadas por la política unitaria del Estado moderno. Ahora se ve con claridad que, como ha escrito John Gray, “No necesitamos una misma identidad ni los mismos valores comunes para vivir juntos en paz. Lo que sí necesitamos son instituciones comunes en las que muchas formas de vida puedan coexistir”. El Estado actual, ha escrito Benjamín Barber, “es como un vecindario de extranjeros”.¹³ Los ciudadanos ya no pueden ni desean entenderse y sentirse unidos mediante el tipo de relaciones íntimas de la amistad ni del parentesco, como había descrito Aristóteles el vínculo “ético” constituyente de la antigua *polis*. En esta sociedad los individuos valoran sobre todo la vida privada y los espacios libres de la sociedad civil, son celosos de su independencia, de la libertad de pensamiento y de forma de vida, etc. Sin embargo, tampoco deberían tratarse con indiferencia. El hecho de vivir en el mismo país y de ser miembros de la misma sociedad política, o Estado, se podría pensar con el mencionado modelo de las relaciones entre vecinos, que tienen sus casas en la misma calle o en el mismo edificio y, si bien ninguno admite que el vecino se le meta en su propia casa para decirle cómo tiene que vivir, sin embargo están en el mismo barrio, por lo tanto, tienen muchos *intereses* comunes. Además, es de buenos vecinos interesarse por la salud del que vive enfrente, y darle una mano solidaria cuando lo necesita. En el contexto de estos cambios de la sociedad contemporánea se producen importantes corrimientos de las líneas de demarcación entre lo público y lo no público, que avanzan con velocidades muy desiguales en las diferentes sociedades y regiones del mundo, pero en todas partes se desplazan en el mismo sentido de la expansión de lo no público. ¿Qué es lo que queda entonces del proyecto (o del mito) de la modernidad sobre la comprensión omniabarcante de lo público? John Rawls ha defendido una concepción modesta, pero realista de esta idea en las condiciones

¹³ Benjamín Barber, “La democracia liberal y los costos del consenso”, en N. Rosenblum, *El liberalismo y la vida moral*, Buenos Aires 1993, p. 72.

de la sociedad actual y de las democracias liberales, la cual me parece muy importante, sobre todo para el discurso jurídico.

La idea de razón pública especifica al nivel más profundo los valores morales y políticos básicos [en nuestro léxico hablaríamos aquí más bien de *reglas* (JDZ) que restringen las relaciones de un gobierno democrático con sus ciudadanos, y de estos entre sí. Dicho en pocas palabras, concierne a cómo se ha de entender la relación política. Quienes rechazan la democracia constitucional rechazarán también obviamente la idea misma de razón pública [con sus importantes limitaciones]. Para ellos, la relación política podrá ser de amistad o de enemistad, según la pertenencia a una comunidad [en sentido fuerte], o no; o puede ser también una lucha incesante [en el sentido literal del estado de guerra] para imponer la verdad absoluta al mundo entero. Es claro que el liberalismo político no puede atraer a quienes piensan así (Rawls, 2001, p. 157).

La idea de razón pública de Rawls presenta un núcleo simple e intuitivamente plausible. Su desarrollo es bastante complejo y cuestionable en diversos aspectos, pero no podré entrar ahora en esa discusión. Me limitaré a rescatar aquí el núcleo aproblematizado de la idea. Rawls explica su idea de esta manera: todo agente racional y razonable, individual o colectivo, se fija un plan y una meta para sus actividades en el campo en el que está comprometido. El modo en que delibera en el marco de esos presupuestos son sus razones particulares. La razón pública es tal en cuanto 1) es la razón del público, o de los ciudadanos en general y en cuanto tales; 2) la finalidad que se busca en el ejercicio de la razón pública es el bien general o la satisfacción de un interés público. La existencia y el funcionamiento posible de una razón público-política se vinculan solamente con aquellos intereses que son comunes a todos. Presupone además que hay un acuerdo de los ciudadanos en la validez moral de los principios de justicia, en el mantenimiento de un orden constitucional aceptado y legitimado en cuanto institucionaliza dichos principios, e incluso un compromiso de cooperación en la busca del bien común. Los individuos saben al mismo tiempo que también están divididos por intereses divergentes, por creencias o concepciones comprensivas del mundo y de la vida, ideales “éticos”, religiosos, etc., que no pueden compartir con todos los demás. La razón pública es precisamente entonces la capacidad de los ciudadanos de explicarse unos a otros los fundamentos de su aceptación del orden constitucional común y de los principios que lo inspiran, y de justificar sus propias preferencias y acciones políticas, sin apelar a sus particulares creencias y concepciones del mundo y de la vida (filosóficas, “éticas”, religiosas, etc.) sino mediante razones tales que puedan tener una adecuada comprensibilidad y eventual aceptabilidad para cualquier otro ciudadano, es decir, que puedan ser apoyadas o discutidas con argumentos que pueden desplegarse y apoyarse en un terreno común a todas las personas razonables. Este es precisamente el tipo de las razones públicas. Hay muchas razones no públicas, pero una sola razón pública. Las primeras no se pueden hacer valer en el

espacio público y en el discurso político de una democracia pluralista como razones para fundamentar decisiones colectivas que involucran a todos los ciudadanos. Esto no debe interpretarse en el sentido de una restricción de la libertad de expresión y del derecho de las personas y de las comunidades religiosas, por ejemplo, a declarar, proponer y defender, o difundir públicamente sus creencias y valores.

[Las restricciones de la idea de razón pública] no se aplican a todos los debates políticos sobre cuestiones fundamentales, sino a aquellas cuestiones que caen dentro de lo que propongo llamar foro público. Este foro se puede dividir en tres partes: el discurso de los jueces en sus decisiones y, en especial, el de los magistrados en el Tribunal Supremo; el discurso de los funcionarios públicos y, en especial, el de los altos funcionarios del Ejecutivo y del Legislativo; y finalmente el discurso de los candidatos a los cargos públicos [...] La idea de la razón pública no se aplica de la misma manera en estos casos y en otros [...] se aplica de manera más estricta a los jueces que a otros, pero las exigencias de justificación pública de esta razón son siempre las mismas para todos (Rawls, 2001, p. 158).

La razón pública rige de un modo especial para el Poder Judicial, sobre todo para un tribunal en una democracia con poder de revisión judicial. Esto se debe a que los jueces tienen que explicar y justificar sus decisiones fundándolas en su interpretación de la Constitución y de las leyes antecedentes y relevantes [...] El especial papel de los tribunales de justicia los convierte en el paradigma de la razón pública [...] La razón pública es la única razón de que se vale el tribunal. Él es la única rama del Estado que es palmaria y visiblemente criatura de la razón, y sólo de tal razón. Los ciudadanos y los legisladores pueden votar de acuerdo con sus respectivas doctrinas comprensivas, más abarcadoras [...] y no necesitan justificar mediante la razón porque han votado como lo hicieron [...] Pero el papel de los jueces consiste precisamente en hacer eso, y al hacerlo no pueden exponer otra razón que la pública, ni otros valores que los de la razón pública-política, es decir, los principios de justicia del derecho y de la Constitución (Rawls, 1996, pp. 250-251 y 270-271).

Rawls propone dos restricciones fundamentales a la idea de razón pública. La primera se refiere a los temas que pueden ser sometidos a una decisión pública vinculante. Sobre este aspecto no necesito agregar nada aquí, porque esta demarcación es la que he tratado ampliamente en los apartados precedentes mediante la distinción de la "ética" y la moral, aunque el propio Rawls usa otro lenguaje, el de su propia teoría de la justicia. El único tema de la razón pública "es el bien público referente a cuestiones de justicia política fundamental, es decir, cuestiones esenciales de justicia básica", tal como se definen en *El liberalismo político*, VI, 5. El motivo de esta restricción es claro: porque se supone que en estas cuestiones de los principios constitucionales es posible un acuerdo democrático aún en una sociedad que se hace cada vez más pluralista, siempre que todos estén dispuestos a

poner en juego en este debate solamente razones públicas, es decir, independientes de los presupuestos teóricos y “éticos” de sus concepciones del mundo y de la vida. Una objeción que se puede hacer a esta demarcación de los contenidos de la razón pública es que parece identificar lo público-político con los contenidos del discurso jurídico. Los temas de la razón pública rawlsiana son importantes para diseñar el marco jurídico constitucional en el cual se pueden desarrollar los debates y las “luchas” político-sociales de la democracia, como las luchas por la inclusión social y el reconocimiento de los derechos, la competencia de los proyectos políticos rivales, las negociaciones entre intereses sectoriales o regionales conflictivos, etc. Las preguntas que tengo que dejar pendientes aquí son si este concepto de la razón pública no deja fuera de juego todo el campo de la política propiamente dicha, y cómo se articula este campo con la razón pública. No estoy seguro de si el propio Rawls tenía una respuesta para estas preguntas.

La exclusión de las cuestiones “éticas” sustantivas del *foro público* no implica desconocer sin embargo *el uso de la razón práctica en la “ética”* o considerar estas cuestiones como no racionales. A diferencia de lo que pensaron Kierkegaard y Wittgenstein (y siguen sosteniendo sus respectivos epígonos) yo creo que puede admitirse, con los comunitaristas como Ch. Taylor y A. MacIntyre, la posibilidad de un *discurso “ético”* diferente del discurso moral, pero que es más que una mera *conversación* privada en el sentido de Rorty. Aunque las pretensiones de validez que se dirimen en *los discursos éticos* no sean universalizables, se puede hablar también de *discurso* en la “ética” por cuanto no se trata de meros sentimientos, de intuiciones emocionales en el sentido de M. Scheler, o de preferencias idiosincrásicas, sino de valores comunicables y aptos para el reconocimiento intersubjetivo en el marco de un mundo de la vida, o de los contextos socioculturales de pertenencia. Pero estos discursos “éticos” sobre valores y modelos de vida se apoyan en presupuestos que pertenecen a un determinado *Lebenswelt* o que son reconocidos solamente en las comunidades particulares, a las que libremente hemos adherido. Lo que no puede aceptarse en las sociedades modernas, respetuosas de la pluralidad y las diferencias de las convicciones e ideales de vida, es que los contenidos sustantivos de las razones “éticas” pretendan hacerse valer en la esfera pública como universales. El pluralismo ético de las motivaciones del vivir no podría suprimirse sin lesionar nuestro sentido moderno de la libertad. Y no puede concebirse y mantenerse este pluralismo sin aceptar al mismo tiempo la inviolable privacidad de las convicciones “éticas” y de la libertad de conciencia. Esta comprensión viene a coincidir en *este* aspecto con la de R. Rorty cuando dice que él intenta “mostrar el aspecto que cobran las cosas si excluimos la exigencia de una teoría que unifique lo público y lo privado y nos contentamos con tratar las exigencias de creación de sí mismo y de solidaridad humana como igualmente válidas, aunque definitivamente incommensurables” (R. Rorty, 1991). La restricción

de los contenidos de la razón pública se refiere precisamente a “la aplicación de estas concepciones en los debates sobre normas coercitivas que se convierten en leyes legítimas de una sociedad democrática” (Rawls, 2001, p. 157).

Las cuestiones éticas, como la cuestión central, de sentido aristotélico, que MacIntyre considera fundante del concepto de virtud, acerca del “*telos* que constituye el bien de la vida humana completa concebida como unidad”, etc., son cuestiones que solamente admiten discusión y perspectivas de entendimiento en ámbitos particulares, libremente elegidos y recortados por los propios miembros de una comunidad de vida. En el contexto de la fractura de las grandes identidades colectivas y del multiculturalismo de la sociedad moderna parece que la “ética” se ha privatizado de manera irreparable. No sería correcto sin embargo hablar de la ética como un asunto meramente privado. Ello equivaldría a decir que en este ámbito ya no es posible ningún discurso, porque es claro después de Wittgenstein que no puede haber un lenguaje privado, y menos aún entonces un discurso privado. También J. Rawls se ha planteado este mismo problema y ha intentado no solamente conectar lo que él llama la razón pública con las razones no públicas de los diferentes grupos humanos, asociaciones e instituciones de la sociedad civil, sino mostrar como ellas se entrecruzan y pueden constituir un *overlapping consensus*, que se requiere para estabilizar la estructura básica constitucional de una sociedad bien ordenada.¹⁴ Por eso es además importante remarcar que: “La distinción de público *versus* no público no coincide aquí con la distinción entre público y privado, porque no hay algo así como una razón privada” (J. Rawls, 1996, p. 255).

Es preciso advertir además que la restricción de los temas o cuestiones marcada por este autor se refiere específicamente al “foro público”, que tiene un carácter institucional, estatal o paraestatal. De todos modos, la razón pública es una cosa demasiado importante para hacer de ella la razón de un foro especial y ligado

¹⁴ La expresión de Rawls se ha traducido como “consenso entrecruzado”; se entiende con ello el acuerdo de los ciudadanos y los diversos grupos sociales y el apoyo que le prestan a las instituciones de la democracia liberal y a la defensa de los derechos fundamentales de los individuos. No obstante las profundas diferencias de las doctrinas comprensivas (es decir de las convicciones filosóficas, éticas y religiosas, etc.), del trasfondo cultural y de las formas de vida de los grupos sociales, cada uno conecta y refuerza la fundamentación de los valores de la democracia y de los derechos humanos con los valores sustantivos de sus propias creencias, o con los recursos simbólicos de su cultura de base, y todos convergen en apoyar la estructura básica de la misma sociedad, aunque por razones o motivos diferentes. El consenso entrecruzado se funda también, sin embargo, en una doble exclusión: 1) se excluyen del discurso público las razones derivadas de las propias doctrinas comprensivas, 2) se excluyen del espacio mismo del discurso las doctrinas comprensivas no razonables. Lo que no encuentro aclarado en este autor es quién toma la decisión de estas exclusiones y cuál es el procedimiento para decidirlas. Este es un blanco de fuertes críticas al liberalismo político como un decisionismo encubierto, cf. Ch. Mouffe, “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”, en *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, nº 10, 2002, pp. 5-25.

al sistema de poder administrativo del Estado. La mayoría de los autores que han tratado estos asuntos hablan en cambio de “el espacio público”. Esta expresión resulta hoy sin embargo muy ambigua, porque en la teoría política anterior el espacio público era concebido como un espacio unificado y como el lugar propio de lo político, centrado en el Estado. En la teoría política más actual se suele emplear más bien en plural la expresión “los espacios públicos de la sociedad civil”, los cuales no son espacios meramente políticos, pero naturalmente son (de manera deliberada o no) *también políticos*. Y en una democracia deliberativa son los lugares fundamentales de la constitución de la opinión pública y del poder comunicativo, es decir, de lo político, en el que se apoya el sistema institucional y el poder administrativo del Estado. Está claro que los *discursos públicos* no tienen ninguna clase de restricciones temáticas en los espacios públicos así comprendidos, tampoco para Rawls, aunque él no haya empleado esta última expresión.

La otra restricción de la idea de razón pública en Rawls se refiere a los sujetos de la misma, los cuales están especificados en el párrafo citado más arriba. Me interesaba aquí especialmente ese texto por el significado paradigmático que le asigna el autor al lenguaje de los jueces para la definición de la idea misma de razón pública y porque, recíprocamente, propone una definición de la función judicial a partir de esta idea. Pero cabe preguntar si para el autor los jueces, legisladores y otros funcionarios son los únicos sujetos reconocidos y autorizados para hacer uso de la razón pública. El texto de Rawls tiene que ser releído e interpretado en el contexto del libro del que ha sido extractado, y de su teoría política. Creo que está claro que esta restricción tiene que ser comprendida en el sentido negativo de que estos sujetos solamente pueden recurrir para la fundamentación o justificación de sus decisiones oficiales a la razón pública, excluyendo toda otra clase de razones o motivos. Pero no que estos sujetos tengan el monopolio de la razón pública, porque “dicha razón es pública en primer lugar como razón de los ciudadanos libres e iguales, es decir: como la razón del público”, y su aplicación debe estar sometida “al control ciudadano para que los principios derivados de aquellas concepciones de justicia [en las que se basa la razón pública] satisfagan el criterio de reciprocidad” (Rawls, 2001, p. 156).¹⁵

Después de la quiebra del socialismo de Estado se puede ver más claramente que nunca que el error teórico fundamental del llamado socialismo real fue confundir el significado normativo de las ideas socialistas con la construcción y la imposición de un modelo de organización social rígidamente regimentado como una “forma de vida” planificada y sancionada con fuerza de obligatoriedad “ética”

¹⁵ Confrontar esta comprensión de las restricciones rawlsianas de la idea de razón pública con la del Prof. Osvaldo Guariglia, *Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico*, FCE, Buenos Aires, 2002, pp. 140-155. Si no lo interpreto mal, su lectura es diferente.

y jurídica para toda la sociedad. El fracaso de esta manera de concebir el socialismo y las desviaciones caricaturescas, por no decir macabras, de la práctica con respecto a los propios valores y a la “ética” en que se inspiraba, es el experimento moderno más instructivo de la inviabilidad histórica de *cualquier* proyecto “ético” colectivo en las condiciones de las grandes sociedades complejas y de los Estados modernos, por más nobles que sean los valores que se tratan de encarnar. Ese es el destino manifiesto de todo proyecto de restauración de una «ética» vinculante para toda la sociedad, sea de derecha o de izquierda. El error no está en el ala en que uno se ubique, sino en el corazón de esta clase de proyectos.

Sin embargo, el mayor riesgo de la sociedad occidental contemporánea no es ya el de la instalación de algún modelo constrictivo, cohesionado por fuertes motivaciones colectivas, sino la disolución de toda eticidad comunitaria, aun en las esferas de la vida privada, por el avance de la “colonización interna del mundo vivido” por parte de la racionalidad puramente instrumental y estratégica de los juegos competitivos del mercado o del poder burocrático gerencial. En este aspecto es preciso atender a las críticas comunitaristas de las democracias liberales en cuanto “formadas por individuos con proyectos orientados en su concepción del bien [o del interés] propio, pero sin ninguna concepción del bien sostenida en común y defendida por la sociedad misma. Esta parece ser la fórmula de una sociedad instrumental, que excluye por completo la forma republicana como una empresa común con la que se identifican los ciudadanos, en la que el lazo de solidaridad conlleva el sentimiento de un destino compartido y donde el hecho de compartir tiene valor por sí mismo”.¹⁶ Pero los comunitaristas más conservadores consideran que el cierre cada vez más asfixiante de la “jaula de hierro” de la racionalidad instrumental weberiana tiene su raíz en el politeísmo de los valores de la modernidad, el cual ha fragmentado a la comunidad y ha debilitado o anulado su capacidad de resistencia. Y por lo tanto la lucha de los neoconservadores fuertes se verá llevada a atacar ante todo la raíz del problema. Será una lucha cultural contra aquel politeísmo, es decir, contra el pluralismo de la sociedad moderna. Rawls y los filósofos del liberalismo político, en cambio, piensan que el pluralismo ha venido para quedarse en la sociedad, y que tiene que considerarse como un progreso de la libertad (el cual puede favorecer y estimular incluso la autenticidad y la vitalidad propia del *ethos* de las comunidades). Habermas apela precisamente a la *pluralidad* de los espacios públicos, de las iniciativas informales de la sociedad civil y de los movimientos sociales, como la instancia desde donde es posible pensar en un control democrático de la racionalidad estratégica y burocrática, en una recuperación de lo político y en el ejercicio de la ciudadanía como fuente del

¹⁶ Charles Taylor, “Propósitos cruzados: el debate liberal-comunitario”, en R. Rosenblum, o. cit., pp. 187-189.

poder comunicativo de una democracia deliberativa. En su teoría de la democracia deliberativa él pretende rescatar de la idea del socialismo el proyecto y las condiciones necesarias de las formas de vida emancipadas, sobre las cuales son los propios participantes quienes tienen que ponerse de acuerdo. Pero al mismo tiempo cree posible reconstruir ese proyecto como el núcleo normativo de la auto-organización democrática de una sociedad abierta, constituida como Estado de derecho.

La idea de la democracia deliberativa y del papel político protagónico de la sociedad civil no deriva en el anarquismo, ni en las utopías de la anulación de las mediaciones representativas y de la democracia directa. El pluralismo, la fragmentación y la complejidad de la sociedad contemporánea aleja más que nunca la posibilidad de pensar esas ideas utópicas. La construcción de los consensos sociales y la generación de poder político comunicativo tienen que poder canalizarse a su vez a través de las vías institucionales, jurídico-políticas. “La constitución de la forma del derecho [su coactividad respaldada en la fuerza del Estado] se torna necesaria para compensar las deficiencias [de cohesión y normalidad social] que se producen con la caída de la eticidad tradicional. Por cuanto la moral autónoma, apoyada solamente en los fundamentos racionales, alcanza para respaldar únicamente el juicio [pero no las conductas de los individuos y la forma de ser de la sociedad]. Con el pasaje al nivel de la fundamentación posconvencional la conciencia moral se desprende de la praxis tradicional en la que se había formado [...]” (Habermas, 1992, p. 145). En esta situación se hace especialmente necesaria la *compensación* de la debilidad práctica de una moralidad racional, que se actualiza como una forma de *saber*, y su complementación mediante el derecho, si bien la juridización de la moral tiene que ser muy austera o limitada, y mantener especialmente su independencia de la “ética”.

5. EL “SÍ MISMO COMO OTRO” Y LA JUSTICIA

Otra comprensión de los mismos problemas tratados en este capítulo, que enriquece y complementa los puntos de vista de los autores trabajados en los puntos anteriores, es la que podemos encontrar en Paul Ricoeur. La extraña expresión *sí mismo como otro* está tomada del título de uno de los últimos libros de Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, de 1990.¹⁷ Este título tiene la intención filosófica de disociar los dos significados de “identidad”, según que se la entienda a partir de las palabra latina “*idem*”, de la que deriva el término castellano, o de la palabra “*ipse*” que se traduce precisamente como “sí mismo” y denota otro nivel y otro significado de la identidad. La identidad *idem* connota ante todo permanencia siempre igual, sin modificaciones en el tiempo. Uno sigue siendo idéntico en cuanto sigue

¹⁷ Paul Ricoeur, *Sí mismo como otro*, México, 1996.

siendo igual que antes, es decir, en cuanto no ha cambiado y permanece en algún sentido inalterable. La tesis de Ricoeur será precisamente que la identidad en el sentido de *ipse* (o la ipseidad) tiene un sentido más profundo, pero “no implica sin embargo ninguna afirmación sobre un pretendido núcleo inalterable de la personalidad” (*o. cit.*, XIII). La expresión “sí mismo”, a diferencia de *idem*, presupone además una cierta relación dialéctica de *mismidad y alteridad*, del sí con otros, o frente a otros.

Ricoeur nos propone reflexionar sobre la diferencia de dos modelos de identificación y de permanencia en el tiempo que están subyacentes al hablar de nosotros mismos y que se pueden distinguir mediante estos dos términos, “a la vez descriptivos y emblemáticos: el *carácter* y la *palabra dada*” (1996, p. 112). Los rasgos del carácter permiten identificar al individuo como siendo el mismo a través del tiempo, no sólo numéricamente sino también cualitativamente. Esta identidad del carácter proviene del nacimiento, forma parte de lo involuntario de mi ser, no es elegida, pero tiene que ser asumida como una condición de la finitud humana. (Sobre este aspecto remite el autor a otro libro suyo, *Le volontaire et l'involontaire*, 1950). El carácter es en parte herencia natural y en parte herencia de la cultura, adquirida al crecer en una comunidad con determinados valores, costumbres y forma de ser. Bajo este último aspecto el que uno siga siendo el mismo (*idem*) depende también de la lealtad o fidelidad a su origen. Pero en otro aspecto, según piensa Ricoeur, este modelo de la identidad como permanencia del carácter conlleva el ocultamiento de la problemática de la diferencia del *idem* y el *ipse*.

Este “ocultamiento” del que habla Ricoeur, es el que tiene lugar, me parece, por ejemplo, en A. MacIntyre, en quien se borra la diferencia de los dos modelos de la identidad: “Soy hijo o hija de alguien [...] ciudadano de esta o aquella ciudad, miembro de este o aquel gremio o profesión [...] Como tal heredo del pasado de mi familia, mi ciudad, mi tribu, mi nación, una variedad de deberes, herencias, expectativas correctas y obligaciones. Ellas constituyen los datos previos de mi vida, mi punto de partida moral. Estas ideas posiblemente parezcan extrañas e incluso sorprendentes desde el punto de vista del individualismo moderno, según el cual yo soy lo que haya escogido ser, y siempre puedo, si quiero, poner en cuestión lo que aparece como meros rasgos sociales contingentes de mi existencia [...] Según el punto de vista narrativo del yo, sin embargo, la historia de mi vida está siempre embebida en la de aquellas comunidades de las que derivo mi identidad. He nacido de un pasado, e intentar desgajarme de ese pasado de manera individualista es deformar mis relaciones presentes. La posesión de una identidad histórica y la posesión de una identidad social coinciden. Tengamos presente que la rebelión contra mi identidad es siempre también un modo posible de expresarla” (*Tras la virtud*, Barcelona, 1984, pp. 271-272).

El otro modelo de identificación, que Ricoeur se esfuerza por diferenciar de ese determinismo del origen que encontramos en la imagen nostálgica de la sociedad tradicional trasmisida por MacIntyre, es el modelo de la fidelidad a las libres elecciones de la voluntad; el mantenimiento de la palabra dada, el cual pone de relieve la diferencia de la identidad como ipseidad frente a la mera permanencia del carácter. “El cumplimiento de la promesa parece constituir un desafío al tiempo, una negación del cambio: [el prometer es asegurar que] aunque cambie mi deseo, aunque yo cambie de opinión, de inclinación [de profesión], ‘yo me mantendré’ [en la promesa dada].¹⁸ Basta por sí misma la justificación propiamente ética de la promesa que está implicada en la obligación de salvaguardar la institución del lenguaje y de responder a la confianza que el otro ha depositado en mi fidelidad” (Ricoeur, 1996, p. 119). Este segundo modelo de la identidad es más capaz de vencer la contingencia del tiempo; es más fuerte y más significativo que la terquedad del carácter.

La diferencia entre la permanencia del carácter y el mantenimiento de la palabra como dos modelos de la identidad personal se conecta también esencialmente con la diferencia entre la ética y la moral; aunque el propio Ricoeur no explicita esta conexión, basta recordar el significado especial de la promesa en Kant como el más claro ejemplo de los deberes estrictos conforme al criterio de universalizabilidad de la ley moral. Por lo tanto, podríamos decir que su propia concepción fundamental en este libro no está centrada en la identidad del *ethos* (que está en el plano del carácter), sino en la identidad *moral* de la persona.

En el centro y en lo más profundo de la intención ética de la vida buena cree encontrar Ricoeur la actitud y el sentimiento de la *estima de sí*, la *solicitud por el otro* y la percepción de *sí mismo como un otro* con los otros. La solicitud por el otro no se agrega desde afuera de la estima de sí, sino que está ya implícita en ella, y sólo se requiere un trabajo de análisis fenomenológico para descubrirla como el despliegue de la esencial dimensión dialógica del sí mismo. La instancia de la alteridad es insoslayable y constitutiva de la propia identidad narrativa (dime con quien andas y te diré quien eres). Ninguna historia de vida humana es solipsista y monológica, sino que está esencialmente entrelazada con las otras historias con las cuales cada sí mismo está involucrado desde el nacimiento y se va comprometiendo hasta la muerte. La presencia y el acogimiento del otro, antes de ser un imperativo moral, es un constitutivo ontológico de la persona.¹⁹ El sí mismo solamente

¹⁸ El título del libro de A. Garapon sobre los jueces es, precisamente: *Le Gardien des promesses* (*El guardián de las promesas*). Hay en esta expresión una clara resonancia del pensamiento de Ricoeur, la cual se ha perdido lamentablemente en la traducción española que ha suprimido esa bella expresión, y titula: *Juez y democracia*, Madrid, 1997.

¹⁹ Cf. A. Fornari, en J. De Zan y otros, “Los fundamentos de la ética en la época contemporánea. Problemas y propuestas”, *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, nº 3, 1995, pp. 123-124.

llega a ser sí mismo y quien es por la mediación de la alteridad y el reconocimiento recíproco con el otro. Ya al realizar el primer acto de habla se dirige a un otro y no puede comenzar a decir yo sin presuponer el tú.

El sentido de justicia es para Ricoeur una ampliación de la dialéctica de la estima de sí y la solicitud por el otro, que se prolonga más allá de la relación interpersonal, cara a cara, en el plano de las instituciones y de la vida política donde el otro es “el cada uno sin rostro” que reclama una justa distribución de las cargas y beneficios de la vida en común, en la institución. Ya Levinas había señalado este camino: a través del rostro de este otro concreto se me revela “él”, la tercera persona, es decir, *todo otro hombre*. Y en esta dimensión ampliada del tercero, el otro sin rostro, se plantean las relaciones institucionales de justicia. Por institución entiende Ricoeur “las estructuras *del vivir juntos* de una comunidad histórica”. El fundamento de las instituciones de la vida en común no está, para Ricoeur, como para Aristóteles, en las reglas coactivas que fijan deberes y derechos, sino que la institucionalidad tiene su origen ante todo en la voluntad de vivir juntos, y se consolida mediante costumbres y sentimientos compartidos que configuran un *ethos* común a sus miembros. Es decir que tiene una raíz ética antes que moral o jurídica, aunque luego requiera también del apoyo de las normas. El sentido de la justicia emerge de la ética, del querer vivir juntos una vida buena, y no del punto de vista moral, de la prohibición y del sistema jurídico, aunque allí tendrá la formalización que confiere a las instituciones la coherencia y la protección que les permite adquirir estabilidad y perdurar en el tiempo.

En este punto recupera Ricoeur el concepto del poder, de Hannah Arendt, como opuesto a la violencia o a la fuerza y como resultado del querer vivir juntos y de la acción en común, o de la *praxis* (no *poiesis*), en el sentido de Aristóteles. A partir de estas fuentes de pensamiento quiero agregar que este lugar originario del poder que se transfiere luego a las instituciones y al orden político, un poder que no es “violencia legítima” (expresión contradictoria, que M. Weber trasmittió con éxito lamentable a la ciencia política contemporánea), permanece de ordinario *invisible* y se haya encubierto por las estructuras institucionales y las relaciones de dominación. (Habermas diferencia en este sentido *la génesis comunicativa del uso administrativo del poder*). Pero el estrato visible solamente existe y se mantiene sin apelar a la violencia mientras logra conectar con aquella base y canalizar algo de la fuente genuina del poder democrático. Esta fuente sólo se hace visible y sube al centro del escenario político de manera discontinua, en situaciones excepcionales, en los momentos fundacionales de las comunidades y de los Estados, en las circunstancias de crispación política en que el pueblo se vuelca disruptivamente a las calles para decir que no, y en “el caso serio” de las situaciones revolucionarias, en las que la irrupción del descontento de la multitud disuelve y barre todo un orden institucional jurídico-político que se ha desconectado de su fuente

del poder, se ha tornado ilegítimo y se sostiene solamente por la fuerza, porque ha devenido, a la vez, impotente e injusto.

El genuino poder que legitima y sostiene el vigor del poder administrativo de los gobernantes y de las instituciones, es al mismo tiempo la fuente del cuestionamiento que les sustrae ese poder, las desestabiliza y, finalmente, las hace caer toda vez que estas se desconectan de su base constitutiva y distorsionan o traicionan la intención ética más profunda de la institucionalidad de la vida en común. Lo novedoso de esta apropiación del pensamiento arendtiano sobre el poder por parte de Ricoeur, es que él ha puesto en esta base profunda y anterior a las instituciones y a sus formas jurídicas la raíz del sentido de la justicia y del reclamo de justicia como una exigencia ética, antes que jurídica y política. Y por esta vía intentará proveer a las teorías de la justicia, como la de Rawls, de otro fundamento independiente, más profundo y más potente que el del construcciónismo racional y contractualista. “Por evasivo que sea el poder en su estructura fundamental; por débil que él sea sin la ayuda de una autoridad que lo articule en sus fundamentos más antiguos, es él, en cuanto querer obrar y vivir juntos, el que aporta a la intención ética el punto de aplicación de su tercera dimensión indispensable, *la justicia*” (Ricoeur, 1996, p. 230).

La justicia como la primera virtud de las instituciones es la intención ética que tiende a poner la dominación política bajo la dirección y el control del poder social. Esta tarea podría caracterizar el proyecto definitorio de la democracia. Pero es sin embargo una tarea siempre inacabada, y “nada es más grave como el confundir el poder con la dominación [...] si el poder es la fuente olvidada de la dominación [...] es incontestable la ausencia de paralelismo entre la autonomía moral y lo que sería para un pueblo la autolegalización mediante la cual la dominación no haría más que arrancar del olvido el querer vivir juntos y el actuar en común de un pueblo” (Ricoeur, 1996, p. 283). Ricoeur se separa con esto de la utopía democrática en la cual la dominación se suprimiría como tal para dar lugar al puro poder inmanente a la praxis, en el sentido de H. Arendt. El propio Kant, influenciado por Rousseau, había sostenido que: “El poder legislativo sólo puede corresponderle a la voluntad unificada de todo el pueblo, de quien debe emanar todo derecho [...] Por consiguiente sólo puede ser legisladora la voluntad consensuada y unificada de todos” (*Doctrina del derecho*, § 46). La crítica liberal ha insistido, como se sabe, en que este concepto de la voluntad unificada del pueblo es una ficción que sólo podría realizarse suprimiendo las diferencias y la heterogeneidad de las voluntades individuales. Es claro que la posición de Ricoeur tiene en cuenta este tipo de críticas y por eso contradice la propuesta rousseauiana de H. Arendt. Pero esta es una discusión abierta, y sin dudas fundamental, en la filosofía política contemporánea, en la que ya no podré entrar ahora.

C a p í t u l o 3

¿QUÉ ÉTICA?

En los capítulos anteriores se ha tratado de aclarar qué es la Ética y sus relaciones con el derecho. Ahora quiero presentar un panorama de las teorías éticas contemporáneas que pueden ofrecerse como candidatas para ayudar a pensar la ética del derecho y de la profesión judicial. No se trata ahora ya de *qué es la Ética* en general, sino de *qué ética* en particular es más plausible en sí misma y recomendable para este campo de aplicación. Aquí tengo que dejar por lo tanto el plano de las definiciones conceptuales para cavar un poco dentro de los contenidos morales de la Ética.

En el capítulo 1 se han identificado diferentes niveles de reflexión y campos disciplinarios de la Ética, se han dado definiciones conceptuales generales de los mismos y algunas referencias sobre sus contenidos. En este capítulo voy a presentar y a discutir algunas teorías éticas que se ubican en esos campos diferentes de la *ética positiva*, la *metaética* y la *ética normativa*. Este panorama no pretende ser un relevamiento completo de las teorías éticas y no está guiado por una intención meramente histórica o ilustrativa, sino por el interés filosófico de la construcción sistemática de un pensamiento ético filosófico que pueda ayudarnos a pensar los fundamentos, los procedimientos y las orientaciones razonables para la vida moral y para la actividad profesional.

En las décadas centrales del siglo que acaba de terminar, la Ética aparecía como una disciplina menor o de segundo orden en el campo de las investigaciones y de los debates de la filosofía contemporánea. Esto se puede verificar de algún modo tanto en el neopositivismo, como en el existencialismo y el marxismo, que eran las filosofías hegemónicas en los diferentes continentes culturales. En la sociedad se imponían más bien las actitudes y conductas transgresoras y el ansia de liberalización de las costumbres contra las pautas tradicionales y el fariseísmo, sobre todo en materia de moralidad sexual. El progresismo social y político, influenciado por el marxismo, no apelaba a la

ética, asimilada más bien con el conservadurismo burgués y con los mecanismos ideológicos de legitimación del sistema capitalista, sino al cambio revolucionario de las estructuras económico-sociales. Las últimas décadas del siglo, en cambio, han traído aparejada en cierto modo una inversión de estos pensamientos y valoraciones. Ahora la ética parece haberse puesto de moda. Los cuestionamientos morales de los personajes públicos, las denuncias de corrupción, etc., "hacen tapa" con mucha frecuencia en los grandes diarios, y los escándalos morales de todo tipo alcanzan elevadas mediciones de audiencia en las pantallas de TV. La cultura contemporánea ha tomado conciencia por otro lado de la efectiva seriedad de algunas cuestiones de carácter eminentemente moral del mundo actual, como los problemas bioéticos de la manipulación genética y de la ecología, de los derechos humanos, del crecimiento extravagante de las desigualdades, de la exclusión social, del hambre, de la drogadicción...

En el campo disciplinario de la filosofía se ha producido en las últimas décadas del siglo XX un renacimiento paralelo de la teoría ética, relativamente independiente de los mencionados fenómenos sociales, y no siempre convergente con ellos. En las décadas de los años 1960 y 1970, en los que vieron la luz la *Transformación de la filosofía* de K.-O. Apel, el programa de *la ética discursiva* impulsado al mismo tiempo por J. Habermas, la propuesta del principio semántico de universalizabilidad de R. M. Hare, la *Teoría de la justicia* de J. Rawls, etc., la renovación contemporánea de la ética aparecía definitivamente orientada en la línea de la moralidad universalista de inspiración kantiana. Durante las décadas posteriores, las investigaciones y los debates del campo de la filosofía práctica han continuado creciendo y puede decirse que han pasado a ocupar un lugar central en la investigación filosófica. Si se observan las revistas filosóficas, libros, congresos y otros eventos académicos en el ámbito internacional, se puede comprobar que los temas de filosofía práctica (ética general y aplicada, bioética, filosofía política y otras temáticas conexas) son los más frecuentemente tratados y debatidos en la filosofía actual. La cuestión moral se ha popularizado incluso en el fin de siglo a través de escritos pedagógicos, sociológicos, políticos, ensayísticos y periodísticos. En este nuevo escenario, el universalismo moral de orientación kantiana no se ha mantenido sin embargo pacíficamente en posición dominante, sino que ha sido puesto a la defensiva. El cuestionamiento de las pretensiones, consideradas desmedidas (y hasta peligrosas), de la Ética filosófica de fundamentar principios morales universales, en el que convergen las orientaciones del pensamiento que han tenido viento a favor en los últimos tiempos, proviene de motivaciones diferentes a la negación anterior de la ética normativa por parte del neopositivismo y de la filosofía analítica, que objetaban la posibilidad de la justificación racional de los juicios morales. Aquella se apoyaba en razones lógicas y epistemológicas, en un concepto científico, demasiado estrecho, de la justificación racional. Los nuevos cuestionamientos de la moralidad universalista vuelven en cambio contra ella mis-

ma la acusación de ser demasiado estrecha, de pretender una científización de la Ética, trasladando al campo de la praxis y de la vida la idea de racionalidad propia de la época de la ciencia. Se proponen como contrapartida una ética de la vida buena, de la virtud y de la felicidad, o de la subjetividad, de la autenticidad y la recuperación del sentido de la eticidad aristotélica (cf. J. De Zan, 2002). La proliferación de la literatura filosófica y de teorías rivales hace muy difícil para el lego en la materia (y también incluso para los expertos) abrirse camino y orientarse en el abigarrado escenario de este campo. En esta exposición tendré que ser por lo tanto muy selectivo y esquemático.

1. ÉTICA POSITIVA. LA MORAL DE LOS SENTIMIENTOS

Para comenzar, y de modo introductorio, me parece adecuado exponer en primer término la concepción ética más sencilla y menos problemática que encuentro disponible, que es la que manejan los antropólogos y los sociólogos cuando describen las pautas morales de una cultura o de un grupo social. Cuando estudian la moral de las comunidades primitivas se refieren los antropólogos a un sistema de normas que existe en virtud de *una presión social difusa*. Bajo este aspecto las normas morales aparecen como una clase de *reglas sociales*. Esta *moral positiva* es incluso una institución social fundamental, cuyas normas conllevan un tipo de sanción interna, a diferencia de la sanción o penalidad externa del derecho, como ya se ha dicho. En el capítulo 1.5 he mencionado este concepto de la moral del que se ocupa la *ética descriptiva*, que puede estar centrada, según los autores, en la *psicología* o en *sociología moral*. En el capítulo 8.3 tendré que volver sobre el tema al definir qué *tipo de reglas* encontramos en él. Ahora voy a reseñar una teoría ética que, según mi manera de ver, puede ubicarse en este nivel y que denomino “ética de los sentimientos”. Este tipo de filosofía moral se reencuentra a lo largo de toda la historia de la Ética, especialmente en la época moderna, dentro de la tradición del empirismo inglés y más cerca, en la fenomenología alemana, especialmente en Max Scheler. Aquí me voy a limitar a una versión más reciente de esta línea de pensamiento que pone de relieve la dimensión intersubjetiva de los sentimientos morales y su funcionamiento hasta cierto punto sistémico en la vida social.

Las exigencias morales tienen como contenido formas de conducta que son constitutivas de la forma de ser de una comunidad y de una cultura particular, en las sociedades tradicionales; o constitutivas de la cooperación social básica que los individuos y los grupos humanos, en cuanto miembros de las complejas sociedades modernas, e independientemente de sus diferencias culturales, se exigen recíprocamente y tienen que presuponer en sus relaciones, como condiciones mínimas indispensables de una convivencia previsible y pacífica.

La sanción moral se hace efectiva mediante actitudes y sentimientos como la *indignación ajena* y la *vergüenza propia*. Estos son dos sentimientos morales básicos y correlativos. Y quien ha perdido la sensibilidad para experimentar estos sentimientos carece de toda moral. Es característico de la indignación que sólo se refiere a la maldad moral (cf. P. F. Strawson, 1995). “En la indignación se expresa la más profunda conmoción de la persona que reacciona frente a una acción moralmente mala” (E. Tugendhat, 1997). Las malas acciones que provocan esta reacción de la indignación no son “malas” en un sentido técnico o funcional, sino en cuanto lesionan la comunidad moral, porque cometan injusticia con otras personas en particular o porque cometan fraude contra la sociedad en su conjunto, y constituyen comportamientos antisociales, contradictorios con la propia identidad del sujeto en cuanto miembro de una comunidad. Lo que está mal hecho técnicamente puede ser objeto de *crítica*, pero la mala acción en sentido moral merece *censura*, y la censura moral se dirige a la propia persona del que ha obrado mal. La censura de la indignación es *un acto de exclusión* de la comunidad de las personas morales. La vergüenza es también un sentimiento moral cuando se conecta con la indignación de los otros, como sentimiento de pérdida de valor como persona ante la mirada de todos los demás. El reconocimiento de su valor moral es esencial para el ser mismo de la persona en cuanto tal. La sanción moral es en este sentido la más profunda. La censura o la condena moral significan en cierto modo la pérdida de ese reconocimiento de nuestros semejantes, que es esencial para la autoconciencia de la persona y constitutivo de su propio ser. La vergüenza es el sentimiento que acompaña a la experiencia de esta situación de la pérdida del reconocimiento de los demás como persona decente y respetable y del rechazo de la comunidad. La vergüenza y el sentimiento de culpa pueden motivar o mover al *arrepentimiento* y a la reparación del mal que amerita el *perdón*. Este es otro par de sentimientos *correlativos* importantes que juegan de manera muy diferente en la moral y en el derecho. Hay muchos otros sentimientos moralmente relevantes que motivan las acciones humanas y que son frecuentemente analizados, como la simpatía, el amor, el odio, la envidia, el resentimiento, etc.

La sanción moral de la indignación de los semejantes puede llegar a tener una fuerza formidable, aunque es una sanción puramente interna, espiritual, y aunque sólo es sensible a la sanción de la indignación o de la excomunión de la comunidad moral, quien la ha internalizado como sentimiento de culpa y de vergüenza, porque *le importa* el reconocimiento y la pertenencia a *esta* comunidad.¹ La moral es en este sentido una institución social de características muy

¹ En tal sentido los delitos aberrantes, como matar a un niño de clase media para robarle la bicicleta, o las zapatillas, como los que nos horrorizan y nos parecen incomprensibles en la Argentina actual, deben interpretarse a como signos de la *gran fractura* de esta sociedad; de que los delincuentes no se experimentan como parte o miembros de nuestra comunidad, ni les importa nuestra indignación moral, sino que incluso, quizás, en el fondo desean provocarla, como venganza, porque tienen conciencia de *ser excluidos*, y esta es su pertenencia.

especiales porque el juicio moral se refiere formalmente a la persona misma, es decir, a la intención o a la voluntad del sujeto de la acción, y porque sus normas, a diferencia de la sanción o penalidad externa del derecho, conllevan este tipo de sanción interna, la cual no carece sin embargo de manifestaciones sociales que pueden ser también muy significativas, pueden movilizar los procesos judiciales y producir efectos políticos relevantes, como es el caso de la indignación frente a los daños sociales provocados por la incompetencia culposa, la irresponsabilidad o la deshonestidad de un profesional o de un funcionario público. En los últimos tiempos hemos visto de hecho como los partidos políticos y los candidatos apelan a los sentimientos morales de la gente en las campañas electorales. En el capítulo 8.4 sostengo que debería analizarse más críticamente esta utilización política de la moral, porque *si bien no se puede hacer política sin moral, tampoco se debe hacer política con la moral*. Esta es una estrategia fraudulenta, una forma de distorsión y vaciamiento, tanto de la política como de la moral. Pero, de todos modos, el recurso de los políticos a la moral como bandera de la lucha por el poder, y el rédito electoral de tales campañas, son una prueba de la fuerza social que pueden llegar a tener algunas veces los sentimientos morales.

Existen males sociales o injusticias, sin embargo, frente a los cuales la moral positiva de los sentimientos puede desorientarse y se revela como insuficiente. El estancamiento o la recesión económica que produce el cierre de fuentes de trabajo, etc., con el consiguiente empobrecimiento de grandes sectores sociales, la desocupación, la marginalidad y la exclusión social, que suelen ser el resultado de políticas equivocadas o de falta de políticas y de imprevisión de los gobiernos (por ejemplo frente a las transformaciones producidas por la globalización) son procesos complejos que se desarrollan en el tiempo y que tienen muchos responsables directos e indirectos, pero sus rostros están desdibujados detrás de un sistema anónimo. Entonces los sentimientos morales se confunden. En la medida en que las personas no han perdido la sensibilidad moral tienen que experimentar al mismo tiempo ambos sentimientos, de indignación y de vergüenza ante el sufrimiento de sus semejantes en esta situación. La indignación busca muchas veces chivos expiatorios en quienes descargar su enojo. Marx preveía la transformación de la indignación en odio de clase. Pero esta previsión fracasó. Como lo señalaba Marcusse, “Los jefes y propietarios han perdido su identidad como agentes responsables; asumen la función de burócratas de la gran máquina corporativa del sistema. Está en su interés personal incluso el mejoramiento de la situación del trabajador [...] El rostro visible del explotador desaparece tras la fachada de una racionalidad objetiva. Con ello la indignación y el odio se ven privados de su objeto específico” (H. Marcusse, 1964).

2. METAÉTICA. EL LENGUAJE MORAL

Quiero introducir ahora algunas precisiones y análisis conceptuales que nos permitirán avanzar más allá del concepto sociológico de la moral positiva, para alcanzar el nivel de las concepciones más filosóficas de la Ética. *Una moral positiva* está formada por el conjunto de los juicios morales de los que dispone alguien, o un grupo, los cuales están conectados con un trasfondo de las valoraciones y sentimientos. El análisis metaético del lenguaje moral nos permite comprobar que los juicios morales pueden tener la forma de imperativos o de enunciados de deber, en cuyo caso expresan exigencias u obligaciones recíprocas que se plantean los miembros de un grupo humano o de una sociedad; pero pueden ser también apreciaciones pronunciadas con oraciones en indicativo, mediante expresiones valorativas, especialmente con los predicados “bueno” y “malo” (Tugendhat, 1997, 34). Ahora bien, estas dos clases de juicios morales están estrechamente conectados porque las exigencias u obligaciones remiten a las valoraciones morales y el no cumplimiento de las obligaciones tiene como consecuencia la desaprobación que juzga la acción u omisión como mala. En el lenguaje moral, “bueno” y “malo” expresan valoraciones que no son relativas a determinados fines, sino que son expresión de “valoraciones gramaticalmente absolutas”, como predicados sin ninguna acotación complementaria o referencia implícita relativa a fines o resultados esperados (cf. Tugendhat, 1988, p. 80). Es decir que “bueno” y “malo” en sentido moral no significan lo mismo que *bueno (o útil) para...*, sino que son predicados no relativos a otra cosa, y se atribuyen primariamente a personas: “hombre bueno” o “decente”; “buena o mala persona”.

Uno de los problemas que se plantea la teoría ética es el de la validez relativa o universal, y de la posibilidad de fundamentación racional de estos juicios. En la moral social positiva están normalmente motivados por los sentimientos morales de los que hablamos al comienzo. Estos sentimientos tienen, a su vez, el respaldo de un trasfondo de convicciones o creencias y valores compartidos en cada cultura, los cuales conforman el *ethos* con el que se identifican los miembros de una comunidad. El *ethos* es un supuesto último y fundante que no necesita y no puede ser enunciado porque está ya siempre presupuesto y entrelazado con la forma de ser y el modelo de vida que constituye la identidad más profunda de un grupo humano. En este nivel (pero solamente en él) vale la aclaración ya citada de Richard Rorty cuando dice: “el significado central de la expresión *acción inmoral* es ‘el tipo de cosas que nosotros no hacemos’ [...] Si las hace uno de nosotros, o si las hace reiteradamente, esa persona deja de ser uno de nosotros [...]” (R. Rorty, 1991).

En las sociedades actuales, en las que no existe ya aquella homogeneidad cultural de las comunidades premodernas, predomina una dinámica de diferenciación y movilidad interna, y de apertura e intercambio, que favorece el creciente

pluralismo de los valores y formas de vida. En este contexto adquiere validez la reflexión metaética que muestra que las concepciones de la vida buena de las diferentes tradiciones culturales, apoyadas en sus concepciones antropológicas y en sus creencias metafísico-religiosas, etc., solamente pueden ofrecer *fundamentaciones relativas de la ética*, porque dependen de esas creencias y valores particulares, que no pueden presuponerse como universalmente válidos y reconocidos por todos. La hermenéutica y el contextualismo reafirman esta vinculación de los valores culturales y de la “ética” con la identidad particular, histórica, de cada comunidad. Esta situación ha favorecido el desarrollo de las concepciones relativistas y subjetivistas de la ética, que tuvieron auge primero con el existencialismo en la filosofía continental europea y con la filosofía analítica anglosajona de mediados del siglo XX, y que han cobrado nueva fuerza después en las décadas finales del siglo, sobre la base de presupuestos diferentes, a través del pensamiento de los filósofos llamados posmodernos. En esta última línea de pensamiento se ha radicalizado la crítica de la razón y del universalismo moral, pero no se han producido sin embargo teorías éticas alternativas. Voy a indicar ahora de la manera más sencilla y esquemática posible la explicación metaética del relativismo y del subjetivismo moral en general.

El relativismo moral asume a menudo la forma de una teoría rudimentaria sobre el lenguaje valorativo y normativo (relativismo metaético) y sostiene la tesis de que este tipo de enunciados se deben comprender solamente como *expresivos* de ciertos determinantes históricos contingentes y de las creencias particulares de una cultura. No tiene sentido, por lo tanto, pretender una justificación racional de la validez objetiva y universal de los principios y juicios morales. Esta forma de relativismo metaético tiene en su base una teoría del lenguaje moral como *lenguaje expresivo*, que manifiesta vivencias o sentimientos del propio sujeto hablante, o de su grupo de pertenencia, pero carece de significado objetivo.

Otras veces el relativismo moral se presenta además como una posición normativa acerca de *qué actitudes debemos* asumir frente a las prácticas de otras personas y grupos humanos que se orientan por valores incompatibles con los que nosotros aceptamos (relativismo normativo) y sostiene que es incorrecto juzgar sus prácticas o discutir sus valores conforme a nuestros criterios morales, por cuanto nuestros propios valores son tan relativos como los de ellos.

El relativismo moral se suele asociar con la actitud de *la tolerancia y el respeto de las diferencias*. Pero los principios de la tolerancia y del respeto de las diferencias son verdaderos principios morales que deben observarse en toda sociedad, y el relativista niega la pretensión de validez universal de tales principios morales. (El relativista normativo debería tolerar por lo tanto al intolerante y, conforme a su concepción metaética, no podría defender tampoco mediante un discur-

so su propia actitud de tolerancia frente a la impugnación de dogmatismos fundamentalistas). El no relativista, en cambio, que sostiene la posibilidad de la justificación racional de “verdades” morales objetivas universalmente válidas, puede justificar el deber de la tolerancia y del respeto de la alteridad como principios morales (¡sin desconocer por cierto que existen muchas concepciones no relativistas que son dogmáticas e intolerantes!). El sentido de la tolerancia no es patrimonio exclusivo de los relativistas, y puede sostenerse de manera más consistente en el contexto de una ética no relativista.

Otras teorías metaéticas que suelen relacionarse con el relativismo y, aunque presentan diferencias teóricas relevantes, desde el punto de vista del interés práctico de la ética tienen resultados similares, son el subjetivismo, el emotivismo y el prescriptivismo, por lo menos en alguna de sus formulaciones. *El subjetivismo* interpreta las expresiones morales como enunciados referentes a las actitudes o sentimientos del propio sujeto hablante, de manera que cuando una persona dice que X es bueno, o malo, nos está informando con estas expresiones simplemente que ella aprueba, o desaprueba X. Si la persona habla con sinceridad estos enunciados son *siempre verdaderos*, cualquiera sea su contenido. Si las expresiones morales se entienden de esta manera subjetivista no podría haber desacuerdos ni controversias, como no lo puede haber acerca de las manifestaciones de agrado y desagrado, o de placer y dolor, o de los enunciados de un sujeto *referentes* a estas vivencias interiores de su propia subjetividad.

El *emotivismo* sostiene, en cambio, que los juicios morales no enuncian ni describen nada, sino que hacen un uso expresivo del lenguaje y, por lo tanto, no pueden ser *ni verdaderos ni falsos*. Pero al expresar mis sentimientos como juicios morales (y no como meras expresiones de agrado o desagrado) lo hago con la intención perlocucionaria de *producir dichos sentimientos* en el oyente, es decir de *causar un efecto moralizador*, y de *ejercer una influencia* sobre la conducta de los demás. Para el emotivista, al decir que una acción X es mala, o no se debe hacer, no informo con ello sobre el hecho de mi sentimiento de rechazo frente a X, ni lo describo, sino que lo expreso simplemente, o lo manifiesto, pero al mismo tiempo, *al hacer esto* con el lenguaje, estoy intentando que los demás dejen de hacerlo con sus prácticas. En tal sentido R. Rorty aclara que su programa moral consiste en manipular los sentimientos de la gente para que cesen de hacer ciertas cosas. La pregunta que debería plantearse aquí es cómo justifica el emotivista su derecho a hacer eso. El prescriptivismo comienza por acentuar esto último al sostener que las expresiones morales no hacen un uso expresivo, sino un *uso directivo o apelativo del lenguaje*. Estas concepciones, en la medida en que no reconocen la posibilidad de una justificación racional de los juicios morales, pueden considerarse de algún modo como diferentes variantes del *escepticismo ético*.

Se ha considerado con buena razón que la raíz del escepticismo que reencontramos en estas teorías éticas de la filosofía contemporánea, las cuales han tenido su auge en las décadas centrales del siglo XX, se encuentra en los presupuestos empiristas y positivistas de la epistemología canónica dominante. “El argumento principal de los escépticos en materia ética suele tener estos simples lineamientos: 1) los juicios de valor serían racionalmente demostrables si, como los juicios empíricos, tuvieran como contrapartida ciertos hechos públicamente accesibles. 2) Pero no hay tales hechos o, en todo caso, ellos no son cognoscibles en forma intersubjetiva. 3) Por lo tanto, los juicios de valor no son susceptibles de corroboración racional”.²

3. REVISIÓN DEL PROBLEMA METAÉTICO DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA ÉTICA

En un lenguaje metaético más actual podría decirse que el escepticismo de las teorías éticas contemporáneas, tanto en la tradición del empirismo anglosajón, como del existencialismo continental y del pensamiento posmoderno, ha sido tributario de una filosofía del lenguaje (implícita o explícita) que se apoyaba en una teoría semántico-referencial del significado y de la verdad, construida a medida del lenguaje de las ciencias físico-matemáticas, según la cual “el significado de una proposición es el modo de su verificación”, y cuya expresión más dura había sido la fórmula del criterio empirista de significado del positivismo lógico: “Una expresión es literalmente significativa si, y sólo si, es analítica o empíricamente verificable”.³ La expresión “literalmente significativo” se entiende en esta formulación como susceptible de ser mostrado como verdadero o falso. La verdad o falsedad de los enunciados analíticos, como los de la lógica y las matemáticas, se muestra mediante el análisis de la definición de los términos; todos los demás enunciados son significativos si pueden ser verificados o falsados mediante la observación empírica. Como los enunciados morales normativos y los juicios de valor no son ni analíticos ni empíricamente verificables, esta teoría encontraba dificultades insalvables para la comprensión del significado y la validez del lenguaje moral.⁴

En el nuevo contexto teórico del *giro pragmático* de la filosofía más reciente, que parte del segundo Wittgenstein y del giro hermenéutico de la filosofía postheideggeriana, se ha abandonado aquella filosofía del lenguaje y se pone en evidencia, en cambio, que el significado y la validez de todo lenguaje (aún del

² Carlos Nino, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, 1984, p. 66.

³ A. J. Ayer, *Language, Truth an Logic*, 2^a ed., 1946, p. 9. Hay traducción castellana: *Lenguaje, verdad y Lógica*, Eudeba, Buenos Aires.

⁴ Cf. W. D. Hudson, *La filosofía moral contemporánea*, Madrid, 1974.

lenguaje de la física) son constitutivamente intersubjetivos. El significado es *el uso del lenguaje*, y se construye mediante la comunicación entre los hablantes. Las pretensiones de validez (verdad, rectitud moral, justicia) no se plantean en el marco de la relación sujeto-objeto del conocimiento, sino que son pretensiones de reconocimiento que los sujetos se plantean recíprocamente en el discurso. Las pretensiones de validez de los diferentes tipos de actos de habla (incluso de los constatativos, que hacen un uso descriptivo del lenguaje con referencia al mundo objetivo de los estados de cosas o acontecimientos) solamente se puede justificar o acreditar mediante la confrontación de datos y argumentos en un discurso. La validez de las razones o de los buenos argumentos tiene que poder examinarse en un discurso abierto a todas las objeciones y contrargumentos posibles. Mis intuiciones y creencias, o mi manera de ver e interpretar las diversas experiencias, que son fuentes de conocimiento, tienen que trascender su carácter de vivencias interiores del mundo subjetivo, o de *certezas privadas*, para articularse en un lenguaje comunicable y público, en el cual solamente pueden confrontarse y adquirir el rango de un *saber* con pretensiones de validez objetiva.

La teoría discursiva de la justificación racional sitúa, de esta manera, en el mismo terreno el problema de la fundamentación de la ética y el problema de la verdad teórica como problemas diferentes pero que requieren el mismo tipo de tratamiento discursivo y que están conectados entre sí. En el marco de la relación sujeto-objeto del solipsismo metódico de la filosofía de la conciencia (que es todavía el de las teorías semánticas de la verdad) no se pueden plantear adecuadamente y, por lo tanto, no se pueden resolver, ni el problema de la fundamentación de la ética, ni el problema de la verdad. Sobre estas aseveraciones volveré un poco más adelante al exponer el planteo de las éticas procedimentales que se han desarrollado en este contexto teórico.

Las pretensiones de validez, como la pretensión de verdad proposicional, se plantean en la dimensión pragmática del uso comunicativo del lenguaje. Afirmar algo *como verdadero* equivale a decir que tenemos buenas razones para sostener que se corresponde con lo que es, o que reproduce adecuadamente un estado de cosas real. De manera análoga, decir que algo *se debe* en sentido moral equivale a decir que hay buenas razones que se pueden argumentar en favor de una determinada conducta como obligatoria. La fuerza ilocucionaria de estas expresiones lleva además el compromiso de dar esas razones o exponerlas al control crítico del discurso, y la promesa de que lo afirmado podrá sostenerse frente todos los contrargumentos posibles. Cuando afirmo algo, no solamente planteo la pretensión de que lo afirmado es verdadero (y esto es así aún cuando miento o hago mera propaganda comercial para vender un producto, porque si no planteara una pretensión de verdad no mentiría ni vendería nada), sino que doy a entender al mismo tiempo que conozco las razones que fundamentan lo que afirmo, y propongo tam-

bien examinarlas en un discurso si se cree necesario. Todo esto es constitutivo del juego de lenguaje de la verdad y forma parte de las presuposiciones pragmáticas del acto de habla de afirmar algo como verdadero. Una exigencia apoyada en amenazas en cambio, por ejemplo, no lleva implícitas tales presuposiciones sino otras completamente diferentes que también entendemos enseguida y diferenciamos de las anteriores ni bien interpretamos los signos de la intención amenazante de quien nos habla.⁵

El problema filosófico principal de la teoría ética moderna y contemporánea ha sido la investigación de nuevas vías de fundamentación de las normas morales de la convivencia que puedan sostener una pretensión de validez independiente de las divergencias axiológicas y de las diferencias de las formas de vida que se desarrollan en sociedades abiertas, pluralistas y multiculturales, de tal manera que los principios morales puedan ser reconocidos por todos. Se trata de fundamentar unos principios morales que permitan orientar racionalmente a los propios sentimientos morales. Porque si bien es cierto que no existe moral sin sentimientos, también es preciso decir que los sentimientos se vinculan a convicciones y actitudes que es preciso esclarecer o iluminar y rectificar mediante la razón. Es necesario además poder juzgar críticamente sistemas de valores y de normas de la moral social positiva y del derecho positivo (e incluso ciertos sistemas jurídicos considerados en su totalidad) que no respetan derechos humanos fundamentales, o que pretenden imponerse de manera fundamentalista, violando la autonomía moral de las personas.

El positivismo en general no reconoce esta diferencia entre la moral positiva y la moral crítica. Una moral que se atenga solamente al criterio de la sanción social y se oriente por los aludidos sentimientos, como la indignación y la vergüenza, tampoco trasciende los límites del positivismo filosófico; sigue siendo una moral positiva, funcional a los valores y los fines de hecho vigentes en una determinada sociedad, y no alcanza a ser una moral autónoma y crítica. Por otro lado, la “fuerza” y estabilidad de los sentimientos para motivar las acciones y las conductas depende de su retroalimentación a partir de valores fuertes y convicciones compartidas que configuran identidades sociales del tipo de las comunidades tradicionales. En el espacio público de la sociedad moderna no se cuenta con estos respaldos.

Ya en los comienzos de la sociedad y del Estado moderno, como consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa del mundo occidental y de las largas décadas de las guerras de religión que habían desangrado y empobrecido a Europa,

⁵ Cf. mi libro anterior: J. De Zan, *Panorama de la ética continental contemporánea*, Akal, Madrid, 2002, cap. 1 “Lenguaje y moral”, pp. 5-16.

grandes filósofos como Hobbes, Locke, Espinosa y Rousseau, recurrieron a la figura del pacto social como vía de legitimación de la autoridad política y del derecho a partir de la libre voluntad de los propios individuos. Kant, por su parte, aunque adopta y reformula la teoría del contrato social en su filosofía política y del derecho, plantea sin embargo una nueva vía, diferente y paradigmática en el pensamiento ético. La situación con la que se enfrentó Kant en la ética era la misma con la que se habían enfrentado la filosofía del derecho y la teoría política y de los contractualistas clásicos: cómo fundamentar las normas morales en una sociedad civil moderna, que ya no puede apelar sencillamente a una tradición cultural y religiosa homogénea, porque estas tradiciones en algunos casos se hallan debilitadas, han sido abandonadas o están divididas. Pero la respuesta kantiana se ofrece como una alternativa diferente, que descarta el contractualismo como no moral. Voy a confrontar ahora, para avanzar en este panorama, dos de las orientaciones más recientes del pensamiento ético que, para una primera identificación elemental, podría denominar como neocontractualista y neokantiana. (Advierto, sin embargo, que estas titulaciones valen solamente como indicativas de las orientaciones generales y no dan razón de la novedad de las propuestas contemporáneas).

4. EL CONTRACTUALISMO. LA ÉTICA DE LOS SOCIOS

Cuando se habla de contractualismo en la ética contemporánea, hay que distinguir dos concepciones muy diferentes que se suelen englobar bajo esta denominación. Una es la concepción sostenida por Rawls, en tanto este autor, y algunos de sus seguidores, piensa en los términos de un contrato celebrado en condiciones ideales de imparcialidad, las cuales han sido diseñadas conforme a una idea intuitiva de justicia que es anterior al contrato y no se deriva de él, sino que proviene de la tradición de la ética kantiana. En Rawls el pacto tiene un carácter meramente hipotético y procedural, como una estrategia teórica para explicar la razonabilidad de los principios de justicia. La otra concepción, a la que me refiero en este punto, es la que fundamenta la moral social en la descripción de un pacto real implícito, que opera en las relaciones sociales normales, el cual está motivado en el hecho de que los individuos, en la medida en que están interesados en las relaciones de intercambio y cooperación con los demás, concuerdan también en el interés de mantener un sistema de reglas cuya aplicación cuente con su asentimiento, siempre que también todos los demás se sometan al mismo tiempo a ellas.⁶

⁶ Podemos encontrar ensayos que fundamentan la moralidad social sobre estas bases en J-L. H. Mackie, 1977; en David Gauthier, 1986 (*La moral por acuerdo*, Barcelona, 1994); y en Ernst Tugendhat, 1988 y 1997.

El desafío de la convivencia de formas de vida y de culturas diferentes en un mundo globalizado, la fragmentación o declinación de la identidad colectiva interior de las sociedades modernas y la *privatización* de la “ética”, a la que he aludido en los capítulos precedentes, ha llevado a plantear en la filosofía contemporánea la pregunta (que encontramos formulada en E. Tugendhat, 1997) de si no deberíamos entonces, como es usual en la ética anglosajona actual, con excepción de los filósofos que siguen la tradición kantiana, contentarnos con el contractualismo, el cual se limita a justificar los acuerdos fácticos que todos los individuos, cualquiera sea su concepción del bien, pueden aceptar para resguardo de sus intereses. El contractualismo muestra que, de hecho, en la medida en que los individuos están interesados en mantener relaciones de intercambio y de cooperación con los demás, concuerdan también en el interés de mantener un sistema de reglas cuya aplicación cuente con su asentimiento, y que ellos respetarán estas reglas siempre que también todos los demás se sometan al mismo tiempo a ellas.

Con la Ilustración se había iniciado una crítica de la tradición y de la cultura que debilitó la fuerza de los presupuestos anteriores; este proceso no se ha detenido, sino que se ha radicalizado con la crítica posmoderna de la propia Ilustración y el abandono de su fe en la razón. Este acontecimiento tiene consecuencias significativas para la fundamentación de la moralidad. En esta situación los individuos sólo pueden apelar horizontalmente los unos a los otros, tratando de convencerse de que es de interés recíproco el llegar a acuerdos acerca de la regulación normativa de la interacción. En esta relación está claro que sólo pueden ser admitidas “normas simétricas”, cuya vigencia pueda ser considerada como “igualmente buena para todos” en un proceso de *negociación* que concluye en un consenso fáctico, o en una suerte de *contrato moral*. Lo que se alcanza por esta vía contractualista, o consensualista, no es la fundamentación de una pretensión de verdad, sino un acuerdo de voluntades, o la *decisión* común de aceptar la autorregulación de la interacción. El situar el acuerdo directamente en el plano volitivo del querer, o de la decisión, tiene la ventaja de que ya no es necesaria otra mediación para el pasaje de la teoría ética a la praxis.

Los contractualistas argumentan que la moral fundamentable mediante este proceso intersubjetivo será ciertamente una moral mínima y siempre empíricamente revisable. Pero esto no la convierte en meramente relativa. Más bien al contrario, puede decirse que relativas eran las éticas tradicionales derivadas de verdades superiores que dependían a su vez de las creencias particulares o provincianas de cada cultura. Históricamente la moral mínima es un desarrollo tardío que sólo aparece una vez que han perdido la credibilidad intersubjetiva todas las verdades superiores. Sólo entonces —es decir, ahora— resulta visible la precariedad de la condición humana real originaria y se plantean de manera directa, despojadas de la envoltura de las antiguas fundamentaciones superiores, las exigencias recípro-

cas de no agresión, de respeto y de cooperación mutua, que constituyen el contenido de una moral mínima, común a todos los hombres. Algunos autores piensan que, mientras basada en la condición humana en cuanto tal, ésta es una moral universal y puede exigir un respeto igual por parte de todos los individuos.

Puede aceptarse que lo que hace el contractualismo es explicitar y formular las reglas de juegos que son de hecho observadas por los propios actores sociales dentro de ciertos campos de la interacción en la sociedad moderna, especialmente en la economía y en la política. Puede considerarse incluso que estas reglas sociales se corresponden aproximadamente con las formalidades normalmente observadas en cierto estrato o nivel *de todos* los juegos de interacción en esta sociedad. Lo que es dudoso es que estas reglas tengan un carácter propiamente *moral*. Y lo que resulta inaceptable es la teoría contractualista de que esta sea toda la moralidad real y posible, o que agote toda la riqueza de significado de la ética en la vida humana.

Sin una moral social mínima como la que fundamenta el contractualismo, que incluye deberes de respeto a las cláusulas contractuales, de cooperación, de lealtad, etc., no podría funcionar por cierto ninguna sociedad. Como ha sido destacado por muchos autores, hasta una banda de ladrones sólo puede existir y operar si sus miembros son “morales” en este sentido. Toda asociación en torno a determinados intereses comunes tiene que respetar en su interior estas normas, aunque no las observe hacia fuera, en sus relaciones con los no socios, como es el caso de los códigos de ética y de las prácticas de autoprotección de los miembros de las asociaciones de tipo corporativo. Es proverbial incluso el rigorismo de la estricta observancia de esta “moral” y la severidad de las sanciones de la deslealtad o de la infracción de sus códigos, que caracteriza a la mafia. Todos estos tipos de asociación ilícita cultivan incluso alguna forma de estima recíproca o de relaciones de fraternidad entre sus miembros. Pero en esta concepción no hay motivos para el mantenimiento de las mismas normas en relación con los otros, con quienes no tenemos intereses comunes de intercambio y cooperación. En muchos casos incluso la apertura y el igual tratamiento de los no socios entraría en contradicción con los propios intereses particulares de la corporación. La mayoría de las veces este tipo de “moral por acuerdo” es cerrada, y sus códigos tienen que permanecer reservados porque los consensos privados entre sus miembros llevan casi siempre una cláusula implícita y, a veces, el juramento explícito del secreto para la autoprotección y *el mantenimiento de las apariencias*. En cualquier caso, este tipo de “ética” tiene un alcance siempre limitado y carece de razones para fundamentar y motivar la universalizabilidad de sus normas, y no está disponible a la crítica externa de los terceros excluidos del consenso “entre nosotros”. En este aspecto, el contractualismo tiene en definitiva las mismas limitaciones particularistas que las éticas tradicionales fundadas en los valores y creencias de una cultura particular.

Al ingresar en un club social, o en un gremio profesional, firmamos un contrato de adhesión, asumimos el compromiso de observar los estatutos de la institución y la obligación de respetar ciertas normas de trato recíproco de los socios. Obtenemos a cambio determinados derechos y beneficios que son privilegios vedados a los no socios. El reglamento de nuestro club puede contener incluso algunas normas de conducta que son de carácter moral. Pero no parece adecuado pensar la moral conforme a este modelo del estatuto de un círculo privado de amigos o de socios (como parecen pensarla los contractualistas) porque lo que diferencia a las normas morales es que obligan a todos y exigen un igual tratamiento de todo ser humano en cuanto tal.

Otra crítica fuerte que puede hacerse al contractualismo es la que se refiere al carácter transaccional de esta moral, en la cual yo me obligo a cumplir ciertas normas con el fin de que los otros hagan también lo mismo. Pero entonces, en las situaciones en las que no se da esta relación de intercambio, o cuando mi infracción no tuviera consecuencias para la contraprestación de los otros (porque permanece encubierta, por ejemplo) no tendrá ningún sentido observar la norma. Ya Platón, en el libro II de *La República* había discutido largamente este asunto, mostrando que, si empleamos un criterio de utilidad, es mucho más ventajoso ser injustos, siempre que podamos, cuidándonos de mantener la apariencia de probidad, que ser siempre honestos y querer el bien por sí mismo, sin preocuparse de las apariencias (Del que se cuida de las apariencias no sabemos si obra bien por amor a la justicia, o solamente quiere *aparecer* como justo por las ventajas del reconocimiento social que le permite *ser* injusto y permanecer impune). Se comportaría por lo tanto de manera más sagaz quien violara las normas morales siempre que le resultara provechoso y pudiera hacerlo sin ser descubierto. “La injusticia es más útil [o ventajosa] que la justicia [...] aunque todos la elogien en público, engañándose mutuamente los unos a los otros, ante el temor de ser objeto ellos mismos de alguna injusticia” (*La República*, l. II, 3). Por eso Hobbes, que sostenía que es el propio interés egoísta de los individuos el que los fuerza a celebrar el pacto social, pensaba sin embargo, con el realismo que lo caracteriza, que el mantenimiento de los pactos solamente puede ser asegurado mediante el miedo a la fuerza sancionatoria de un poder estatal absoluto y siempre vigilante. Por desagradable e inaceptable que nos parezca, esta es la única solución disponible al problema de Platón en el contexto teórico del contractualismo de tipo hobbesiano.

Para obviar la solución hobbesiana (absolutista, o por lo menos antiliberal) del problema, algunos contractualistas contemporáneos, como Ernst Tugendhat, moviéndose en círculo, tienen que presuponer un metacontrato mediante el cual los individuos deberían acordar que van a resolver sus conflictos mediante la negociación de contratos, y en el cual se comprometen a mantener las promesas contractuales de éste y de todos los otros contratos. “Entrar en la sociedad moral es

como hacer una promesa de segundo orden” (Tugendhat, 2002, p. 130).⁷ El neocontractualismo liberal abandona otras veces el recurso a la promesa contractual, para apoyarse en dos condiciones empíricas: a) el igual interés de las partes y la equivalencia del beneficio que ellas obtienen mediante el contrato moral; b) el control recíproco del mantenimiento de las reglas observadas por parte de los propios interesados. Esta manera de respaldar una moral por acuerdo puede aparecer como muy realista. Pero su buen funcionamiento debería contar con una presuposición mucho menos realista que la hipotética “situación originaria” de Rawls, a saber: debería presuponer que las condiciones de igualdad y de imparcialidad imaginadas por Rawls no son una construcción teórica, sino la situación real en que se encuentran normalmente las partes (en cuyo caso, además, el contrato moral sería superfluo). Si se prescinde finalmente de tales presuposiciones empíricas, refutables por la más superficial observación de los hechos, y se atiende a las desigualdades naturales de fuerzas y capacidades, y a las enormes desigualdades sociales existentes, se comprueba que las asimetrías de las relaciones de poder hacen ilusorio todo contrato moralmente equitativo negociado sobre la base de la fuerza o capacidad negociadora de las partes, y especialmente el respaldo del respeto de lo pactado mediante el solo control recíproco.

El que sea o no beneficioso seguir una convención particular depende del propio poder de negociación, y la persona fuerte y con talento tendrá más poder que la persona débil y enfermiza. Esta última produce además poco valor de cambio, y lo poco que produce puede ser sencillamente expropiado por los demás sin temor a la venganza. Como es poco lo que se gana de la cooperación con los débiles, y no hay que temer venganza alguna, el fuerte tiene pocos motivos [desde el punto de vista de sus intereses] para aceptar convenciones que ayuden a los débiles.⁸

Algunas teorías contractualistas actuales permanecen inmunes, sin embargo, a estos argumentos, por cuanto aclaran que su concepción no presupone de ningún modo que existan de hecho condiciones de simetría entre todos los seres humanos, sino que sostiene sencillamente la tesis de que la conducta moral, el respeto recíproco, la justicia, etc., solamente son posibles entre quienes se encuentran en estas condiciones de igualdad. Admiten por lo tanto que los más débiles y vulnerables quedan efectivamente fuera del alcance de la protección del contrato

⁷ Cf. J. De Zan, “E. Tugendhat: Filosofía analítica y fundamentación de la ética normativa”, *Teoría*, Revista del Departamento de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de la Univ. Nac. de Tucumán, nº extraordinario en homenaje al Prof. Dr. Roberto Rojo, 2004, pp. 159-176.

⁸ Will Kymlicka, “La tradición del contrato social”, en P. Singer, *Companion to Ethics*, 1991. Trad. esp. *Compendio de ética*, Madrid, 2000, p. 271.

moral (cf. Gauthier, 1986, p. 268). No podría proseguir aquí esta discusión, y me tengo que limitar a señalar que tal teoría no sólo me parece provocativa de una condigna indignación moral, sino que es contradictoria con la comprensión normal de lo que es una moral.

El propio Tugendhat, que ha propuesto una versión muy refinada de la teoría ética contractualista, formula otras dos críticas a las versiones más estándar de esta doctrina. 1) El contractualismo explica la moral por razones egoístas. Ahora bien, si las normas morales son establecidas mediante un contrato que los individuos se ven llevados a celebrar por los motivos premorales del egoísmo, ¿cómo se podría entender entonces la conciencia moral? (2002, p. 128). El contractualismo carece de motivaciones para el desarrollo de la conciencia moral y para despertar buenos sentimientos morales. Estos sentimientos no podrían originarse o motivarse a partir de las negociaciones y del acuerdo de compromiso que puede protocolizar un mero contrato. 2) “Las palabras bueno y malo en su acepción gramaticalmente absoluta no pueden cobrar sentido alguno desde una base contractualista”. Es decir, el contractualismo carece de una idea de bien en sentido moral, y solamente emplea la palabra “bueno” en sentido relativo, o instrumental, como bueno para tal o cual fin, como medio para los propios intereses, o como útil para otra cosa. La moral queda degradada a la categoría de instrumento, o de medio para el logro de otros fines o ventajas no morales. Entonces no trato a las otras personas como fines en sí mismos, sino como medios para mis propios propósitos. El contractualismo es una estrategia de instrumentalización recíproca: yo me abstengo de hacer tales cosas al otro para que (o a condición de que) él se abstenga de hacérmelas a mí, y para que ambos podamos confiar recíprocamente y así mantener una relación provechosa. Solamente una comprensión no instrumental del principio de la moralidad permite justificar su validez universal e igualitaria. Por eso Tugendhat considera al contractualismo vulgar como *una quasi-moral*. “Para aquel que tiene un *lack of moral sense*, sea por causas patológicas o por decisión propia, la quasi moral contractualista permanece siempre, desde luego, como algo disponible y conveniente, porque no presupone conciencia moral alguna. Se puede decir sencillamente que ella es ‘la moral’ de quien no tiene ningún sentido moral”, o de quien carece de conciencia y de sentimientos morales.⁹

⁹ Tugendhat, 1978, pp. 74-76. La versión sofisticada de esta teoría que presenta el citado autor no escapa sin embargo a muchas de estas críticas, cf. J. De Zan, 2003.

5. EL UNIVERSALISMO. UNA ÉTICA PARA TODOS

Resulta evidente para todo lector atento de los escritos éticos fundamentales de Kant, que uno de los propósitos del filósofo de Königsberg era mostrar precisamente la independencia y la superioridad del principio de la moralidad, tanto frente a los meros sentimientos e inclinaciones, como frente a los intereses egoístas y a las estrategias de la racionalidad instrumental del contractualismo hobbesiano (inevitable sin embargo en las relaciones funcionales, económicas y jurídico-políticas), superar las limitaciones de estas concepciones anteriores y sostener la validez universal de los principios morales mediante una fundamentación racional que no se apoya tampoco en los presupuestos histórico-contingentes y particulares de la “ética” de las comunidades tradicionales, ni se deriva de postulados teóricos (antropológico-metafísicos) o de verdades superiores accesibles solamente a la fe religiosa, sino que parte de la reflexión de la propia razón, de la conciencia y de la voluntad moral autónoma, y lleva a cabo una reconstrucción racional del sentido moral del bien y del deber que es intrínseco al obrar humano en cuanto tal. No es este el lugar para exponer y discutir los logros y las deficiencias de la ética de Kant. Solamente me voy a referir ahora brevemente a los rasgos fundamentales de la ética kantiana que han sido recuperados por las teorías éticas contemporáneas.

Para introducir de manera sencilla la novedad del planteamiento kantiano se podría decir que la filosofía anterior había buscado la explicación del origen y el sentido de lo moral en alguno de estos tres principios: o bien 1) *en la naturaleza*, ya sea en la naturaleza del hombre y en su deseo natural de felicidad, o en un orden natural cósmico; o bien 2) *en la historia*, es decir en las tradiciones, convenciones y costumbres de la comunidad, o 3) *en una ley de origen trascendente*, que viene desde más allá de la naturaleza y de la historia: la ley divina. Kant pensó que para fundamentar la ética no era posible ni necesario recurrir a ninguno de esos presupuestos anteriores, que se basaban en concepciones antropológicas, metafísicas o teológicas problemáticas, o bien en hechos históricos particulares y contingentes. Así como en la *Crítica de la razón pura* había buscado en la propia actividad del sujeto del conocimiento las condiciones de posibilidad de la experiencia y de la validez objetiva de conocimiento, en la *Crítica de la razón práctica* buscará también en el propio sujeto del juicio moral y de la acción el principio de la moralidad.

La ética de Kant no pretende prescribir *qué* debemos hacer, sino *cómo* debemos obrar y tratar a los demás, cualesquiera sean los fines que nosotros nos proponemos en nuestras acciones. En este sentido es una ética formal, porque tiene en cuenta que hay una innumerable diversidad de fines valiosos que los hombres pueden proponerse en su vida, y Kant pretende mostrar que, si bien el contenido y los fines de las acciones humanas no son moralmente irrelevantes (como a veces se ha interpretado de manera incorrecta), lo que es formalmente decisivo para la

calificación moral de las acciones y de las personas no es el contenido material de lo que hacen (por ejemplo escribir sobre ética, dictar sentencias justas en un tribunal, o lavar los platos en la casa del filósofo y del juez), no son sus actividades y formas de vida (profesiones, costumbres, valores culturales, etc.) ni el éxito de sus propósitos, sino “la buena voluntad”, que no es la mera “buena intención”, sino la rectitud del querer que pone todo lo que está de su parte para obrar bien. El principio moral debe interpretarse como un criterio universal para juzgar la moralidad intrínseca de las acciones en sí mismas (cualquiera sea su materia), y manda directamente una *forma* de obrar, con independencia de los fines, es decir, “sin condicionar esta conducta al logro de ningún otro propósito” más que el de obrar moralmente bien. En cuanto esta ley moral no está condicionada al logro de ningún fin es (en el lenguaje de Kant) un *imperativo categórico* y no meramente hipotético.

La moralidad de la acción no reside en su mera adecuación externa a una norma. Esta conformidad con la ley es lo que define *la legalidad* en el sentido jurídico. Pero la acción conforme a la ley puede estar determinada, sin embargo, por motivos no morales (como el interés o la inclinación) o incluso por motivos inmorales (como la hipocresía). Kant tiene en cuenta la teoría que explica el sometimiento a la ley porque las penas a las que se expone la infracción son mayores que las ventajas que se podrían obtener mediante su incumplimiento. (Por eso para que una norma jurídica sea eficaz la multa tiene que ser mayor que el beneficio de la posible infracción). Pero este mecanismo no funciona, sin embargo, en la moral. Las leyes civiles y el derecho son coactivos, se obedecen por temor a la fuerza sancionatoria del Estado, y en este sentido son heterónomas. El deber moral, en cambio, es estrictamente autónomo, su “fuerza” emana solamente de la convicción de lo que es correcto y del sentimiento de respeto del deber.

Esta ética no es *formal* por lo tanto en el sentido superficial de la formalidad externa de la conducta. La moralidad no consiste en obrar “conforme al deber” o a ciertas reglas (legalismo, fariseísmo), sino que ella reside en la motivación más profunda que mueve y orienta la acción. En la primera formulación kantiana el imperativo moral dice: “obra según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se convierta en ley universal”. El criterio de la moralidad de las máximas por las que se rige la conducta es la *universalizabilidad*. El imperativo está formulado en primera persona porque el examen de la universalizabilidad de sus máximas es un test que cada uno debe hacer al mismo tiempo de manera autónoma en su propia conciencia, pero lleva implícita la idea de reciprocidad y de intersubjetividad. Se trata por lo tanto de un principio de justicia. La ley moral es igual para todos. Si reflexionamos sobre lo que hacemos cuando obramos mal —advierte Kant— nos daremos cuenta de que en realidad no podemos querer que nuestra máxima sea seguida por todos, sino más bien al contrario, porque la ventaja está en transgredir una ley mientras los demás la respetan. La inmoralidad

consiste entonces en exceptuarme a mí mismo (para mi propio provecho) del cumplimiento de una ley general, y adoptar una forma de obrar que no podría admitirles a todos los demás.

El *principio de universalizabilidad* de Kant, como criterio de la moralidad de las conductas, ha dado lugar a muchas interpretaciones y propuestas para hacerlo operativo en la práctica. Se ha observado con razón que las ideas de intersubjetividad y de reciprocidad simétrica implícitas en su planteo no han sido tematizadas y no tienen viabilidad efectiva dentro de esta filosofía, porque el examen de la *universalizabilidad* es concebido por Kant como un experimento mental de la reflexión de la conciencia moral del propio sujeto y no tiene en cuenta ningún procedimiento de confrontación real que permita una crítica de la subjetividad. No obstante estas observaciones, y otras que se pueden realizar, todas las teorías universalistas de la moral que se han propuesto en la filosofía contemporánea se reconocen ampliamente deudoras de Kant.

El principio universal de la moralidad no es puramente formal y carente de contenido. Su contenido universal está explicitado en la segunda formulación de Kant, que enuncia el deber incondicionado de tratar a la humanidad, es decir, a la persona humana en cuanto tal, tanto en uno mismo como en todos los demás, siempre como fin y nunca como mero medio. La segunda fórmula explicita el modo como debe entenderse la primera, es decir que debo observar el principio de la reciprocidad simétrica de las reglas del comportamiento por sí mismas, porque son las normas justas, y no de manera meramente instrumental, para que los otros las respeten con respecto a mí. Este mandato moral de *no instrumentalizar a nadie* en función de otros fines implica al mismo tiempo la descalificación de toda comprensión instrumental de la propia moral (como el utilitarismo y el contractualismo).

El respeto de la persona humana en cuanto tal y como fin en sí misma, o auto-fin, es el verdadero fundamento del universalismo moral, por cuanto esta propiedad de ser persona y fin en sí mismo, de ser-para-sí, y no para-otro, o de-otro, es una propiedad que le compete por igual a todo ser humano en cuanto ser racional, independientemente del color de su piel o de su posición social, de sus cualidades físicas o intelectuales, de su manera de vivir o de su cultura, etc. Tratar a toda persona como fin en sí mismo quiere decir considerarla como sujeto de los propios fines que ella se propone en su libertad. No como otro objeto de mi conocimiento y acción, sino como otro sujeto, que es el centro de su propio mundo. Esta forma de relacionarme con el otro como otro exige un descentramiento de las perspectivas del propio yo, una apertura del egocentrismo natural, y esta apertura está en la base, no sólo de la moralidad, sino de toda la intersubjetividad humana, de la idea de verdad, de los valores estéticos, jurídicos y del espacio público de lo político. Toda esta riqueza de significado implícita en el punto de vista moral uni-

versal de Kant, es la que ha sido explicitada y puesta de relieve por la renovación contemporánea del universalismo.

Kant habla de un *imperativo* moral porque tiene en cuenta que el ser humano está motivado por diferentes inclinaciones y deseos de su naturaleza interna y por orientaciones externas de la sociedad y de la cultura. En este campo de fuerzas que atraviesan la vida humana, la voluntad tiene que decidir, orientada por el juicio de la razón. Pero el mandato moral no viene de ninguna instancia exterior, sino de la propia voluntad racional autónoma que gobierna sus inclinaciones y se conduce con libertad frente a las presiones externas. Solamente de la voluntad racional autónoma que se dicta su propia ley puede decirse que es moral (moralmente buena o mala) y responsable de sus acciones. Sin esto no habría sujeto moral. La ley moral no viene dada tampoco por ninguna autoridad superior, ya sea de la tradición, de la religión o del poder. Estas son diferentes formas de heteronomía, pero en la medida en que la voluntad está regida por una ley o alguna fuerza que es ajena a ella misma, no puede ser moral.

El deber moral implica, por lo tanto, la conciencia de una autoobligación, que el sujeto tiene que aceptar por sí mismo, porque se lo impone su propia razón y se conecta con su identidad esencial como ser racional, y cuya validez es independiente del hecho de que, además, esté respaldado o no por alguna autoridad o por alguna sanción, ya sea de carácter social o metasocial. (Aquí tiene su fuente este concepto que he definido en el capítulo 1.7, y que reitero ahora, porque quizás se entiende mejor en el contexto de toda esta concepción de la ética). Esta propiedad es la que Kant definió con el concepto de *autonomía* de la voluntad moral. No tendría sentido por lo tanto decir, por ejemplo, que algo es un deber moral, pero yo no estoy de acuerdo. Sí es posible en cambio que, de hecho, a pesar de todo, uno obre mal, llevado por sus inclinaciones. La diferencia y la tensión entre lo moral y la facticidad de las prácticas no es ningún argumento contra la validez de las normas. Esta diferencia, que es característica de la moral, es la que hace necesario explicitar las normas y los principios morales para juzgar y corregir las prácticas.

Parece que el formalismo de la ética kantiana y el criterio de la universalizabilidad dejan de lado la consideración del bien integral de la persona, o del bienestar concreto de la vida y, en general, de las consecuencias de las acciones. Estas consideraciones no se hacen jugar efectivamente en la *fundamentación* de la ética y en la formulación del criterio universal de la moralidad. Pero todo esto está presupuesto como el *contenido de las máximas* a las que se refiere la primera fórmula del imperativo. Las máximas condensan el contenido concreto de valores y actitudes de la vida moral y forman el horizonte axiológico de una red de prácticas o costumbres en las cuales se configura la identidad particular y el proyecto de vida de una persona o de un grupo. Algunas máximas a las que aplica Kant el test

de la universalizabilidad para mostrar su rectitud moral son, por ejemplo, las que se refieren al cuidado de sí y al desarrollo de las propias capacidades, al mantenimiento de las promesas, a la ayuda al prójimo, etc. No se trata, claro está, de universalizar mis (o nuestras) máximas (como obligatorias para los demás), sino de cuestionar su *moralidad* siempre que no estuviéramos dispuestos a aceptar que también los demás las pueden adoptar (como permitidas). Las máximas que no son universalizables *en este sentido restrictivo*, son inmorales.

La *aplicación* de las máximas de la conducta a las acciones concretas, en las diversas situaciones, tiene que tener en cuenta y valorar al mismo tiempo las consecuencias de las acciones. Pero los requerimientos del mayor bienestar (o de la felicidad) no deben llevar a la violación de los principios, ni mucho menos sustituirlos. Conforme a esta concepción kantiana escribe Rawls en la primera página de su *Teoría de la justicia*: “Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia, que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar [...] Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones”.

6. LAS ÉTICAS PROCEDIMENTALES

La renovación contemporánea del universalismo de la moralidad kantiana se ha concentrado especialmente en la cuestión procedural de la justificación racional de principios morales, como el principio de justicia, y de cómo hacer operativo el punto de vista moral. Según Rawls tenemos una noción intuitiva de lo que significa tratar con igual consideración a las personas porque cada persona importa por sí misma, pero dada la vaguedad de nuestro sentido de la justicia, es preciso encontrar un procedimiento que nos permita precisar sus exigencias y justificar la imparcialidad de los juicios y las decisiones morales a fin de poder establecer términos equitativos de cooperación y fomentar instituciones justas. La idea del contrato social ofrece para Rawls un procedimiento como el buscado. Él cree que el problema de este procedimiento no radica en la idea misma de contrato, ni en el autointerés de las partes, sino en las condiciones fácticas, y especialmente en las desigualdades de poder existentes en la sociedad real. La única garantía de lograr un contrato social en el que todos los individuos obtengan una participación equitativa en las cargas y beneficios de la sociedad, es que ellos puedan negociarlo desde una posición de estricta igualdad. Como esa condición está muy lejos de darse en los hechos, se trata para Rawls de idear un procedimiento que permita pensar cuáles son los principios de justicia que todos aceptarían y estarían dispuestos a acordar en una situación ideal de estricta igualdad.

Los términos equitativos de la cooperación social tienen que entenderse como si fueran acordados por quienes están comprometidos con ella, esto es, por ciudadanos libres e iguales, nacidos en la sociedad en la que viven. Pero su

acuerdo, como todos los acuerdos válidos, tienen que proceder conforme a unas condiciones adecuadas. En particular, esas condiciones tiene que emplazar equitativamente a las personas libres e iguales, y no deben permitir que algunas estén en posiciones negociadoras más ventajosas que otras. Además, hay que excluir cosas tales como amenazas de fuerza y coerción, engaño y fraude (John Rawls, 1996, p. 53).

Esta situación ideal es la que la teoría rawlsiana de la justicia denomina “posición originaria”. Se trata de una construcción hipotética que permite analizar cómo razonarían los individuos si ignoraran todas las desigualdades de sus condiciones naturales y sociales, e ignoraran también cuáles son sus propios deseos e intereses particulares. En la medida en que no se concibe otra forma de racionalidad más que la razón instrumental de la tradición empirista, la estrategia teórica de Rawls se ofrece como un ingenioso dispositivo para que esta razón instrumental, “guía de nuestros juicios concernientes a causas y efectos”, e instrumento de cálculo para corregir nuestras decisiones “cuando están basadas en una falsa suposición o elegimos medios insuficientes para el fin deseado”,¹⁰ no obstante su ceguera moral, funcione sin embargo como si fuera la razón práctica kantiana. Como lo ha mostrado Rawls, en estas condiciones ideales de la “posición originaria” la misma razón instrumental puede ver con claridad el sentido de la justicia, argumentar con imparcialidad, y llegar a un acuerdo razonable acerca de cómo deben formularse los principios de justicia que traten a todos como iguales y compensen las desventajas y la mayor vulnerabilidad de los menos favorecidos.

La diferenciación entre la moral positiva, con la escala de valores de hecho vigentes en una sociedad particular, y los juicios de una moral crítica, presupone la posibilidad de fundamentar mediante buenos argumentos principios morales universalmente válidos, es decir, que se pueden justificar razonablemente como vinculantes para todos. A esta posición se la ha llamado en la metaética: “cognitivismo moral”. El cognitivismo fue desacreditado al comienzo en los debates de este campo de la ética porque algunos de sus defensores adoptaron una errónea posición “descriptivista”, que sostenía que los juicios morales son enunciados descriptivos de algún tipo de hechos o de propiedades reales de las acciones, naturales o no naturales. Pero esta disputa deja de tener significado en la medida en que se aclara que la fundamentación racional de la ética no se apoya por cierto en la descripción de ninguna clase de hechos. (Tampoco la validez de las teorías de las ciencias se demuestra por otro lado mediante la mera descripción de hechos, como pretendía el positivismo). Se admite en general en la filosofía contemporánea pospositivista que la racionalidad de los enunciados y de las acciones humanas depende de las buenas razones que puedan justificarlas y de la

¹⁰ D. Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, l. III, parte III, sec. III, edic. esp. de F. Duque, pp. 614-622.

disponibilidad de los sujetos para exponerlas y confrontar estas razones mediante el discurso. En tal sentido, una afirmación o una acción injustificada e injustificable, es decir, que no se quieren o no se pueden justificar mediante buenas razones, se pueden considerar con todo derecho como no razonables y de dudosa racionalidad.

Las condiciones de posibilidad y de validez del *discurso* moral han sido estudiadas principalmente por la *ética discursiva* (también llamada “ética comunicativa” o “ética del diálogo”), iniciada a comienzos de los años setenta por los filósofos alemanes Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas. Para comprenderla es preciso tener en cuenta, ante todo, la definición convencional del “discurso” como *diálogo argumentativo*, con la que trabajan estos autores, y no confundir su concepto del “discurso” con el sentido de esta palabra en el uso corriente o en otros contextos filosóficos diferentes. El “discurso argumentativo”, en el sentido específico en el que lo entienden estos autores, es el procedimiento adecuado para el tratamiento de *cuestiones de validez*, o para la búsqueda *cooperativa* de la verdad mediante la confrontación de argumentos en pro y en contra de la aceptación de un enunciado, de una teoría, de una norma o de una ética. En cuanto tal, se diferencia también de la “negociación” como proceso *competitivo*, que suele tener lugar especialmente en *situaciones de conflicto* (de intereses o de poder), el cual es un procedimiento en parte también discursivo (de ahí la posible confusión) pero en el que las partes están orientadas al logro de sus propios beneficios particulares, y consiste en transacciones mediante las cuales los involucrados tienen que ceder parte de sus pretensiones para obtener a cambio alguna ventaja o evitar pérdidas mayores. Las partes intervinientes en un juego cooperativo, como el discurso, no buscan intercambiar ventajosamente cosas o prestaciones diferentes, sino que todos están interesados en lo mismo como un bien común indivisible (como la verdad o la justicia), el cual no se negocia y no puede ser objeto de transacciones. El discurso puede considerarse como el caso paradigmático de un juego de suma positiva en el que todos ganan o todos pierden. El éxito de un discurso teórico (como el de la ciencia) o de un discurso práctico (como el de la ética) está en el orden del *conocimiento objetivo*, consiste en la clarificación y la crítica, o la justificación racional de las pretensiones de validez de los juicios. La *negociación*, en cambio, es un juego competitivo de suma cero, en el que lo que gana una de las partes es lo que tiene que ceder la otra, aunque una de las estrategias de negociación suele ser el persuadir al adversario, o al competidor, de que la oferta que le hacemos es igualmente beneficiosa para ambos. El éxito de una negociación se concreta en un contrato (pacto o armisticio) que protocoliza el acuerdo de la *voluntad subjetiva* de las partes. Las negociaciones son *juegos de poder* en los que se hacen jugar amenazas y contraamenazas (abiertas o encubiertas), se ofrecen concesiones recíprocas, promesas y pagos compensatorios, y cada una de las partes calcula las ventajas y desventajas de las distintas alternativas, tal como lo analiza,

incluso con modelos matemáticos, la teoría de los juegos estratégicos (cf. O. Höffe, 1979, p. 64). El fracaso de la negociación puede dar lugar a la confrontación o a la lucha, que es la continuación del mismo juego de la negociación con otros medios (para evocar la expresión de Clausewitz), con medios ya no meramente discursivos y retóricos. Es claro que si no se acepta la diferencia entre *pretensiones de validez* y *pretensiones de poder*, como sería el caso de Nietzsche, de Foucault, o de Chantal Mouffe, por ejemplo, la contraposición de estos dos conceptos carecería de sustento y se borraría la diferencia entre un juicio moral y una pretensión de hegemonía, o un acto de poder.

Es evidente que cuando se trata de resolver un problema como este que estamos discutiendo ahora, de la posibilidad de una fundamentación racional de la ética, por ejemplo, todos los que aceptamos la discusión damos por supuesto que solamente debemos hacer valer argumentos racionales y que no tendría sentido buscar un acuerdo, o una transacción, por medio de negociaciones estratégicas del tipo mencionado. Es decir, en la filosofía y en la ciencia en general, la racionalidad estratégica carece de sentido y validez. Todo aquel que acepta participar en una discusión de problemas teóricos o en un discurso moral, por el solo hecho de entrar en ella manifiesta prácticamente también su aceptación y reconocimiento público de las normas y condiciones no estratégicas de esta comunidad de comunicación o de discurso.

¿Qué se entiende ahora como comunidad de discurso, y cuáles son reglas? Es claro que no es el caso, ni siquiera, de mencionar aquí reglas lógicas del razonamiento o reglas pragmáticas de la argumentación racional. Lo que interesa explicitar ahora son las condiciones normativas, específicamente morales del discurso, cuya relevancia ha sido destacada por la ética discursiva. “En la argumentación racional en cuanto tal, que está implícita en cualquier discusión de problemas [tanto teóricos como prácticos], y no solamente en toda ciencia, se presupone la validez universal de normas morales” (Apel, 1972, p. 397). En la medida en que el discurso argumentativo no es para el ser humano una actividad meramente posible, orientada a fines contingentes, sino la actividad constitutiva de la racionalidad que lo identifica y lo diferencia de todas las otras especies de animales, se puede decir también, en el sentido de la filosofía kantiana, que “las normas de la cooperación en el discurso argumentativo son obligatorias incondicionadamente, esto es, son categóricas” (Apel, 1990, p. 21).

La validez de los argumentos en general no puede ser justificada y controlada mediante el discurso sin presuponer en principio una comunidad de seres racionales con la competencia comunicativa para confrontar sus razonamientos, para llegar a entenderse intersubjetivamente, y sin presuponer al mismo tiempo el reconocimiento de las condiciones morales de razonabilidad, honestidad y respeto re-

cíproco, etc., sin las cuales no sería posible ningún diálogo y entendimiento intersubjetivo. “Resulta evidente que incluso la validez del pensamiento individual o solitario depende, por principio, de la justificabilidad de los enunciados lingüísticos en la comunidad real de comunicación. ‘Uno solo no puede seguir una regla’ y lograr validez para su pensamiento en el marco de un ‘lenguaje privado’. Así interpretaría yo en nuestro contexto la conocida tesis del segundo Wittgenstein” (Apel, 1972, p. 379). Esta dimensión comunicativa es una propiedad constitutiva del pensamiento racional en cuanto tal. El pensar, en cuanto argumentativo, necesita siempre *dar razones* para que sus *creencias* subjetivas, privadas, se transformen en *saber*; y para seguir pensando necesita *recibir la devolución de sus razones* de parte de los otros, confirmadas, cuestionadas, corregidas o refutadas. Este procedimiento discursivo de la justificación racional adquiere una relevancia especial cuando se trata de justificar o fundamentar normas. Una norma solamente puede ser moralmente válida en la medida en que puede fundamentarse en un discurso racional público, de tal manera que las consecuencias de su aplicación pueda obtener el asentimiento de todos los afectados. Este es el principio procedural básico de la ética discursiva.

Ahora bien, “conjuntamente con la comunidad real de argumentación, la justificación lógica de nuestro pensamiento presupone también la observancia de aquellas normas morales fundamentales” sin las cuales esta comunidad no podría existir ni alcanzar sus fines y, por lo tanto, no sería posible ninguna comprobación o control crítico intersubjetivo de argumentos, y entonces los argumentos tampoco podrían ver corroboradas sus pretensiones de validez. “El mentir, por ejemplo, haría evidentemente imposible el diálogo de los argumentantes; pero lo mismo vale ya también para la negativa a entenderse críticamente con los otros, o la no disponibilidad para el diálogo [es decir: para *dar y aceptar* explicaciones y argumentos]. Dicho brevemente: en la comunidad de argumentación se presupone el reconocimiento recíproco de todos los miembros como participantes de la discusión con igualdad de derechos” (Apel, 1972, p. 400). Este es ya un *principio moral de justicia* que se puede formular como condición necesaria de posibilidad de un discurso válido, tanto sobre problemas teóricos como sobre problemas práctico-morales, es decir, como presupuesto moral de la racionalidad en general. Este principio de justicia es ante todo puramente procedural, en cuanto se refiere directamente a las condiciones de equidad de la participación en el discurso o a las condiciones de *simetría de la relación comunicativa*. Esta simetría implica iguales derechos y posibilidades de todos los interlocutores para hacer valer sus argumentos, y coincide en parte con las condiciones de igualdad requeridas por Rawls también para toda negociación equitativa.

El concepto del discurso moral presupone, en segundo lugar, la renuncia del hablante a todo otro medio que no sean los de la argumentación misma para justi-

ficar o apoyar sus juicios. El reconocimiento, o la aceptación de las pretensiones de validez intersubjetiva, debe ser buscado por lo tanto solamente mediante la argumentación libre de toda forma de engaño, de soborno, de amenaza, de presión o de violencia. Podríamos llamar a esta *condición moral* de validez del discurso, *el principio de la no violencia*. El hecho de entrar en el terreno del discurso presupone haber admitido que el reconocimiento de la validez de toda afirmación, tanto de las afirmaciones propias, como la de todos los otros, sólo debe basarse en la argumentación en cuanto tal, en la “fuerza” no violenta del mejor argumento, como dice Habermas. El principio moral de la no violencia y del abandono de todo tipo de procedimientos estratégicos para *forzar* el consentimiento de los interlocutores (que son formas encubiertas de violencia), pertenece a las reglas constitutivas de los juegos de lenguaje de la verdad y de la justicia, y quien no respeta estas reglas está jugando otro juego. La validez del discurso (tanto del discurso teórico como del discurso moral) presupone una práctica de la racionalidad comunicativa que ha excluido de su ámbito los procedimientos de la racionalidad estratégica. Es claro que en los conflictos de *intereses* particulares no generalizables y en las disputas políticas de *poder* es necesario recurrir normalmente a las diversas estrategias de *negociación*, y éstas son por lo general preferibles a la *confrontación*. Pero los acuerdos o compromisos logrados por estos medios estratégicos no son relevantes con respecto a los *problemas de validez*, es decir que tales procedimientos no sirven y carecen de todo significado para determinar, por ejemplo, la verdad de una proposición o la justicia de una norma.¹¹

La pretensión de validez universal de la argumentación racional presupone también, finalmente, que el argumentante no puede renunciar o negarse por principio a confrontar sus argumentos con ningún otro ser racional. La validez de los argumentos no puede protegerse mediante los mecanismos de exclusión de los otros del discurso. Al no confrontar mis razones con los que piensan diferente, al cerrar el discurso al ámbito de un nosotros, o al círculo de “los amigos morales”, la validez de las conclusiones de ese discurso se torna sospechosa y queda cuestionada. Si solamente estamos dispuestos a discutir algo *entre nosotros*, y no queremos escuchar a los otros, es probablemente porque pensamos que ellos pueden tener buenas razones o argumentos que cuestionarían nuestros consensos, o porque el acuerdo buscado entre nosotros es a costas de los terceros excluidos del discurso, como los consensos fraternales de la mafia. Podríamos llamar a esta otra condición moral de validez del discurso, *el principio de la no exclusión*. El discurso tiene que ser, en principio, público y abierto a todos; de lo contrario, su validez es defectuosa. Yo mismo no puedo estar cierto de la validez de mis razones mientras

¹¹ Para toda esta problemática, cf. el artículo de Apel: “¿Puede diferenciarse la razón ética de la racionalidad estratégica conforme a fines? Acerca del problema de la racionalidad de la comunicación y de la interacción social”, en el libro del mismo autor, *Estudios éticos*, Barcelona, 1986.

no las he confrontado con las posibles objeciones y contraargumentos de los otros en un discurso abierto y sin exclusiones.

Las condiciones morales de validez del discurso moral, y del discurso racional en general, se pueden sintetizar en los tres principios enunciados: 1) el principio de no violencia, 2) el principio de simetría o de equidad y, 3) el principio de no exclusión. Si bien hemos mencionado algunas implicaciones de dichos principios, su significado y alcance debería ser objeto de un desarrollo mucho más amplio. Estos son ya principios morales fundamentales, pero además son reglas constitutivas del procedimiento que se debe respetar para la fundamentación válida de todas las otras normas y juicios morales. Es decir que ninguna práctica social, norma, código de normas o institución es moralmente aceptable si no puede exponerse a la crítica mediante un discurso realizado en las condiciones normativas de estos principios. Las pretensiones de validez normativa que no han pasado por este procedimiento de justificación o validación están privadas de fuerza moral vinculante, o bien son, quizás, directamente inmorales.

La ética discursiva sostiene que el examen crítico y la justificación racional de la moralidad de las máximas, o de las normas para los diferentes campos de la acción humana, y de los juicios morales sobre las acciones concretas, no puede realizarse mediante la sola reflexión moral de la conciencia, como presuponía Kant. El procedimiento adecuado para la fundamentación de normas y para el tratamiento de los conflictos morales es el discurso, el cual debe respetar en principio las tres condiciones normativas de validez apuntadas. Pero estos discursos para la determinación del contenido concreto de las normas referidas a las diversas situaciones de la interacción entre los individuos y entre los grupos en los diferentes contextos sociales e institucionales, solamente pueden ser llevados a cabo de manera competente por los propios sujetos o actores morales involucrados, con la participación de todos los afectados. Se tiene que rechazar, por lo tanto, cualquier forma de paternalismo que pretenda subrogar el juicio y la decisión de los propios sujetos morales. La pretensión de algún presunto legislador moral de sustituir estos discursos morales de los involucrados violaría el principio de la autonomía moral de las personas en cuanto sujetos responsables de la acción. Pero la autonomía moral de un ser racional no lo exime, sino que le exige precisamente la apertura al diálogo con los demás, la actitud de escuchar a los otros y tomar en serio sus opiniones y argumentos, respetando el procedimiento del discurso y sus principios normativos como *condiciones de la moralidad y de la propia racionalidad humana*.

Segunda Parte

C a p í t u l o 4

ÉTICA, TEORÍAS DEL DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL

La figura del juez y la función judicial pueden considerarse como una de las más antiguas de las sociedades humanas. El juez sirve al derecho y a las instituciones, pero la conciencia del derecho no se hizo reflexiva sin la personificación de la Justicia en la figura del juez. En tal sentido el juez, como el derecho, son más antiguos que todas las otras instituciones; existieron incluso antes que las leyes.¹

La reflexión sobre el sentido de la función del juez en la sociedad actual no es una cuestión que interesa solamente a los jueces y juristas sino a todos los miembros de esta sociedad, porque ella habrá de responder a la pregunta por *el sentido de la Justicia* como institución fundamental del Estado de derecho democrático y de todas las instituciones de una República. Debido seguramente a los hechos mencionados, la representación tradicional de la función del juez lo reviste de una extraordinaria y temible autoridad que, al interpretar y aplicar las leyes conforme a las cuales vivimos, se extiende a todos los espacios de la vida social. Las importantes facultades que inviste la función judicial parecen requerir a estos funcionarios también unas extraordinarias cualidades morales e intelectuales, y las más exigentes pautas de conducta.

Una de las cargas de ser un juez es la expectativa social de que uno se eleve por encima de la posición del común de los hombres y sea capaz de dispensar justicia con una objetividad semejante a la sabiduría divina. Independiente de las presiones de la vida cotidiana y libre de influencias políticas, el juez tiene

¹ “Das Richteramt ist ein Urberuf in der menschlichen Gemeinschaft. Der Richter dient der Recht und wie dieses ist auch er älter als das Gesetz”, Josef Piegl, “Der Richter im Rechtstaat”, *Österr. Juristenzeitung*, 1965, S. 505, cit. en: Herbert Schambeck, “Richteramt und Ethik”, en *Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte*, Band 15, Duncker and Humboldt, Berlin.

que resolver las más difíciles disputas legales con la sabiduría de un Salomón. Tal es la representación idealizada del juez, y este tendría que aspirar a ser algo de eso. Pero tal idea tiende a oscurecer la dimensión humana de la tarea práctica de administrar justicia.²

Los jueces pueden experimentar la imagen tradicional y las expectativas consecuentes sobre su persona como una sobreexigencia agobiante, pero también pueden refugiarse en ella como un halo protector que refuerza su autoridad. La representación mencionada mantiene todavía el rastro de las imágenes míticas que sacralizaban la autoridad en las sociedades arcaicas.³ Ninguna de estas dos actitudes me parecen aceptables. Ni sobrecargar a los jueces con exigencias sobrehumanas de objetividad e imparcialidad, ni encubrir sus falencias humanas mediante la sacralización de su función. La actitud crítica comienza más bien por reconocer que la objetividad y la imparcialidad son ideales muy difíciles de alcanzar; que los juicios y las decisiones humanas (en todos los campos del conocimiento y de la acción) son falibles y están enraizados en la subjetividad. Como ha escrito Karl Popper, la respuesta adecuada a la pregunta fundamental de la epistemología, “¿cómo podemos detectar el error?”, no puede ser otra que la siguiente: “criticando las teorías y presuposiciones de los otros y —si podemos adiestrarnos para hacerlo— criticando también nuestras propias teorías y presuposiciones. Esto último es sumamente deseable, pero no indispensable; pues si nosotros no criticamos nuestras propias teorías, siempre habrá otros que lo hagan”.⁴ El realismo filosófico nos recomienda un cierto escepticismo con respecto a las posibilidades y alcances de la autocrítica. La crítica de los propios prejuicios es lo más difícil, pocas veces

² A. Wayne MacKay, “Judicial Ethics: Exploring Misconduct and Accountability for Judges”, Dalhousie University, 1995, Discussion Paper for Commonwealth Chief Justices Roundtable Meeting, website address: <<http://is.dal.ca/~cjei/mackay.html>>, p. 3.

³ Siguiendo a Durkheim, reconstruye Habermas el sentido y la función de la autoridad en las instituciones arcaicas como el resultado de una peculiar simbiosis de facticidad y validez que suscitaba en las comunidades, al mismo tiempo “fascinación” y “terror”. La amenaza de un poder vengativo, actualizada mediante ritos y narraciones míticas, estaba fusionada con la fuerza interna vinculante de la creencia en la validez indiscutible de las prescripciones que regulaban la existencia y la fe en la autoridad de sus guardianes (los cuales reunían y personificaban todos los poderes que la sociedad moderna ha dividido y despersonalizado). La ambivalencia de este modo de validez, que se conectaba con lo sagrado, reunía dos momentos que son incompatibles para la cultura moderna: una absoluta “fuerza” de convicción, y un poder irresistible que nadie se atrevería a desafiar. Ambos tipos de fenómenos tienden a desaparecer, además, del campo de la experiencia contemporánea (cf. J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Fráncfort, 1992. Hay traducción al castellano: *Facticidad y validez. Contribuciones para una teoría discursiva del derecho y del estado de derecho democrático*, Madrid, 1998. La traducción castellana de mi antiguo amigo Manuel Jiménez Redondo tiene muchas imprecisiones, además de idiosincrasias idiomáticas de difícil o ambigua comprensión para un lector argentino, por lo cual, si bien la tengo en cuenta aquí, cito y traduzco de nuevo en la mayoría de los casos, directamente del texto alemán. A continuación del número de página agrego en las referencias (entre paréntesis, o en cursiva), la página correspondiente de la traducción castellana).

⁴ Karl Popper, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, 1983, p. 50.

se practica y, en todo caso, tiene un umbral bastante bajo y nunca es enteramente confiable. Por eso el conocimiento objetivo y la búsqueda de la verdad requieren ante todo esta otra condición *moral*: la disposición para escuchar a los demás, para aceptar sus buenas razones y para retractarse a sí mismo, o la apertura al *diálogo crítico*. Este sentido popperiano del falibilismo de la razón no es extraño por cierto a la literatura de la teoría del derecho, pero tiene que hacer todavía probablemente mucho camino en la conciencia y en la práctica de los jueces. “El juez que, antes de escuchar un caso, tiene la conciencia de que todos los hombres piensan con determinados prejuicios y pueden ser engañados por sus preferencias, tiene mayores posibilidades de hacer un esfuerzo consciente para lograr mayor imparcialidad y desapasionamiento que aquel que se cree que su elevación al tribunal lo ha transformado de una sola vez en el instrumento deshumanizado de una infalible lógica de la verdad”.⁵

Puede pensarse que la actitud derivada del falibilismo y la postulada apertura para escuchar todas las opiniones, situarían al juez en una posición de vulnerabilidad y debilidad frente a las influencias externas que pondría en riesgo el otro principio fundamental de *la independencia judicial*. “No es aceptable nada que lesione la seguridad de la investidura judicial, que socave la posición de respeto en que tradicionalmente se han mantenido los jueces o, para decirlo brevemente, que amenace directa o indirectamente la independencia de la función judicial”.⁶ No debería olvidarse sin embargo que el fundamento de la exigencia del mayor respeto a la independencia de juicio de los jueces es que estos deben estar libres de todo tipo de presiones o influencia para la búsqueda de la verdad objetiva de los hechos y para poder aproximarse lo más posible a la imparcialidad en sus sentencias.

La independencia judicial es concebida casi siempre de manera meramente *negativa* y parcial, como la remoción de *obstáculos externos*. Pero es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que los obstáculos más difíciles de vencer para alcanzar la buscada imparcialidad son los *obstáculos internos*, de los propios prejuicios. Es un engaño pensar que la remoción de las presiones y condicionamientos externos, o la protección contra ellos, es la *condición suficiente* para la independencia de juicio, como si esta fuera una propiedad natural y espontánea del sujeto. “La imparcialidad no plantea el requerimiento [imposible] de que el juez no tenga opiniones y simpatías; lo que se requiere es que, a pesar de ellas, el juez sea interiormente libre y capaz de dar cabida a diferentes puntos de vista, y que sea capaz de actuar en relación a ellos con una adecuada apertura de espíritu”.⁷ Es necesario

⁵ B. L. Shientag, “The Virtue of Impartiality”, en G. R. Winters (ed.), *Handbook for Judges*, American Judicature Society, 1975.

⁶ James Burrows Thomas, *Judicial Ethics in Australia*, Sydney, The Law Book Company, 1988, p. 86.

⁷ Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges*, Ottawa, Ontario, 1998, p. 31.

hacerse además la pregunta acerca de cuáles son las condiciones o *los medios positivos* de la independencia. No sólo qué es necesario impedir, de qué se debe preservar al juez para que pueda ser independiente, sino qué es *necesario hacer*, qué tiene que tener en cuenta un sujeto para lograr una verdadera independencia de juicio.

En la medida en que se tienen en cuenta las distinciones precedentes, de las presiones externas y los obstáculos epistemológicos internalizados, u originaarios de la propia subjetividad, y la distinción de las condiciones negativas y los medios positivos que presupone la independencia, cambia o se diversifica también el sentido y la dirección de esta exigencia. “La independencia no es un derecho privado de los jueces, sino una condición de la imparcialidad del juicio y, por lo tanto, *un derecho constitucional de todos los ciudadanos*”.⁸ Es la sociedad civil la que tiene que plantear por lo tanto la exigencia de que los jueces reúnan todas las condiciones y pongan todos los medios adecuados para lograr el mayor grado posible de independencia. Pero esta exigencia se tiene que plantear en primer lugar frente a los propios jueces, como independencia de juicio respecto a sus inclinaciones y opiniones o prejuicios personales, etc. En segundo lugar, y en la medida en que puede confiar en la independencia interna de los jueces, la sociedad tiene que unirse a ellos, para defender junto con ellos la independencia judicial frente el poder político y a otros poderes sociales que pueden influir o condicionar sus decisiones.

Otra distinción más recurrente en la literatura judicial es la que se refiere a la independencia, no ya como una cualidad del juicio y de la persona del juez, sino como una atribución colectiva de la Administración de Justicia, o del Poder Judicial como institución, frente a los otros poderes del Estado. En el primer caso se trata de una cuestión epistemológica y moral; en el segundo de una cuestión política y de derecho constitucional. La reivindicación de la independencia en este último sentido se conectan con el objetivo político de sustraer al Poder Ejecutivo incluso las decisiones burocráticas, de administración de la judicatura y de regulación de la carrera judicial, y de trasladar las competencias respectivas por ejemplo a un consejo de la Magistratura. Pero en la medida en que el Poder Judicial cobra autonomía dentro del Estado, cabe preguntarse entonces cómo juegan y se articulan las relaciones de poder dentro de esta institución, quiénes detentan el poder real dentro de este poder, hasta donde llega su control de las decisiones individuales de los jueces, y cuáles son las garantías de la transparencia y del control externo, democrático, de esta corporación autónoma. “La reivindicación de la autonomía del Poder Judicial, y el funcionamiento de la misma, puede suponer, algunas veces paradójicamente, más que una garantía, una amenaza para la independencia

⁸ Ibídem, pp. 8 y 30.

del juez [...] en todo caso, lo que no se debe olvidar es que la verdadera independencia judicial es la personal, y que cualquier otro tipo de independencia de tipo institucional debe construirse en función de aquella".⁹

Es necesario otorgar por lo tanto a los tribunales tanta independencia cuanta sea necesaria para que los jueces puedan prescindir de los posibles impedimentos y para apartar los condicionamientos que pueden apartarlos de la búsqueda de la verdad objetiva y de la justicia. Lo que habrá que discutir entonces es si esta búsqueda se entiende conforme al modelo del solipsismo metódico del racionalismo de la modernidad, o conforme al modelo intersubjetivo del discurso, que se ha desarrollado en la filosofía contemporánea. En esta discusión se da por supuesto que la objetividad y la imparcialidad son "valores" fundamentales que *se deben buscar* en el ejercicio de la función judicial, pero voy a sostener que la posible aproximación a estos ideales tiene que apoyarse más en las reglas procedimentales objetivas-intersubjetivas del discurso que en la presuposición o en la exigencia de cualidades subjetivas especiales y extraordinarias de los jueces. La subjetividad humana ordinaria del juez es ineliminable y merece en cambio una valoración enteramente positiva.

Ha comenzado a emerger una concepción más moderna del rol de los jueces, que es más tolerante con los elementos de la subjetividad. Los que sostienen esta nueva versión argumentan que una completa separación o neutralización de todas las percepciones subjetivas del juez haría del proceso de dictar sentencia algo meramente mecánico e inhumano. Semejante neutralización sería, además, virtualmente imposible de obtener. El desafío reside en integrar los dos roles. El argumento a favor de la representación en la administración de la justicia se apoya en este paradigma: la integración de un mayor número de perspectivas favorece una mayor apertura y compulsa otras maneras de ver las cosas. Con esto se desmontan, a su vez, los estereotipos que, en cambio, no se verían confrontados mientras no sea cuestionada la imagen dominante de la objetividad (A. Wayne MacKay, 1995, p. 4).

La crítica de la ingenua concepción filosófica que presume que la imparcialidad es una virtud del *sujeto* del conocimiento, que él puede cultivar y practicar en solitario, o que es una propiedad *a priori, de la razón pura* (cosa que no fue sostenida ni por el propio Kant), y el señalamiento de que la abstracción del inevitable rol de la subjetividad en la toma de decisiones personales es una forma de

⁹ C. García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, 1997, pp. 162-163. Sobre el problema de la independencia judicial en la Argentina, cf. R. Gargarella, *La justicia contra el gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. 9, "La Justicia dependiente de la política. El caso Argentino", pp. 229-261, con bibliografía.

“encubrimiento ideológico” (para emplear una provocativa expresión en desuso) no implica necesariamente el escepticismo sobre las *pretensiones del validez* del derecho, el cual ha de garantizar mediante la racionalidad de los procedimientos de su producción y de su aplicación judicial tanto: 1) la pretensión de *legitimidad y de justicia* en cada situación particular, como 2) la *seguridad jurídica*, es decir la estabilidad y previsibilidad de las expectativas de comportamiento sancionadas por las leyes. Ambas garantías deben ser al mismo tiempo salvaguardadas en el nivel de la praxis de las decisiones judiciales. “Para satisfacer la función social integradora del orden jurídico y la pretensión de legitimidad del derecho, los fallos de la justicia han de cumplir al mismo tiempo las condiciones de la *consistencia* [con todo el contexto normativo del sistema jurídico vigente] y de la *aceptabilidad racional*”.¹⁰ Esta última presupone algo más que la corrección formal del silogismo jurídico y la legitimidad de sus premisas legales.

1. LA CAPACIDAD DE JUZGAR Y EL SENTIDO COMÚN

Hannah Arendt ha encontrado en la primera parte de la *Crítica del juicio*, de Kant, un punto de partida para un pensar diferente al de la lógica de la ciencia, que permitiría la comprensión filosófica de lo político: “el pensamiento político se basa esencialmente en la capacidad de juzgar (*Urteilskraft*)”.¹¹ Si bien estamos de acuerdo con la tradición que ha marcado las importantes diferencias entre el derecho y la política, ello no debería llevar al desconocimiento de sus estrechas relaciones y de que los fundamentos de las decisiones judiciales tienen casi siempre un componente político. En términos más generales, es posible analizar los rasgos y los presupuestos comunes de todos los *juicios valorativos*, ya sean estéticos, políticos, morales o jurídicos. Para comprender estos enunciados puede ser de gran ayuda tener en cuenta algunas indicaciones sobre la *Urteilskraft* en el mencionado libro kantiano, que mejor se debería traducir como “capacidad de *discernimiento*”. H. Arendt aclara de esta manera su propia interpretación:

La palabra juzgar tiene en nuestra lengua dos significados completamente diferentes que siempre se mezclan cuando hablamos. Por una parte alude al subsumir clasificatorio de lo singular y particular bajo algo general y universal, al medir, acreditar y decidir lo concreto mediante criterios regulativos. En tales juicios hay un prejuicio, se juzga sólo lo individual pero no el criterio ni su adecuación a lo que mide. También sobre dicho criterio se juzgó una vez y, aunque ahora este juicio se omite, se ha convertido en un medio para poder seguir juzgando. Pero por otra parte juzgar puede aludir a algo completamente

¹⁰ J. Habermas, o. cit. pp. 242-243 (267).

¹¹ H. Arendt, *¿Qué es la política?*, Barcelona, 1997, p. 53.

distinto, cuando nos enfrentamos a algo que no hemos visto nunca y para lo que no disponemos de ningún criterio. Este juzgar sin criterios previos no puede apelar a nada más que a la evidencia de lo juzgado mismo, y no tiene otros presupuestos que la capacidad humana de juicio, la cual tiene mucho más que ver con la capacidad para diferenciar que con la capacidad para ordenar y subsumir (Arendt, 1997, p. 54).

La actividad del entendimiento que unifica con sus categorías lo múltiple de la intuición es ya un juicio, pero a esta forma de juzgar la llama Kant *juicio determinante*, porque el concepto universal, la ley, o el criterio del juicio, no es descubierto en lo particular, no surge de lo dado en la intuición, sino que es anterior, o a priori, y es aplicado a la experiencia para construir (o regular) el orden de los fenómenos. La facultad del juicio, en cambio, de la que trata la tercera *Crítica*,¹² es la del *juicio reflexivo*, o reflexionante, y su reflexión es una búsqueda del sentido y el valor de lo dado en la experiencia. Especialmente en el juicio estético está claro que este sentido no puede ser puesto por el sujeto que conoce, sino que ha de ser descubierto o aprehendido en la cosa misma, porque la experiencia de lo bello, la creación estética del arte, no pueden comprenderse mediante los preconceptos que ya poseemos. Esta búsqueda es reflexiva en cuanto se vuelve hacia el propio sentimiento estético y lo contrasta con el sentido intersubjetivo del buen gusto, a fin de trascender el subjetivismo de la apreciación singular. Aunque estos juicios no sean *demonstrables* mediante *conceptos*, o premisas lógicas, a la manera de los enunciados de la ciencia, por la vía de la intersubjetividad y de la apelación al *sentido común* este tipo de juicios alcanzan también una validez universal que puede ser comprensible y pretende ser reconocida por todos los demás.

Este último tipo de juicio es el que se requiere según Arendt frente a los acontecimientos y situaciones siempre nuevas de la acción humana, de la vida política y de la historia que (al igual que las obras de arte) no pueden subsumirse como casos bajo un concepto general, como los fenómenos repetitivos de la naturaleza. Este tipo de juicio sin criterios generales previos es posible, como lo había expuesto Kant, porque disponemos de “un sentido de la verdad, de la conveniencia, de la justicia, etc.”. A este sentido de las cosas, que es parte de la manera común humana de juzgar, es al que se alude también con el nombre del *sensus communis*, según la reinterpretación kantiana de esta expresión, porque es un sentido que es común a todos y que “tiene en cuenta por el pensamiento el modo de representación de los demás, ateniendo su juicio, por así decirlo, a la razón total

¹² La capacidad de discernimiento se encuentra en cierto modo en una posición intermedia entre el *entendimiento*, que tiene un uso teórico pero limitado al fenómeno, y la *razón* en sentido kantiano, la cual accede de algún modo a la inteligibilidad nouménica, pero sólo tiene un uso práctico. Lo que está en obra aquí es el *pensar* en cuanto diferente del mero *conocer*.

humana para evitar así el engaño que puede surgir de las condiciones privadas subjetivas [...] Esto se realiza comparando el propio juicio con otros juicios [...] y poniéndose en lugar de cualquier otro” (Kant, *Crítica del juicio*, § 40).¹³

Las significativas determinaciones kantianas sobre el juicio reflexivo en la Tercera Crítica han sido intensamente estudiadas en tiempos recientes y han dado lugar a diversas interpretaciones y a nuevos desarrollos. Allí encontramos la indicación de que la condición previa, podríamos decir que tanto para la independencia como para la imparcialidad del juicio, es lo que él llamó “la apertura o amplitud del pensamiento”.

Aquí no se trata de la facultad de conocimiento, sino del *modo de pensar* [...] Por muy pequeños que sean la extensión y el nivel hasta donde alcanzan las dotes naturales de un hombre, el hombre amplio en el modo de pensar muestra, sin embargo, que puede apartarse de las condiciones privadas subjetivas del juicio, dentro de las cuales tantos otros están como encerrados, y reflexiona sobre su propio juicio desde *un punto de vista universal*. Este se puede alcanzar solamente poniéndose en el punto de vista de los demás (Kant, *Crítica del Juicio*, (§ 40).

No se trata de dejarse guiar sin más por los juicios de los otros, porque para Kant la primera máxima es “pensar por sí mismo”. Pero el rendimiento más elevado del cultivo de esta máxima es el que se obtiene precisamente mediante la amplitud de pensamiento que alcanza la capacidad de pensar por sí mismo también “en lugar de cada uno de los otros”, es decir, “desde el punto de vista todos los demás”.

Antes de ver la derivación que Arendt desarrolla a partir de esta idea, me parece ilustrativa, como comentario a este texto de Kant, una página inesperada aquí de *La rebelión de las masas* de Ortega y Gasset, aunque él no cite expresamente a Kant en este contexto. Para Ortega la carencia de esta amplitud de pensamiento en el sentido de Kant es lo que caracteriza al hombre masa de la sociedad contemporánea, y esta impermeabilidad frente a toda otra instancia diferente o superior a su propio nivel de pensamiento y de conciencia, es la que le otorga a este peculiar tipo humano una especial seguridad y firmeza en sus convicciones privadas e idiosincrásicas, lo que lo induce a afirmarse a sí mismo tal cual es, y a dar siempre por bueno y suficiente, sin discusión, su haber moral e intelectual. “Esta satisfacción consigo mismo es lo que lo lleva a cerrarse a todo punto de vista exterior, a no escuchar a los otros y no poner en tela de juicio sus opiniones, en una palabra, a no contar con los demás. La masa —¿quién lo diría, al ver su aspecto

¹³ Para una confrontación de esta definición kantiana del “sentido común” con la tradición estoico-romana del *sensus communis*, con el concepto escolástico de Tomás de Aquino y con la doctrina del *common sense* de los ingleses, cf. H.-G. Gadamer, 1993, pp. 48-66.

multitudinario y compacto?— no desea la convivencia con lo que no es ella”, rehuye el diálogo y la confrontación de opiniones porque no comprende ni acepta la diversidad, es hostil para todo lo que no es como ella. Por eso tiene una tendencia invencible a la imposición mediante el régimen de la “acción directa”. Ortega estaba pensando muy probablemente en el fenómeno del nacionalsocialismo cuando escribía estas páginas sobre la barbarie de la masificación. “El hermetismo innato de su alma” le impide al hombre masa abrir sus horizontes y ejercitarse en la ampliación del pensamiento que requería Kant, lo que sería condición previa para descubrir su ignorancia o sus errores; la autosuficiencia le impide o le hace sentir como innecesario confrontar sus opiniones, compararse con otros seres. “Compararse sería salir un rato de sí mismo y trasladarse al prójimo. Pero el alma mediocre es incapaz de transmigraciones —deporte supremo”. Carece de la aptitud para situarse en el lugar de los otros y hacer el ensayo de mirar las cosas desde otra perspectiva. (Y cuando no tiene más remedio que prestar atención a comprensiones y valoraciones diferentes de las cosas que le salen al cruce, reacciona con violencia verbal, o de la otra).

Nos encontramos, pues, con la misma diferencia que eternamente existe entre el tonto y el perspicaz. Este último siempre se sorprende a sí mismo a punto de actuar o de hablar como un tonto, por eso escucha a los otros, y hace el esfuerzo por escapar a la tontería, siempre inminente, de sí mismo, y en esto consiste la inteligencia [o el sentido común, para decirlo con Kant]. El tonto, en cambio, está demasiado seguro, no se sospecha a sí mismo: se parece discretísimo, y de ahí la increíble tranquilidad con que el necio se asienta e instala en su propia torpeza. Como esos insectos que no hay manera de extraer fuera del orificio en que habitan, no hay manera de desalojar al tonto de su tontería, llevarle de paseo un rato más allá de su ceguera y obligarle a que contraste su limitada y torpe visión habitual con otros modos de ver más amplios o más sutiles. El tonto es vitalicio y sin poros. Por eso decía Anatole France que un necio es más funesto que un malvado. Porque el malvado descansa algunas veces; el necio jamás.¹⁴

Perder el sentido común es, en cierto modo, perder la condición humana, o por lo menos segregarse de la comunidad del entendimiento intersubjetivo con los otros. Confrontar el propio juicio con el sentido común y “ponerse en el punto de vista de todos los otros” no significa para Kant sin embargo, como ya dijimos, abandonar la exigencia propia de la Ilustración de “pensar por sí mismo”, sino que significa ejercer esta facultad teniendo al mismo tiempo la “amplitud de pensamiento” para liberarse de la estrechez de la pura subjetividad. El propio Kant no ha

¹⁴ J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas* (1926), Buenos Aires, 1949, pp. 86-87 y 91-92.

sacado todas las posibles consecuencias de su doctrina del juicio para la ética y la filosofía política y del derecho. Esto es lo que intentaba hacer Hannah Arendt. El sentido común y el ejercicio de la capacidad de juicio se vinculan esencialmente para H. Arendt con la libertad política, porque el discernimiento del juicio y la confrontación de los puntos de vista sólo son posibles en un régimen de libertad. En este punto parece claro que Hannah Arendt va más allá de Kant:

Es también importante tener presente que la libertad de lo político depende por completo de la presencia de muchos y de su igualdad de derechos. Un asunto sólo puede mostrarse bajo sus múltiples aspectos cuando hay muchos a los que respectivamente aparece desde perspectivas diversas. Donde estos otros e iguales, así como sus opiniones son suprimidos, por ejemplo en las tiranías, en las que todo se sacrifica al punto de vista del tirano, nadie es libre, y nadie es capaz de discernimiento, ni siquiera el propio tirano (Arendt, 1977, pp. 112-113).

Es decir, cuando la libertad de la opinión pública ha sido suprimida, cuando la libre circulación del pensamiento se encuentra estrangulada y distorsionada, ya nadie puede *saber* a ciencia cierta *la verdad* de las cosas, porque no es posible confrontar las diversas percepciones de la realidad y los juicios de cada uno. Cuando la libre circulación de opiniones en el espacio público se encuentra cortada, el sentido común queda literalmente fragmentado y se disuelve. Ahora bien, una sociedad que ha perdido el sentido común sería una sociedad de tontos o de locos. “En esta misma línea, recuerda Arendt, Kant subraya en su *Antropología* cómo la locura consiste precisamente en haber perdido el sentido común” y en juzgar o actuar conforme a un *sensus privatus*, o *eigensinn*, que no puede ser compartido y resulta incomprensible para todos los demás.¹⁵

Una de las experiencias más impresionantes de los totalitarismos contemporáneos ha sido para H. Arendt la comprobación de cómo la eliminación del espacio público de la libre circulación y confrontación de opiniones, la incomunicación y el aislamiento de los individuos por temor a la delación y la atomización de la sociedad dominada por el terror, han producido la pérdida del sentido común humano y de la capacidad de juicio razonable del común de la gente. “En las circunstancias imperantes en el Tercer Reich tan sólo los seres *excepcionales* podían reaccionar *normalmente* y conservar el *sentido común*”.¹⁶ Es decir que las personas comunes habían perdido la capacidad de sentir y de juzgar como seres humanos normales. Eran incapaces de dar testimonio de sensibilidad humana frente las atrocidades de las que eran testigos y se hacían cómplices. “Los pocos individuos que

¹⁵ H. Arendt, *La vida del Espíritu*, Madrid, 1984, p. 526.

¹⁶ H. Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, 2^a ed. Barcelona, 1999, p. 47.

todavía podían distinguir entre el bien y el mal se guiaban solamente mediante su buen juicio privado, sin ayuda de normas o criterios comunes que pudieran aplicarse a la situación en que vivían” (*ibid.*, p. 444).

La relectura contemporánea de los textos de Kant le permite a H. Arendt una comprensión más profunda de cómo ha sido posible que sociedades enteras, con una gran tradición de alta cultura, y que habían transitado niveles significativos del proceso de modernización del mundo occidental, hayan podido consentir en pleno siglo XX los horrores de regímenes totalitarios como el nazismo y el estalinismo. Ese era el problema principal que esta judía alemana llevaba consigo como un drama existencial que la atormentaba en su exilio norteamericano. Pero sus análisis trascienden la explicación de esa tragedia excepcional, que quizás no vuelve a repetirse en la historia humana, y son aplicables también, con las debidas gradaciones, en situaciones normales, a las conductas de individuos, profesiones, grupos sociales, corporaciones o comunidades sectarias que se cierran sobre sí mismas hasta perder la amplitud de pensamiento del sentido común y la capacidad del juicio reflexivo.

En el contexto de las consideraciones iniciales introductorias a este capítulo, y de la teoría filosófica del juicio en general, es preciso tener en cuenta ahora y valorar las diferentes maneras de comprender la práctica de las decisiones judiciales que se han propuesto en la contemporánea teoría del derecho, las cuales se pueden agrupar bajo los siguientes rótulos: la comprensión hermenéutica, el realismo jurídico y la concepción positivista. Comenzaré por esta última, para mostrar después cómo las más elaboradas teorías vigentes de R. Dworkin y de J. Habermas responden de alguna manera a los problemas puestos de relieve por las concepciones mencionadas, sobre las cuales voy a seguir aquí, en parte, la exposición de este último autor.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA HERMENÉUTICA

El positivismo jurídico ha puesto especialmente de relieve, a través de teóricos como Hans Kelsen y H. L. A. Hart, la estructura del derecho como un sistema de reglas cuya consistencia lógica haría posible en la mayoría de los casos decisiones judiciales claramente conformes a los precedentes, o a las previsiones establecidas, e independientes de influencias externas al derecho mismo. Se presupone de alguna manera que el sistema jurídico está construido como una totalidad completa, cerrada y autónoma (que comprende las reglas primarias determinantes de las conductas y las reglas secundarias, referidas a la producción y aplicación de normas dentro del sistema) y cuyo funcionamiento puede ser impermeable al entorno.

En esta concepción “la validez de las prescripciones jurídicas se mide solamente por la observancia de los procedimientos jurídicamente establecidos para la sanción de normas. Esta legitimación mediante la legalidad del proce-

dimiento de la producción de las normas privilegia el origen [en este sentido podría hablarse de un punto de vista genealógico, pero que se limita al aspecto jurídico formal de la génesis de las normas], es decir, atiende solamente a la corrección del procedimiento de la *positivización* del derecho, o de la toma de decisiones, y no a la fundamentación racional del contenido de una norma. Las reglas son válidas porque han sido promulgadas conforme a las reglas previstas, por las instituciones encargadas de hacerlo. La legitimación de todo el orden jurídico se desplaza por lo tanto al *pasado* y se justifica a partir de una norma básica, o regla de reconocimiento, que todo lo legitima, sin ser ella susceptible de una justificación racional. El derecho tiene que ser aceptado conforme a la costumbre, como parte de una forma de vida histórica, fácticamente establecida [...] La razón y la moral quedan subordinadas en cierto modo a la historia [y a la facticidad consagrada por la costumbre]. Por eso la concepción positivista de la praxis de las decisiones judiciales tiene como consecuencia que [la atención exclusiva prestada a] la garantía de la seguridad jurídica, oscurece el problema de la racionalidad y de la justicia (*die Richtigkeitgarantie*)".¹⁷

Especialmente interesante para nuestro asunto es la manera como Habermas y Dworkin interpretan la concepción de la función del juez que se deriva de la teoría del positivismo jurídico, en el tratamiento de los casos difíciles (*hard cases*).¹⁸ En estas situaciones aparece de manera particularmente clara el problema hermenéutico fundamental de cómo justificar la razonabilidad de las decisiones del juez, cuando tiene que hacer una inevitable aplicación selectiva de las normas o tiene que recurrir a justificaciones de la sentencia que no tienen respaldo suficiente en el derecho positivo. El positivismo ha tratado a veces de barrer bajo la alfombra este problema y lo analiza como un síntoma de la inevitable vaguedad de las formulaciones jurídicas, que es consecuencia del hecho de estar expresadas en un lenguaje *tan impreciso* como el lenguaje cotidiano. (Habría que poner de relieve que la aludida "imprecisión" del lenguaje ordinario no es una deficiencia, sino la consecuencia de la mayor riqueza, significatividad y proximidad al sentido común). La teoría del positivismo, no obstante la fuerte polémica de Carl Schmitt con Kelsen, tiene una resolución *claramente decisionista* en el nivel de la práctica judicial, dejando un amplio margen a la discrecionalidad de los jueces. Pero la estrategia de la *práctica* del juez formado en esta filosofía suele ser en cambio la de los investigadores que no se han dejado instruir por el falsacionismo popperiano, y tienen la mirada fija en el caso típico que describe

¹⁷ Habermas, o. cit., pp. 247-248 (271-272).

¹⁸ *Casos difíciles* son aquellos en los que las normas disponibles no permiten juzgar con certeza, ya sea porque no existe una norma directamente aplicable y el juez se encuentra con una de las llamadas "lagunas" del derecho vigente, cuya completitud es siempre, incluso para los positivistas, en alguna medida deficiente, ya sea porque existen varias normas que permitirían justificar sentencias diferentes y entonces la legislación aparece como inconsistente porque las normas serían contradictorias.

la norma, buscando en la investigación del caso que tienen que juzgar todas las pruebas confirmatorias de la tipificación. Se olvida, con esto, que el espíritu crítico de toda investigación consiste justamente en la actitud contraria, en la búsqueda de los datos que pueden refutar la hipótesis. Si solamente se buscan los datos confirmatorios, seguramente casi siempre se van a encontrar. Cuando uno busca justificar un prejuicio, casi siempre puede encontrar datos y argumentos que lo corroboren. En la inmensa complejidad del mundo y de las situaciones concretas cada uno puede encontrar lo que busca (o creer que lo ha encontrado), con lo cual logra la autosatisfacción de sus deseos o de sus prejuicios, pero no la verificación de las hipótesis y el conocimiento objetivo.

En el lugar decisivo de la resolución del juez, la lógica del sistema jurídico no alcanza para la adecuada determinación de un estado de cosas y para juzgar con la deseada certeza los casos particulares, entonces “el juez no tendrá más remedio que decidir conforme a su propio criterio”. El espacio vacío de discrecionalidad tiene que ser cubierto mediante consideraciones propias del responsable de la decisión. Las dudas, o las preguntas que deja planteadas esta teoría son: si constituyen éstas solamente dificultades especiales, que se plantean en casos excepcionales, y qué garantía de protección de sus derechos tienen los ciudadanos abandonados a la discreción de un individuo cuya sabiduría y cuya virtud éste nunca podría acreditar de manera suficientemente confiable. ¿Es dable esperar que un código de ética judicial pueda llenar este vacío de la ciencia y del sistema jurídico?

La hermenéutica filosófica sostiene, con respecto al primer interrogante, que la actividad de juzgar, en cuanto trabaja con categorías generales, pero se refiere a lo singular, se encuentra *siempre*, especialmente en las cosas humanas, en una situación de perplejidad, o de *indecidibilidad* desde el punto de vista lógico. El modelo convencional de la decisión judicial como la subsunción de un caso particular bajo la correspondiente ley general resulta problemático porque no es posible contar con otra regla para aplicar la regla o la ley general en cada caso. Este problema, que Aristóteles había intentado resolver por la mediación de la *phrónesis* (o la prudencia), es el que se plantea claramente de nuevo en la primera parte de la *Critica del juicio* de Kant, como hemos visto en el apartado anterior. En ese *hiatus* insalvable para la lógica, que ya no puede disponer de un principio que le permita demostrar qué regla o concepto es el que se aplica en el caso particular, se ubica también el lugar propio de la hermenéutica filosófica contemporánea.¹⁹ *La hermenéutica jurídica* se ha dejado instruir por esta tradición del pensamiento

¹⁹ Cf. H.-G. Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca, 1993, p. 62. Cf. también en el contexto de los puntos de vista que aquí exponemos, la discusión de Jacques Lenoble, “Law and Undecidability”, en M. Rosenfeld and A. Arato, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley, California, 1998, pp. 37-81 y la respuesta de Habermas a sus críticos, en el mismo volumen: “On the Logic of legal Discourse”, pp. 426 y ss.

filosófico y ha puesto de relieve la forma que cobra en este campo *el círculo de la comprensión*.²⁰ Un estado de cosas conforme a regla (*ein regelkonform Sachverhalt*), queda constituido como tal solamente en cuanto se lo describe en los conceptos de la norma que se le aplica; pero el significado de una norma se concreta o se revela, a su vez, en cuanto ésta encuentra aplicación a un caso particular, o a un estado de cosas reglado por ella. Este círculo parece inevitable, pero no se trata de un círculo vicioso en el sentido de la lógica formal, sino del círculo hermenéutico, el cual, como ya había escrito Heidegger en el clásico parágrafo 32 de *Ser y tiempo*, es la condición de posibilidad de toda comprensión.

Toda interpretación que haya de acarrear comprensión tiene que haber comprendido ya lo que trate de interpretar [...] La demostración científica no puede dar ya por supuesto aquello que tiene por misión fundamentar. Pero si la interpretación tiene ya en cada caso que moverse dentro de lo comprendido y alimentarse de ello, ¿cómo va a dar resultados científicos sin moverse en un círculo...? Pero ver en este círculo un *circulus vitiosus* y andar buscando caminos para evitarlo, e incluso simplemente sentirlo como una imperfección inevitable significa no comprender, de raíz, el comprender [...] Lo decisivo no es salir del círculo, sino entrar en él del modo justo. Este círculo del comprender no es un círculo en el que se movería una cierta forma de conocimiento, sino que es la expresión de la pre-estructura existencial del propio *Dasein*, es decir, del ser humano en cuanto siempre ya históricamente situado.²¹

El círculo hermenéutico se presenta de manera especialmente visible en la actividad intelectual de los jueces que tienen que decir y decidir lo que es derecho mediante la confrontación de la acción de unos hombres en determinada situación con un conjunto de textos normativos de carácter general. La interpretación comienza con una precomprensión valorativa que hace aparecer una relación previa entre norma y estado de cosas, y que abre el horizonte para la elaboración de nuevas relaciones.

Para la hermenéutica jurídica las condiciones de la rectitud en la aplicación de los textos normativos se sitúa en un nivel más fundamental que el de la semántica. La claridad, precisión y consistencia del lenguaje y del sistema jurídico son presupuestos importantes para la transparencia y el control, especialmente de las decisiones judiciales, pero en cuanto tales no constituyen todavía ninguna

²⁰ Cf. H.-G. Gadamer, *Verdad y Método II*, Salamanca, 1998, cap. 5, “Sobre el círculo de la comprensión”, pp. 63-70.

²¹ Cf. J. De Zan, “Sentido y validez. El círculo hermenéutico y la cuestión de la verdad en Gadamer”, en vol. col. en homenaje a Alberto Moreno, Córdoba 2004, por aparecer.

garantía de la justicia de tales decisiones [...] La norma no puede ser comprendida sin la representación de las circunstancias a las cuales se corresponde.²² Quien se representa un contenido normativo lo conecta con ciertos hechos, pensados u observados. De la misma manera como no *se da* ninguna norma (o deber-ser) con abstracción de todo ser, no *se da* tampoco un estado de cosas abstracto de toda norma. Sería un sinsentido, por un lado, incluir todo estado de cosas bajo la consideración de un examen jurídico: para este examen son relevantes solamente aquellas circunstancias que, de manera trivial, pueden tener un significado jurídico, y la expresión “significado jurídico” no se puede comprender sin la representación de alguna regulación positiva. Por otro lado, lo más importante de destacar es que los estados de cosas son siempre el resultado de una selección y ordenamiento (o estructuración) de informaciones”.²³

Los problemas de la aplicación de normas a las situaciones concretas de la acción se plantean de manera especialmente significativa cuando se trata de las normas morales (que el propio actor debe aplicar a sus acciones), por cuanto éstas tienen un nivel de generalidad e indeterminación mucho más amplio que las normas jurídicas. Tanto es así que algunos filósofos contemporáneos dividen la teoría ética en dos grandes partes, la primera trata de los problemas de fundamentación de la ética y la segunda de los problemas de aplicación de las normas (*Anwendungsprobleme*). Paul Ricoeur (el principal representante de la filosofía hermenéutica en Francia) ha recapitulado sus investigaciones y reflexiones anteriores sobre este problema en uno de sus libros más importantes de 1996.²⁴ Ricoeur sostiene allí que la universalidad de la norma no puede tener nunca la última palabra, porque su aplicación directa y sin mediaciones en la diversidad de las situaciones de acción genera conflictos que la propia moral no podría resolver. Él plantea por lo tanto la necesidad de una “dialéctica de la ética y la moral” (empleando estos términos en el sentido que se ha explicado en el capítulo 1, pero podría hablarse también, con otro lenguaje más antiguo, de una dialéctica de los valores y las normas) la cual opera en la mediación del “juicio moral en situación”, o de la sabiduría práctica de la *phronesis* aristotélica. Hay que contar en la praxis con los conflictos que se originan no solamente en la unilateralidad y la obstinación del carácter de los sujetos de la acción, sino también “en la abstracción de los propios principios morales, o de la ley, confrontados con la complejidad de la vida”. Este es el tipo de

²² Cf. la bella imagen de Radbruch: “Una es la idea de la obra de arte cuando se la piensa realizar en mármol y otra diferente cuando se la piensa en bronce. Puede denominarse a esta relación entre idea y materia: la determinación material de la idea” (*Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, p. 17).

²³ W. Hassemer, “Juristische Hermeneutik”, *Archiv für Rechts- und Sozial-philosophie* nº 72, 1986, pp. 198 y 209.

²⁴ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, de 1990. Edición castellana: *Sí mismo como otro*, México, 1996. Sobre este libro, cf. J. De Zan, *Panorama de la ética continental contemporánea*, cap. 5, “La identidad moral, el bien y el deber. Paul Ricoeur”, Akal, Madrid, 2002, pp. 67-88.

situaciones que pone de relieve la tragedia, y que es un riesgo ineliminable de la acción humana. El autor realiza un bello análisis de “lo trágico en la acción” al hilo de la *Antígona* de Sófocles (cf. 1996, pp. 261-270).

Ricoeur habla de “la legitimidad del recurso a la intención ‘ética’ [o del recurso a los valores] cuando la norma conduce a conflictos prácticos” (1996, p. 175), este recurso se conecta con la *phrónesis* aristotélica y pone de relieve el aporte de la tradición hermenéutica. La tesis del autor es que, profundizando bajo la capa de la normatividad moral de la obligación, podemos reencontrar el sentido “ético” (*la visée ethique*; la versión española traduce: “objetivo ético”), desde el cual es posible reinterpretar el lenguaje de las normas, o devolverles su voz cuando estas han enmudecido (cf. 1996, p. 197; también: “Estudio noveno. El sí mismo y la sabiduría práctica”). La decisión sensata, cuando nos enfrentamos con conflictos de valores y de normas en la aplicación de las reglas generales a las situaciones concretas, es posible solamente mediante un proceso deliberativo que requiere el consejo y el diálogo de los involucrados; en las materias de interés general esta deliberación cobra la forma del debate público, porque la sabiduría práctica no es patrimonio del individuo solo. En esta reinterpretación del ejercicio de la *phrónesis* se aproxima Ricoeur a la idea del discurso práctico de los afectados como procedimiento para la toma de decisiones en la ética discursiva de Apel. En un nivel más amplio, los posibles conflictos de la moral universalista con las prácticas sociales y con las diferencias de las culturas, requiere para nuestro autor la noción paradojal de “universales en contexto”, que puedan “dar cuenta del equilibrio reflexivo que buscamos entre universalidad e historicidad. Sólo un diálogo real de las culturas podrá decir al término de una larga historia, todavía por venir, qué pretensiones de validez universal llegan a ser universales reconocidos” (Ricoeur, 1996, p. 266). Sobre esto volveremos en el capítulo 8.2, al tratar de los derechos humanos como derechos morales universales. La aplicación de las normas del derecho plantea en principio el mismo problema.

Una norma [jurídica] “comprende” solamente de manera selectiva una situación compleja del mundo de la vida, bajo los puntos de vista que ella ha establecido previamente como relevantes. El estado de cosas constituido por la propia norma, no agota nunca tampoco el amplio contenido de significado de una norma general, sino que lo hace valer también, a su vez, de manera selectiva. La descripción de este círculo señala un problema metodológico que toda teoría del derecho tiene que explicar [...] La hermenéutica cobra una posición propia en el campo de la teoría del derecho por el hecho de que ella resuelve el problema de la racionalidad en la fundamentación de las sentencias mediante la contextualización de la razón en las conexiones con la totalidad histórica de una tradición. Conforme a esto, la precomprensión del juez lleva la impronta

de los *topoi* que caracterizan a la forma de vida, o al *ethos* propio de una determinada tradición".²⁵

No solamente la legitimación de la norma viene de *la facticidad del pasado*, y es por lo tanto de tipo genealógico, como en el positivismo, sino que también la legitimación de la decisión del juez se remite a la *tradición*. Pero en la hermenéutica el pasado es visto de manera profundamente diferente, como una historia viva que llega hasta nosotros, cuya trama está tejida con la “ética” y los valores de la comunidad, y que es reinterpretada cada vez en el horizonte de la experiencia del presente.

La hermenéutica se hace cargo de manera explícita del problema crucial con el que tienen que enfrentarse los jueces en sus decisiones. Sus contribuciones son bien significativas, especialmente en cuanto a la formulación y a la comprensión de este problema que había sido marginado por el positivismo jurídico. Pero no obstante el debate secular de la hermenéutica filosófica con el positivismo, sus respuestas al problema planteado aparecen más próximas que lo que podía esperarse a las de su íntimo enemigo intelectual, y ambas resultan insatisfactorias, sin que esta apreciación signifique el desconocimiento de la indiscutible importancia de estas dos escuelas de pensamiento jurídico, cuyos aportes siguen siendo imprescindibles para la ciencia y la filosofía del derecho.

3. EL REALISMO JURÍDICO Y LA CRÍTICA

La presuposición de que todos los casos (o por lo menos la mayoría) pueden decidirse *normalmente*, a partir del derecho vigente, es decir, de forma enteramente consistente con las normas previas y, a la vez, de forma correcta o satisfactoria a la luz de los criterios morales de la justicia como equidad, ha sido sometida a diferentes críticas por las escuelas del *realismo jurídico*, las cuales han mostrado que las decisiones judiciales hacen jugar en los hechos criterios y motivaciones que responden a los intereses y a las expectativas actuales de las partes y de todos los directa, o indirectamente, involucrados en los procesos judiciales, es decir del público en general, cuya comprensión y aprobación necesita el tribunal para legitimar sus decisiones en el presente, buscando quizás en cada caso un equilibrio reflexivo entre las pretensiones en conflicto.

“Los realistas pedían un enfoque ‘científico’, que estableciera más bien lo que los jueces hacen que lo que ellos dicen, y cuál es el impacto que tienen sus

²⁵ J. Habermas, o. cit. 1992, p. 244 (269). Estas formulaciones de Habermas reproducen el resultado de los análisis del jurista francfortiano W. Hassemer (o. cit., pp. 208-210). Sobre esta relación que me gustaría llamar dialéctica de la interpretación del significado y la constitución del estado de cosas del caso al que se le aplica, volveré en el Capítulo 8.7.

decisiones sobre la comunidad como tal”.²⁶ Desde el punto de vista del observador externo de los procesos judiciales podría observarse que, más allá de la fundamentación explícita o formal de sus decisiones en el derecho vigente, las decisiones de los jueces están de hecho, en mayor o menor medida, determinadas por este otro tipo de consideraciones extrajurídicas que se orientan a satisfacer las expectativas de las partes, o del público en general, y especialmente del poder constituido, político, económico y cultural. Las decisiones de los jueces revelan además, como todas las decisiones humanas, las actitudes y tendencias propias del sujeto que decide, la personalidad del juez, su identidad cultural, social y política, de la cual no puede despojarse el juez en ningún momento, como ya lo había puesto de relieve la hermenéutica. En el capítulo 5.5, discuto el análisis de un caso muy significativo que se puede encuadrar, en líneas generales, en el marco de esta teoría, influida ahora por una particular comprensión del giro pragmático de la filosofía más reciente.

El llamado *Critical Legal Studies Movement*²⁷ replantea el tipo de observaciones de las teorías realistas anteriores, pero abandona la perspectiva neutral de las ciencias sociales que describen los hechos en tercera persona, y se sitúa en la posición del participante, como el propio juez, para desarrollar una crítica desenmascaradora de las prácticas judiciales. A estas teorías críticas que se han planteado desde dentro del propio campo de las ciencias jurídicas pueden conectarse otras elaboradas fuera del campo de los juristas por filósofos y sociólogos. El método genealógico que Foucault había aprendido de Nietzsche tiene especialmente en el derecho penal un campo privilegiado de experimentación. J. Derrida ha vinculado su práctica filosófica de la deconstrucción con los desarrollos de la *Critical Legal Studies* en EE. UU.²⁸ P. Bourdieu ha esbozado con su propio método una sociología crítica refinada del derecho, comenzando por la revisión de la teoría crítica estándar que proviene del marxismo. La sociología tiene que romper, según este autor, con dos ideologías opuestas: la internalista, de la independencia del derecho y del cuerpo judicial, y las teorías externalistas que pretenden poder explicar el sistema jurídico como un *reflejo directo* de las relaciones de fuerza existentes entre las clases sociales, empleando de manera metódica el modelo arquitectónico (o mecánico) de la superestructura. “Pero los marxistas estructuralistas paradójicamente han ignorado la *estructura* de los sistemas simbólicos y, en particular, la *forma* específica del sistema jurídico”. Tanto las mencionadas explicaciones internalistas como las externalistas han ignorado la existencia de un universo social relativamente autónomo, en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica, que es:

²⁶ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984 , p. 46.

²⁷ Cf. la bibliografía en Habermas, o. cit., 1992, p. 261 (284), notas 29 y 30.

²⁸ J. Derrida, *Fuerza de ley. El “fundamento mítico de la autoridad”*, Tecnos, Madrid, 1997, cf. pp. 22-25.

“la forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio pertenece en teoría al Estado como institución, y que puede servirse de la fuerza física. Pero de hecho las prácticas y los discursos jurídicos son en realidad el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: por una parte por las relaciones de fuerza que le confiere su estructura [...], y por otra por la lógica interna de los textos jurídicos [y de su interpretación] que delimitan en cada momento el espacio de lo posible, o de las soluciones propiamente jurídicas”.²⁹

Este autor plantea, por lo tanto, la necesidad del análisis de los juegos de poder entre los distintos actores del campo jurídico: las relaciones jerárquicas de los jueces y los tribunales superiores; los juegos estratégicos entre los abogados, los poderosos estudios jurídicos y el peso relativo de sus clientes; la autoridad de los juristas académicos, administradores del poder simbólico de la doctrina y la interpretación autorizada del derecho; la influencia de los políticos y de los legisladores (a lo cual habría que agregar la presión de los medios de comunicación dentro del propio campo jurídico, etc., como la vía para explicar empíricamente las prácticas de la jurisprudencia y las decisiones judiciales, que son la resultante de estas relaciones de fuerza.

El campo jurídico es el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho a decir lo que es derecho [...] por la competencia, socialmente reconocida, de *interpretar* un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social [...] La concurrencia por el monopolio del acceso a los recursos jurídicos heredados contribuye a profundizar el corte social entre legos y profesionales [...] Los productores de leyes deben contar siempre con las reacciones o la resistencia de la corporación jurídica y de los expertos judiciales que pueden poner todo su potencial al servicio de los intereses de algunas categorías de su clientela y organizar todas las estrategias para anular los efectos de la ley. La significación práctica de las leyes no se determina realmente sino en la confrontación entre diferentes cuerpos impulsados por intereses específicos divergentes [...] y en función sobre todo de su posición en la jerarquía interna de estos cuerpos, que se corresponde siempre, bastante estrechamente, con la posición de su clientela en la jerarquía social (Bourdieu, 2001, pp. 169 y 176).

Estas perspectivas de análisis han perturbado y hecho tambalear tres dogmas fundamentales de la teoría convencional dominante del derecho: 1) la creencia en la existencia de los derechos, o en que estos están efectivamente garantizados por el sistema jurídico; 2) el presupuesto de la decidibilidad lógica de los casos actuales de manera consistente con el derecho vigente, y 3) la presuposición

²⁹ Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001, pp. 165 y ss.

central de que los fallos de los tribunales obedecen por lo general a una lógica jurídica, es decir, que están racionalmente determinados por el derecho vigente, por los precedentes jurisprudenciales, y por la doctrina dominante, etc. (cf. Habermas (1992, pp. 262, 284). La teoría del derecho de Dworkin se hará cargo de esta situación y mostrará la posibilidad de una relectura constructivista de estos tres presupuestos, menos vulnerable a las críticas mencionadas, y capaz de recuperar el sentido deontológico y la indisponibilidad de los derechos en serio. Los derechos pueden y deben *hacerse valer* contra la facticidad de los juegos de fuerza que operan fuera y dentro del campo jurídico, y deben ser respetados aún cuando esto tenga un elevado costo para la utilidad general; son para Dworkin como *cartas de triunfo* frente a cualquier otra consideración política pero, para que esta regla de juego tenga plena vigencia, se requiere naturalmente la existencia de un poder más democrático que el que tenemos.

Ahora bien, si se aceptan sin más las descripciones de las teorías realistas esbozadas en los párrafos precedentes, es preciso aceptar también todas sus consecuencias. En la medida en que los resultados de los procesos judiciales pueden explicarse, ya sea por los intereses en juego, o por la formación del juez, su pertenencia social de clase, su posición política y la estructura de su personalidad, por las relaciones de fuerza dentro del campo jurídico, o por las concepciones ideológicas hegemónicas en cada momento en la sociedad global, por las constelaciones de poder, por los factores económicos y de otro tipo que operan dentro y fuera de la institución de la administración de justicia, la práctica judicial de las decisiones no viene ya determinada entonces internamente por la jurisprudencia, por los criterios que se derivan del propio procedimiento, por las particularidades del caso y por los fundamentos del derecho, sino por consideraciones que, en sentido general, pueden denominarse *políticas*.

La lógica propia del sistema, ya debilitada, o ablandada desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica, es decir, relativizada mediante su inmersión en el contexto de una tradición, queda ahora enteramente disuelta en la descripción *realista* del proceso de aplicación del derecho. Desde el punto de vista del *Legal Realism* de la escuela del derecho libre y de la jurisprudencia de intereses ya no cabe establecer, teniendo en cuenta las características estructurales, ninguna distinción clara entre derecho y política [...] El derecho en cuanto producido en el pasado, pierde su dominio sobre las decisiones actuales porque estas quedan libradas, en buena medida, a la discrecionalidad de los jueces. La pretensión de legitimidad del derecho puede mantener su sentido de todas maneras en la medida en que el juez, al igual que un político, toma las decisiones que él considera más razonables [no mirando al pasado coagulado en las normas sancionadas con anterioridad por el legislador, sino] *orientado al futuro*, por valores a realizar o a lograr. El derecho aparece entonces como

un instrumento de control de los comportamientos que puede emplearse para fines políticos considerados razonables, es decir, fundamentados de manera utilitarista, o en términos de la economía de bienestar.³⁰

Los presupuestos del mencionado recurso de las teorías del positivismo y de la hermenéutica, ya sea a la *facticidad* (o a la positividad) de la fuerza de la costumbre y de las instituciones establecidas, o a los *valores* de la tradición de un *ethos* cultural que impregna, pero también trasciende las formas normativas, y permite adecuarlas a las situaciones cambiantes, no pueden contar ya, sin embargo, con ninguna perspectiva de consenso y aprobación del público en sociedades cada vez más pluralistas, en las que la adhesión a las ideas y a las instituciones liberales se halla tan fuertemente erosionada como la fuerza de los valores tradicionales, y en las que se desarrollan diferentes formas de vida inspiradas en convicciones últimas divergentes y en escalas de valores alternativas y, a veces, rivales. En esta situación la discrecionalidad de los jueces en la aplicación de las normas del derecho no puede legitimarse mediante esos *recursos tradicionales de sentido y validez*, cada vez más divididos o parciales y, sobre todo, cada vez más *escasos* en las sociedades modernas.

Tampoco está ya disponible el recurso más arcaico a la propia sabiduría salomónica del juez, y a su autoridad moral, derivado de la disuelta imagen de raíz mítica, que ya no se podría reconstruir en sociedades que han pasado por el proceso de la modernización y el desencantamiento del mundo. Si hay algo de verídico o significativo en la profecía del retorno de los brujos, está limitado a los estrechos círculos esotéricos de las sectas, pero no hay perspectivas de reinstaurar la autoridad y las funciones de los oráculos sacros o de los gurúes de la tribu. Todos los esfuerzos por *mejorar la imagen* de los jueces en la representación social pueden ser válidos, siempre que sean sinceros, es decir, no mera hipocresía, y vayan más allá del simple maquillaje. Pero las reformas de la justicia y de los códigos de ética judicial no deberían proponerse, en este aspecto, otro objetivo más ambicioso que el de lograr que el común de la gente vea a los jueces como personas tan razonables y tan bienintencionadas como puede serlo cualquier ser humano común y corriente, es decir, *como iguales* a todo otro ciudadano decente. Los jueces no pueden volver a pensarse a sí mismos, o escenificar la imagen para ser vistos por la sociedad, como si formaran una aristocracia de sabiduría y de virtud, porque nadie les creería, y porque en el contexto del descrédito generalizado de los políticos, de los funcionarios y de las propias instituciones del Estado, lo único que mantiene

³⁰ J. Habermas, o. cit., p. 246 (270). El autor remite en este contexto a G. Ellscheid, W. Hassemer (Hrsg.) *Interessenjurisprudence*, Darmstadt, 1974 y, para el realismo jurídico norteamericano: R. S. Sumners, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982.

aceptación es la idea de la democracia y de la igualdad, aunque todavía como *ideas normativas*, que están lejos de haberse realizado de manera satisfactoria en las *democracias existentes*, especialmente en nuestros países latinoamericanos.

El proceso de modernización de las sociedades occidentales y del desencantamiento de su cultura se caracteriza, como lo había analizado ya Max Weber, por la hegemonía de una racionalidad instrumental que reflexiona solamente sobre la eficacia de los medios para el éxito de la acción en orden al logro de los propios fines del agente, calculando las ventajas y desventajas que plantea la situación, o el estado de cosas con los que se enfrenta el actor en cada caso. En el contexto de los presupuestos de este tipo de acción teleológico-instrumental (que ha desplazado las formas de la acción tradicional y orientada por valores) los criterios morales de justicia pierden significatividad para la resolución de los conflictos interpersonales y sociales, y tienden a ser reemplazados por las estrategias de la negociación, de los juegos de poder o de la confrontación. Y para evitar las formas de confrontación que serían perjudiciales para todos, o violentas, se ofrece, como la alternativa más eficaz y menos engorrosa, la vía de la mediación extrajudicial. Cabe preguntarse entonces si la función de los jueces no tenderá a transformarse finalmente en otra instancia forzosa o vinculante de mediación o arbitraje. Creo que inevitablemente el rol judicial tendrá que evolucionar en esa dirección, a menos que se recupere la dimensión moral del derecho y se reconozca el sentido ético, no negociable, de las cuestiones de justicia.

Los debates esbozados de la teoría jurídica no son meramente teóricos o académicos; en ellos está en juego el sentido de la función de la judicatura. Un juez bien informado de este estado de la cuestión, y que tome en serio las distintas teorías esbozadas, no podrá reposar ya pacíficamente en una posición tomada y en el ejercicio rutinario de determinadas prácticas judiciales, sin experimentar una cierta crisis de identidad profesional. Porque el sentido y las prácticas de la función judicial cambian enteramente según la teoría del derecho que uno adopte, o que se imponga en definitiva en la cultura jurídica. La *ética judicial en serio* podría llevar quizás también, entonces, a que los jueces deban plantearse existencialmente preguntas como éstas (que toda persona y toda profesión se tiene que plantear porque son las preguntas éticas fundamentales): ¿qué estamos haciendo realmente nosotros en las prácticas de nuestra función (lo que sostiene la doctrina a, b, o c)? Y como mediante lo que uno hace realmente se construye al mismo tiempo lo que uno es, estas cuestiones deberían llevar también a nuestros jueces a preguntarse: ¿qué somos de hecho nosotros en esta sociedad, y qué queremos ser? Estas son, precisamente, las preguntas fundamentales de la ética sin más. Alguno podría sentirse molesto, y hasta ofendido, por la incitación a formularse tales preguntas, porque quizás considere que éstas son inquietudes existenciales propias de la adolescencia, y no de hombres maduros y seguros de sí mismos. Algún filósofo ha dicho sin embargo que esta es la inquietud esencial de la vida. Porque sólo la

muerte fija de manera definitiva lo que somos o ya hemos sido. La rutina irreflexiva es en tal sentido el comienzo de la muerte, muertos que caminan sin saber quiénes son y adónde van, y volver a preguntarse siempre *quién soy* en realidad, es el indicio cierto de estar todavía vivo.

Remedando a Hannah Arendt en su libro póstumo sobre *La política*, podríamos decir a esta altura de nuestras reflexiones que la pregunta inicial por *el sentido de la justicia* se nos ha transformado ahora en esta otra, más dramática y casi desesperante: “*¿tiene la justicia todavía algún sentido en la sociedad actual?*”.

4. R. DWORKIN. LOS DERECHOS EN SERIO

La obra de R. Dworkin es una de las contribuciones más fecundas de las últimas décadas para el pensamiento ético-político y la teoría del derecho. Quizás podría decirse que este es el mayor filósofo viviente del mundo anglosajón después de la desaparición de John Rawls. No es posible ni siquiera esbozar aquí una visión de conjunto de sus complejos puntos de vista. Nos limitaremos en cambio a la presentación de algunas derivaciones de su concepción del derecho para el tema de la función de los jueces y de la ética que debe orientar el ejercicio de su actividad profesional, que es el objetivo bien acotado (y ya sin duda muy pretencioso) de este capítulo. De hecho este problema que aquí nos ocupa no es una mera derivación más o menos secundaria de la teoría de Dworkin, sino que es también su preocupación central, y quizás podemos decir que toda su teoría del derecho se puede leer como un programa de investigación cuyo objetivo es encontrar una respuesta plausible a la pregunta por el quehacer (o por los deberes profesionales) de los jueces.

La teoría de los derechos de Dworkin puede entenderse como la tentativa de evitar las deficiencias de las propuestas de solución realista, positivista y hermenéutica [...] y de explicar cómo la práctica de las decisiones judiciales puede satisfacer al mismo tiempo las exigencias de seguridad jurídica [manteniéndose apegada a las previsiones del derecho establecidas en el pasado] y de aceptabilidad racional [como solución equitativa de los conflictos de intereses de las partes en el contexto de las circunstancias del presente]. Contra el realismo se atiene Dworkin a la necesidad y a la posibilidad de las decisiones consistentes conforme a derecho, que garanticen de manera adecuada la seguridad jurídica. Contra el positivismo sostiene en cambio la necesidad y la posibilidad de encontrar [en teoría] *la única respuesta correcta* para cada caso, legitimada en su contenido (y no sólo formalmente) a la luz de principios reconocidos [...] La teoría de los derechos de Dworkin se apoya en la premisa de que hay puntos de vista morales que juegan un papel en la administración de la justicia, porque el propio derecho positivo conlleva inevitablemente principios morales (Habermas, 1992, pp. 249-250, 272 y 274).

Dworkin expone una serie de buenos argumentos contra las teorías jurídicas que pretenden justificar una facultad discrecional muy amplia del juez en su toma de decisiones.³¹ Estos argumentos jurídicos están orientados a explicar o dar razón de la convicción de los ciudadanos que se presentan o son llevados al tribunal, de que el juez *debe* buscar siempre la *respuesta correcta*, o la *decisión justa*, y que *sabe*, o *puede* hacerlo como profesional competente para esa tarea, aunque la buscada respuesta no se obtiene mediante un procedimiento mecánico, o una deducción lógica formal a partir de las normas legales, sino que requiere un trabajo racional mucho más complejo y exigente. Solamente la corroboración de *estos* presupuestos morales de la función judicial y de la competencia profesional de los jueces para resolver los problemas conforme a tales exigencias, permitirán recuperar la confianza pública en la justicia. Y estas exigencias me parecen *el núcleo sustantivo de una ética judicial*. “No basta con asumir códigos *deontológicos*; es necesario incorporar también un código ético [sustantivo], que no se preocupe sólo de las regulaciones, sino de *los bienes y fines* que la profesión persigue”³².

Si se toman en serio los derechos de las personas y de la sociedad (y los ciudadanos comunes, que son destinatarios del servicio de justicia, naturalmente pretenden que los profesionales del derecho, juristas, abogados y jueces los tomen en serio: este es el deber moral primero de un juez) es preciso exigir a los jueces que justifiquen *aceptablemente* sus decisiones, y solamente pueden ser aceptables las justificaciones fundadas en criterios racionales y objetivos de justicia. Creo que aquí se plantea un problema ético importante (o el más importante) de las profesiones jurídicas, al cual no se ha prestado la debida atención en la literatura y en los códigos de ética profesional, pero que está en el trasfondo del programa de investigación de Dworkin, y en el propio título de su obra fundamental.

El principio de la moralidad que, por diferentes vías, han fundamentado las teorías éticas de la filosofía contemporánea, presupone que el criterio o las máximas conforme a las cuales un agente toma sus decisiones, solamente puede ser

³¹ Cf. R. Dworkin, o. cit., pp. 83-92 y 130-134. Podríamos formular escuetamente algunos de estos argumentos contra las pretendidas facultades discretionales de los jueces en los siguientes términos: 1) La presuposición de las facultades discretionales transforma el uso del lenguaje jurídico en el proceso judicial en *mera retórica*, que no debería tomarse en serio. Se trataría de un juego de lenguaje que encubre los verdaderos motivos de la decisión que aparenta justificar, y que resultaría inaceptable por cuanto no resistiría el cuestionamiento de la pretensión de veracidad (o de sinceridad) implícita en la comunicación, o en la pragmática del lenguaje. 2) La tesis impugnada implica reconocer a los jueces facultades legislativas que nadie les ha otorgado y que estarían contra el principio republicano de la división de poderes. 3) La creación judicial de derecho ad hoc, para el caso, implicaría la aplicación retroactiva de una norma inexistente en el momento en que se produjeron los hechos. Cf. R. L. Vigo, “El antipositivismo jurídico de Ronald Dworkin”, en *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, pp. 183-186.

³² Adela Cortina, “Universalizar la aristocracia. Por una ética de las profesiones”, en *Actas del 2º Congreso Nacional de Bioética Fundamental y Clínica*, Madrid, 1999, p. 45.

considerado como moralmente irreprochable si su aplicación general puede ser aceptada como razonable por parte todos los posibles afectados por tales decisiones y por las consecuencias de estas. Creo que las teorías que pretenden justificar la discrecionalidad o la libertad de los jueces de decidir sobre nuestros derechos conforme a sus propios criterios personales no podrían superar este test de la moralidad, y tampoco las prácticas de los jueces que obran conforme a estas teorías. Los “clientes” del servicio de justicia, los ciudadanos autónomos de las sociedades contemporáneas, no podrían aceptar ese criterio de la disponibilidad de sus derechos conforme al arbitrio de un tercero, porque nadie tiene derecho a arrogarse semejantes atribuciones. El mismo tipo de objeción moral puede plantearse contra la teoría hermenéutica que interpreta y complementa las normas vigentes (legitimadas por los procedimientos democráticos de la producción del derecho) mediante la apelación a la *autoridad* de la tradición de un supuesto *ethos* colectivo. En las modernas sociedades pluralistas no se puede admitir que los jueces hagan jugar coercitivamente esas instancias extrajurídicas en la aplicación del derecho. Pienso que los ciudadanos comunes, los legos, creen que el lenguaje de los jueces es veraz, es decir que sus fallos se justifican realmente mediante los argumentos jurídicos que aducen como fundamento, o que el juez ha intentado por lo menos hacer eso, y no que ha tomado su decisión por otros motivos no dichos en la sentencia. Esta creencia es la que legitima las prácticas judiciales. En la medida en que esto no es así se está engañando a la gente, y la Administración de Justicia pierde su legitimidad.

Para Ronald Dworkin las teorías predominantes (tanto el normativismo formalista como las teorías realistas de las motivaciones empíricas de los jueces, o la teoría del derecho como instrumento para determinados fines políticos), “han falsoseado el problema de la jurisprudencia [...] al eliminar precisamente aquellas cuestiones morales de principio que constituye” su núcleo [...] Así pues, las diversas tendencias del enfoque profesional de la jurisprudencia fracasaron por la misma razón básica: ignoraron el hecho crucial de que los problemas fundamentales de las decisiones judiciales son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales, ni de estrategias [políticas]” (Dworkin, 1984, p. 47). No se trata sin embargo, como a veces se ha interpretado, de restarle al derecho su autonomía y subalternarlo a la moral, o de importar principios morales al sistema jurídico como criterios auxiliares externos para las decisiones de los jueces, sino de una comprensión más profunda o adecuada del propio derecho.³³ *El sentido y la*

³³ El contenido y el peso moral de las normas jurídicas es variable según el tipo de norma y las ramas del derecho. Aparece con más claridad en los preceptos y prohibiciones de las normas primarias, que regulan comportamientos, y especialmente en los tipos elementales de delito del derecho penal (cf. cap. 5, “Derecho penal intercultural”) pero no solamente en este campo. La fuerza del reproche social contra las transgresiones a las normas jurídicas, que van desde la desaprobación más o menos fuerte de una conducta particular (pero

validez del derecho como un todo tiene una dimensión moral intrínseca; solamente se puede comprender a partir del reconocimiento de las personas como sujetos de iguales derechos y de los principios morales de justicia o de equidad, etc. (aquí podríamos enumerar los derechos humanos fundamentales), que la sociedad ha institucionalizado a través del derecho positivo. El sistema jurídico tiene la finalidad de garantizar y proteger estos principios (o los *valores* jurídicos, como se decía en otro lenguaje más antiguo). La incorporación de este punto de vista moral a la interpretación del derecho, o mejor, su redescubrimiento, ha sido explicitado por Dworkin a partir del análisis del desarrollo del derecho mediante la jurisprudencia. “En los casos fáciles (por ejemplo, cuando se acusa a un hombre de violar una disposición de no exceder un límite de velocidad) parece correcto decir que el juez se limita a aplicar una regla anterior a un caso nuevo. Pero, ¿podemos decir lo mismo cuando la Suprema Corte, por ejemplo, desatiende los precedentes o los declara inconstitucionales [...] En casos tan llamativos la Corte *no cita leyes, sino que da razones* y apela a principios políticos y de justicia” (Dworkin, 1984, p. 48). Estos principios, como se desprende del texto citado, no operan como otro nivel de normas más generales que se puedan simplemente aplicar, sino como razones que se hacen jugar en la argumentación o en el discurso jurídico.

Estas razones morales presupuestadas en el derecho, que hace jugar Dworkin, se pueden reconstruir también a través de la teoría del Estado de derecho democrático y del procedimiento discursivo de la producción de normas y de la legitimación política de las decisiones colectivas en la democracia.³⁴ Esta es la otra vía, desarrollada por Habermas con resultados semejantes. Creo que, en términos generales, la concepción de Dworkin sobre la relación entre la moral y el derecho está próxima a la de Habermas. Este último autor ha precisado sin embargo esta relación mediante formulaciones muy específicas que no trabajan con la representación de una jerarquía de ordenamientos normativos.³⁵ Una condición necesaria de la legitimación de un ordenamiento jurídico

sin llegar a la censura moral de la persona del autor), hasta la indignación y la exclusión de la comunidad moral del delincuente (cf. las expresiones de Hannah Arendt comentadas en el cap. 5.4), puede servir de indicador del peso moral relativo de estas normas. Lo que es importante aclarar, tanto desde el punto de vista filosófico, como de la teoría del derecho, es que la señalada presencia de contenidos morales en las normas jurídicas no debería significar la confusión de estos dos campos, una suerte de moralización directa del sistema jurídico, o de juridización de la moral, que iría en desmedro de ambos. Los contenidos morales emigrados al derecho se encuentran allí transformados, o traducidos al código del derecho y dotados de otro modo de validez y de sanción, específicamente jurídicos. Lo que esto significa, por lo tanto, es que hay un *solapamiento* importante, pero siempre *solamente parcial*, de normas morales y normas jurídicas (cf. Habermas, o. cit., 1992, pp. 250-253 (274-276). Pero más allá de esto, y en una perspectiva hermenéutica y holística, se debe atender también a la conexión del derecho y la moral como subsistemas integrados en el mismo horizonte vital del mundo de la cultura, o del *Lebenswelt*.

³⁴ A estos aspectos me referiré específicamente un poco más adelante, en dos apartados del capítulo siguiente (5): “Ética y democracia” y “Sobre la moralidad de los procedimientos parlamentarios”.

³⁵ Cf. J. De Zan, “Ética, derecho y política en K.-O. Apel y J. Habermas”, en D. Michelini y otros, *Eficiencia y justicia social*”, Río Cuarto, 1996, pp. 32-60.

positivo es que ha de respetar los derechos humanos y los principios de la moral; pero esta no es la condición suficiente. Para comprender esta relación en su sentido posmetafísico es necesario abandonar la representación de los órdenes normativos según el esquema de tipo platónico, conforme al cual, dicho de manera simple, la moral (y el derecho natural) representaría el modelo teórico superior y general que el derecho positivo debe reproducir, concretizar y adecuar al contexto de las condiciones reales o de las limitaciones espaciotemporales de cada sociedad histórica particular. “Parto del presupuesto de que en el nivel posmetafísico de fundamentación, las reglas jurídicas y morales, que se han diferenciado al mismo tiempo a partir de la eticidad de tipo tradicional [en la que se hallaban en cierto modo fusionadas], se presentan en la sociedad moderna como dos clases de normas de la acción, diferentes, pero complementarias” (Habermas, 1992, pp. 135-136).

Dworkin apoya su teoría en el análisis de casos que han sentado jurisprudencia en el derecho anglosajón (sobre todo norteamericano) mostrando cómo los jueces, ante situaciones que no aparecen jurídicamente bien definidas (los famosos casos difíciles) recurren a principios morales y objetivos políticos presupuestados en las propias normas vigentes, como las razones que llevaron al legislador a sancionarlas, pero también pueden recurrir a la Constitución para cuestionarlas, con lo cual se reconoce al juez un poder muy significativo, pero no discrecional.³⁶ El rendimiento de la hermenéutica jurídica es precisamente la reconstrucción racional y la explicitación de los fundamentos objetivos (políticos, morales y pragmáticos) del derecho vigente, a fin de hacerlo hablar de nuevo ante situaciones diferentes, no previstas en la letra de sus textos. El autor caracteriza el procedimiento crítico-hermenéutico de su teoría como una “interpretación constructiva”, que busca hacer explícita la racionalidad de su propio objeto: el derecho anglosajón.³⁷ Es decir, se trata interpretar y de aplicar el derecho vigente de la manera

³⁶ A. de Tocqueville había observado que los jueces norteamericanos ejercían un poder muy grande. “La explicación de este poder reside en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de basar sus sentencias en la Constitución, más que en las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales” (*La Democracia en América*, Madrid, 1968, p. 96).

³⁷ Dworkin trabaja con la clásica diferencia entre explicación y comprensión (*Erklären und Verstehen*) y, conforme a la mejor tradición hermenéutica, no acepta conceder la última palabra a las explicaciones genealógicas, a las que se refiere como el *pedigree* de una expresión simbólica, de una norma vigente, o de una práctica; pero la interpretación constructiva no se limita tampoco a la *recuperación del sentido*, sino que se orienta a la reconstrucción de las razones que el actor, o el autor, tenía en su pensamiento como justificación plausible, aunque los motivos empíricos fueran otros, ligados a estrategias de poder o a intereses quizás inconfesables. (Bien sabemos que, cuanto menor sea la nobleza de origen, cuanto más bastardos sean los intereses encubiertos, mayor será el empeño en encontrar las mejores razones objetivas, los argumentos válidos que puedan justificar y tornar aceptables las posiciones que nos interesa defender.) Siempre es posible una doble hermenéutica. Esta tesis de raíz hegeliana, puesta de relieve por P. Ricoeur, resuena en algunas expresiones del autor de *Los derechos en serio*: “Es claro que cualquier conjunto de leyes o decisiones puede ser *explicado* histórica, psicológica, o sociológicamente; pero la coherencia exige una justificación, no una explicación, y la justificación debe ser plausible, y no ficticia” (Dworkin, o. cit. p. 194).

más consecuente con las propias pretensiones de razonabilidad y de justicia a través de las cuales consigue su legitimación en la sociedad. Lo que se busca mediante la interpretación constructiva, es hacer del derecho vigente y de su aplicación judicial el mejor derecho posible. “We would then say, that all interpretation strives to make an object the best it can be [...].”³⁸

El mencionado análisis de las prácticas discursivas judiciales revela que el derecho no es un sistema de reglas cuyo significado se pueda explicar adecuadamente mediante un mero análisis formal, sino que hay una gramática profunda del lenguaje jurídico regida por principios deontológicos de contenido moral y por orientaciones o lineamientos teleológicos de carácter político (que se orientan a alcanzar ciertos bienes sociales, económicos, etc.), los cuales no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, pero juegan un rol decisivo en la construcción de los argumentos que justifican la razonabilidad de las decisiones judiciales. “Llamo principio [en sentido estricto, en cuanto diferente de las orientaciones teleológicas] a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1984, p. 72). Los principios pueden encontrarse citados en la jurisprudencia (lo cual facilita y apoya la labor del juez), pero su origen no puede localizarse en la decisión de ningún tribunal superior u órgano legislativo en particular, y su validez se basa solamente en su propia razonabilidad, en los buenos argumentos racionales que los apoyan, y “en el sentido de conveniencia u oportunidad [de su reconocimiento] que, tanto en la sociedad como en el foro, se desarrolla con el tiempo” (p. 95). Son enunciados de derechos fundamentales que tienen una validez universal, pero necesitan siempre de una interpretación y contextualización (como la dignidad humana, el igual tratamiento y otros, de diferente tenor, como el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, o de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, etc.).

Las reglas jurídicas en cambio son normas específicas, emanadas de un órgano competente, cuya formulación tiene en cuenta ya por lo menos algunas de las condiciones típicas de su aplicación, como por ejemplo la regla que establece que “en el país un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos”. “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso, o la importancia. Cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno [...] Las normas no tienen esta dimensión” (pp. 77-78). Las justificaciones de sus decisiones elaboradas por los jueces, que parecen apoyadas en razones extrajurídicas, pueden ser, sin embargo, legítimas y no

³⁸ R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 53.

discretionales, sino bien fundadas en los principios del propio derecho vigente. Conforme a los principios constitucionales de las democracias liberales las decisiones judiciales deben dar prioridad a las “cuestiones de principio” de los derechos que tienen jerarquía moral, de manera que los objetivos colectivos (también inscriptos en el propio derecho) no puedan justificar su violación.³⁹

Es solamente de una concepción *unidimensional* del derecho como un sistema de reglas carente de principios, que se sigue como consecuencia necesaria el que las colisiones de reglas traen consigo una insuperable indeterminación de la situación jurídica, que sólo cabe resolver ya en términos decisionistas. En cuanto se reconocen principios —y una justificación de nivel más elevado de las aplicaciones de las normas, efectuada a la luz de principios— y se acepta este tipo de justificación como un componente *normal* del discurso jurídico, se disuelven ambos problemas, tanto la forma cerrada del sistema de reglas, como el carácter insoluble de los conflictos entre las reglas. Con el análisis de la función que juegan los argumentos de principios y referentes a fines, y con la puesta en evidencia de una capa normativa de nivel superior en el propio sistema jurídico, aprehende Dworkin ese nivel de fundamentación postradicional, al que se ve remitido el derecho positivo después que el derecho moderno se emancipó de los fundamentos sacros y se desligó de los contextos metafísico-religiosos en los que estaba encuadrado. (Habermas, 1992, pp. 256, 279).

Creo que *esta teoría del derecho* no prejuzga acerca del tipo de validez de los principios y de la propia moral en general y que, por lo tanto, una hermenéutica historicista (al estilo de Heidegger y Gadamer), o un neopragmatismo contextualista

³⁹ Esta prelación de los derechos, que es generalmente aceptada en las democracias liberales y que se fundamenta en el principio de la prioridad de la justicia sobre el bien, no es sin embargo inmediatamente universalizable, porque su validez depende de presupuestos éticos y filosóficos generales que pueden ser diferentes en otras culturas en las que el hombre no se asume como fin en sí mismo, y es connatural la valoración de ciertos bienes colectivos, o trascendentes, como los bienes supremos. Este tipo de análisis es importante para los jueces que actúan en tribunales internacionales, que tienen que hacer jugar solo principios de validez intercultural (de esta problemática me ocuparé en el cap. 5). No estoy seguro de si este más delicado nivel de complejidad de la función judicial es tenido en cuenta por Dworkin. Mientras la administración de justicia se mantenga dentro de una jurisdicción nacional, y atienda a los miembros de esta comunidad, el juez puede atenerse a *la comprensión paradigmática del derecho* aceptada por esta sociedad. Pero también habrá que tener en cuenta que los paradigmas jurídicos son cambiantes. Las sociedades occidentales han pasado durante el siglo XX del paradigma formal del derecho liberal burgués, al paradigma de los derechos sociales del Estado de bienestar, y después de la crisis de este Estado se encuentran nuevamente en una fase de transición. Los principios fundamentales del derecho moderno se han mantenido sin embargo a través de estos cambios de paradigma (con lo cual se demuestra que, en este campo por lo menos, es preciso corregir la concepción de la discontinuidad y de la inconmensurabilidad de Thomas Kuhn, de quien tomamos este concepto de paradigma) pero se han puesto en valor nuevos derechos y nuevos principios, y el peso relativo de estos últimos se valora de manera diferente. Sobre este tema cf. J. Habermas, 1992, cap. IX, “Los paradigmas del derecho”, y la discusión de Andrew Arato: “Procedural Law and Civil Society. Interpreting the Radical Democratic Paradigm”, en M. Rosenfeld and A. Arato, o. cit., pp. 26-36.

(al estilo de Rorty) y un neoaristotelismo comunitarista, podrían trabajar también cómodamente con esta teoría.⁴⁰ El profesor Dworkin sin embargo es personalmente, además del autor de esta teoría del derecho, un pensador moral y político que defiende la validez universal de los derechos fundamentales y de los principios de la ética liberal. Y más específicamente defiende un liberalismo filosófico como doctrina comprensiva que no admite discontinuidad entre la ética privada y la moral pública.⁴¹ Pero eso es harina de otro costal.

Trabajando con el mencionado procedimiento de la “interpretación constructiva” los jueces deberían estar teóricamente en condiciones de llegar a la solución jurídica correcta en todos los casos que se le presentan, porque podrían compensar el margen de indeterminación de las normas mediante las razones derivadas de los principios y de los fines políticos que están en consonancia con ellos y, desde los cuales, a su vez, queda normativamente justificado también el propio ordenamiento jurídico. El derecho no es un sistema sin lagunas, pero el demandante le exige al juez que se mueva en la geografía de su terreno como si lo fuera. Esto es posible en la medida en que el juez es capaz de una interpretación constructiva mediante la cual puede disponer de los fundamentos teóricos para reducir la incertezza del derecho. “La teoría no sólo sirve para conocer el derecho vigente, sino que también es un auxiliar indispensable del juez [...] Especialmente en los casos difíciles, la teoría sirve para que el juez pueda decidir con fundamento racional. La teoría es el fundamento de la validez de la tesis de la respuesta correcta. Sin una teoría del derecho no es posible solucionar un caso difícil [...] La teoría no solo describe el derecho, sino que forma parte de él”.⁴² Solamente mediante los criterios que le aporta una buena teoría puede aplicar el juez el derecho de manera no discrecional ni arbitraria, sino racional y fundada, y resolver con justicia los conflictos interpersonales y sociales. En este momento es oportuno insertar la advertencia de Dworkin: “Ya verá ahora el lector porqué he llamado Hércules a nuestro juez. Hércules debe construir un esquema de principios generales y otros más concretos, que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes del derecho consuetudinario y para las estipulaciones constitucionales y legislativas” (p. 190).

⁴⁰ J. Habermas entiende a Dworkin de manera diferente, más próxima a su propia concepción: “A diferencia de lo que supone la hermenéutica jurídica, esos principios no pueden tomarse, a su vez del contexto de tradiciones de una comunidad ética, a título de *topoi* históricamente acreditados” (1992, p. 252, 295).

⁴¹ Cf. por ej. el interesante libro: R. Dworkin, *La comunidad liberal*, Bogotá, 1996, cuya idea central se ha mencionado en el cap. 1.5.

⁴² A. Calsamaglia, “Ensayo sobre Dworkin”, prólogo a la edición española de *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 16. Este autor se preocupa porque “es posible que los juristas educados en la tradición positivista se rasguen las vestiduras ante tamaña blasfemia” de pensar a la teoría del derecho como de alguna manera prescriptiva, y como parte del propio derecho. Sin embargo esto mismo podría decirse de todas las teorías jurídicas. La teoría positivista, por ejemplo, *otorga o autoriza* a los jueces un amplio margen de discrecionalidad, o incluso atribuciones legislativas que no están previstas en la legislación.

La teoría de Dworkin, con su distinción de los niveles normativos de las reglas jurídicas, los principios y los lineamientos políticos, y el método de la interpretación constructiva, hace justicia a la complejidad del derecho, pero la figura del juez Hércules, ubicada en el momento resolutivo del sistema jurídico, a través de la elaboración de las decisiones judiciales, puede entenderse como una aporía de la cual no veo cómo puede salir la teoría. La tarea asignada a los jueces requiere unas facultades intelectuales equiparables a la fuerza física sobrehumana de un Hércules. La solución de esta aporía, la reunión de la fuerza equivalente a Hercules, solamente se puede pensar mediante la integración cooperativa de la fuerza y de las perspectivas de muchos hombres normales. La figura ficticia de un juez que reúne virtudes morales excepcionales, y que es a la vez un jurista y un filósofo del derecho, dotado de unas facultades intelectuales extraordinarias, capaz de reconstruir por sí solo, monológicamente, toda la teoría del derecho para aplicarla a cada caso que se le presenta, debería ser sustituida por *la comunidad real de los juristas*, de la que los jueces *deben formar parte activa*, la cual desarrolla y revisa la interpretación constructiva del derecho como una empresa común, abierta y en interacción con los ciudadanos en los espacios públicos de la sociedad civil. La concepción hermenéutica de la teoría del derecho de Dworkin presenta claras indicaciones en la dirección señalada, pero no se ha desprendido del *solipsismo metódico* y del elitismo dominante en la tradición de su disciplina.

En esta dirección se orienta la crítica de F. Michelmann: “Lo que falta [en la teoría del derecho de Dworkin] es diálogo. Hércules [...] es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, sino es a través de libros [y de antiguos expedientes judiciales de archivo]. No se entrevista con otros. Nunca se tropieza [cara a cara] con la alteridad. Nada le conmociona. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Pero Hércules no es más que un individuo humano, después de todo. Y ningún hombre, ninguna mujer, podría ser así. Dworkin ha construido una apoteosis de la tarea judicial de juzgar, pero sin prestar atención a lo que aparece como la característica institucional más universal y llamativa de las cortes judiciales: su composición plural”.⁴³ La observación de este autor apunta a la única salida del problema insoluble de Dworkin. Sin embargo, la línea de pensamiento que deja abierta, en cuanto hace referencia solamente a la pluralidad de opiniones de los jueces que se confrontan y buscan complementarse o integrarse en las deliberaciones o “acuerdos” de los tribunales colegiados, se queda todavía muy corta.

En el propio ámbito de la Justicia la comunicación institucional interna es considerada por algunos autores como muy deficiente. “Los jueces están divididos

⁴³ F. Michelmann , “Justification and the Justifiability of Law”, en *Nomos*, XVIII, 1986, p. 76, citado en Habermas, 1992, pps. 274-275 (295).

y el poder que cada uno detenta no es aplicado unívocamente por el conjunto de todos los órganos judiciales, ni cada juzgado trabaja en relación con otro juzgado, ni cada juez con otro juez [...] Los jueces actúan de manera dispersa [...] no están relacionados entre ellos mismos, o si lo están es sólo de manera casual. Su actividad se rige por el principio de individualidad frente a la ley".⁴⁴

La discusión de Habermas con Dworkin se centra también en este aspecto, pero apunta más lejos. "Hércules podría entenderse como parte de la comunidad de interpretación de los juristas o expertos en jurisprudencia, y tendría que dejarse guiar en sus interpretaciones por los estándares reconocidos en la práctica de la profesión" (1992, p. 275, 295). Pero entonces el juez ya no necesita ser un Hércules y, si se quiere mantener la metáfora, habría que decir que *Hercules es la comunidad de los juristas*. De esta manera la resolución de la teoría en la praxis judicial aparece como más realista, al alcance de las posibilidades de los jueces, y no tan alejada de las prácticas de la profesión.

5. ACLARACIONES SOBRE EL DISCURSO JURÍDICO

Es preciso despejar todavía sin embargo posibles malentendidos y aludir a algunas cuestiones disputadas sobre este asunto. Hay que diferenciar por lo menos dos tipos de discurso jurídico: 1) las deliberaciones de un tribunal colegiado o los "acuerdos" de una corte, que son *procesos institucionales de toma de decisión*, los cuales se resuelven por votación de los miembros y producen de manera formal resoluciones judiciales vinculantes, y 2) los *procedimientos hermenéuticos constructivos de la ciencia jurídica*. El discurso jurídico no comienza ni se agota en el espacio institucional y el tiempo limitado de las deliberaciones de un tribunal que tiene que emitir un fallo, como no comienza ni se agota el discurso político de la democracia en la sesión plenaria de la cámara reunida para votar una ley.⁴⁵ Cuando hablo aquí del "discurso jurídico" me refiero principalmente a los procedimientos identificados en 2), los cuales no son diferentes en sus aspectos formales de los del *discurso filosófico* y del *discurso de las ciencias* humanas y sociales en general. Los primeros tienen que estar respaldados en esta segunda clase de discurso, que se desarrolla mediante procesos discursivos informales, más amplios, abiertos y libres de restricciones procesales o institucionales, así como de las limitaciones temporales de tomar una decisión en tiempo y forma, que impone la necesidad de interrumpir el discurso y resolver por votación. El discurso de las ciencias no es vinculante, ni tiene como resultado inmediato o directo ninguna toma de decisión.

⁴⁴ C. García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, 1997, p. 164; cf. G. Tarelo, *Cultura giuridica e política del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 366-367.

⁴⁵ Sobre esto volveré más adelante, en el apartado siguiente y en el capítulo 10.

Uno de sus objetos es precisamente el análisis crítico de los primeros en el contexto teórico de la fundamentación racional de la teoría del derecho, la discusión de los criterios de aplicación del derecho y el análisis crítico de casos, conforme a principios de justicia, en las siempre cambiantes situaciones de la sociedad.

Puede preguntarse todavía si la acción forense de las partes ante el tribunal, los alegatos de los abogados, no son un tercer tipo de “discurso jurídico”. Algunos autores consideran incluso que las reglas de procedimiento de la argumentación de las partes en el juicio han servido de modelo para la teoría general del discurso. Todo depende por cierto de cómo se defina o con qué sentido se use la palabra “discurso”. En la teoría discursiva de la justificación racional, se entiende como un diálogo argumentativo orientado a la búsqueda *cooperativa* de la verdad, en el sentido amplio de este último término, que engloba también la validez del lenguaje valorativo y normativo. (Sobre este concepto del discurso diré algo más en el apartado siguiente). La argumentación de las partes ante un tribunal está orientada en cambio a la reivindicación o la defensa de sus *intereses* en conflicto y al logro de un resultado favorable en el proceso. Es de presuponer que, en función de su interés, las partes emplearán todas las estrategias argumentativas y retóricas que evalúen como eficaces para el logro de sus fines, y no se puede considerar que estén obligadas a desistir de ellas en aras de una búsqueda cooperativa y desinteresada de la verdad. El juez en el estrado, por otro lado, tiene que preservar la posición jerárquica que le compete en el ejercicio de su función, y no es *parte de* este “discurso”, sino *ante quien* se desarrolla el proceso. La respuesta a la pregunta inicial de este párrafo debe ser por lo tanto negativa. El discurso, en el sentido restringido en que acabamos de definirlo, presupone una simetría de la relación comunicativa entre todos los interlocutores, y se diferencia de la confrontación y de la negociación de intereses que son situaciones de interacción *competitiva*. Una condición del discurso en tal sentido, como procedimiento para resolver *questiones de validez*, es que la cuestión planteada pueda desconectarse de las situaciones de acción en las cuales prevalece la urgencia y la puja de intereses particulares que buscan ante todo el éxito de los propios fines de acción o maximizar sus beneficios. Estas condiciones no están dadas para las partes en el escenario de los estrados judiciales. Y si estuvieran dadas estas condiciones, el papel del juez, situado sobre las partes para evaluar sus argumentos, sería superfluo.

Volvamos entonces ahora al discurso jurídico institucional de los jueces, que son los responsables de evaluar la validez objetiva de los argumentos de las partes y de juzgar su peso relativo. Aun el juez de un tribunal no colegiado necesita construir un discurso argumentativo imaginario en el que da las razones para justificar su sentencia, tiene en cuenta las objeciones posibles y las responde. Es de presuponer que los jueces están en una posición de independencia frente a las partes y a toda otra posible influencia, y además ellos disponen ya ciertamente, a

partir de la tradición de su profesión y de los códigos deontológicos (escritos o no), de un conjunto más o menos amplio y diversificado de “principios procedimentales y máximas de interpretación” que son parte de la propia práctica profesional de una administración imparcial de la justicia, y que se orientan a garantizar la independencia judicial, el control de la discrecionalidad subjetiva, el respeto de la integridad de los derechos de las partes en litigio, la neutralidad, la justificación racional y el dictado por escrito de la sentencia, etc.⁴⁶ Todos estos estándares acreditados de la profesión judicial deberían hacer posible la objetividad del juicio, asegurando la justificación procesal de las decisiones de los jueces y, por lo tanto, la validez jurídica de la sentencia. Al mismo tiempo estos estándares hacen posible también el examen intersubjetivo y se hacen jugar en la apelación y la revisión de la sentencia por las instancias superiores. Pero la forma de validación y, por lo tanto, la legitimidad de los estándares que son internamente reconocidos dentro de un cuerpo profesional no son por eso incuestionables, en la medida en que se apoyan solamente en prácticas consagradas por la tradición de una cultura de expertos.

Desde la perspectiva del observador externo tales estándares tienen solamente la posición de un sistema de reglas de ética profesional que se legitima a sí mismo. [Es decir, que pretende una autolegitimación de sus prácticas y de la imagen de sí mismos que los propios profesionales quieren trasmitir al resto de la sociedad]. Pero ya dentro de una misma cultura jurídica se pueden encontrar distintas subculturas rivales que disputan acerca de cuáles son los estándares correctos. Desde la propia perspectiva interna por lo tanto, la autolegitimación fáctica de un estamento profesional que no es de ninguna manera homogéneo tampoco basta para la justificación racional de la aceptabilidad de los principios procedimentales que han de justificar, a su vez [o corregir], las prácticas vigentes. Los principios procedimentales internos de una práctica profesional regulada de toma de decisiones, que deben garantizar la validez de los resultados, requieren por consiguiente una fundamentación externa (Habermas, 1992, p. 275, 296).

Alguien podría pensar que las expresiones tajantes del autor citado son reflejo de los prejuicios y la desconfianza de la opinión pública con respecto a la función judicial. Debería quedar claro sin embargo mediante una lectura atenta, que los argumentos expuestos están pensados como igualmente válidos para la ética de todas las profesiones. Podría pensarse también, todavía, que el problema planteado de la autolegitimación interna de los estándares de la práctica profesional

⁴⁶ “He [the Judge] is disciplined by a set of rules that specify the relevance and weight to be assigned to the material (e.g. words, history, intention, consequence), as well as by those that define basic concepts and that establish the procedural circumstances under which the interpretation must occur”, O. Fiss, “Objectivity and Interpretation”, en *Stanford Law Review*, 34, 1982, pp. 739-763; citado en Habermas, o. cit., p. 275

es un problema que no se plantea precisamente en la judicatura, o que tiene una relevancia menor, porque los procedimientos de la práctica profesional a los que deben atenerse los jueces están reglados y legitimados por el derecho positivo. Sin dudas que las normas procesales establecen parámetros y recaudos objetivos que están animados de una racionalidad inmanente muy significativa. Un indicio de que estas no bastan, sin embargo es, precisamente, el auge actual de los códigos de ética judicial. Pero sobre todo es preciso tener en cuenta que las condiciones normativas de validez del discurso en general, que se presuponen también en el discurso de la ciencia jurídica y son explicitadas y formuladas por la pragmática de la argumentación racional y por la ética del discurso, no deberían confundirse o identificarse con las estipulaciones positivas del derecho procesal, “pues la racionalidad que sin duda comporta la normativa procesal es parte del derecho vigente siempre necesitado de interpretación mediante una reconstrucción de las prácticas de la interpretación-aplicación que proceda en términos del discurso de la teoría del derecho y no en términos de dogmática jurídica”.⁴⁷

6. CIENCIAS SOCIALES, ÉTICA Y POLÍTICA

Quiero enmarcar ahora los problemas abordados en este capítulo en el contexto más amplio de algunos puntos de vista ético-políticos y epistemológicos relacionados que se han planteado en la filosofía contemporánea con respecto a la autocomprensión y a la práctica de las ciencias en general y más especialmente de las ciencias humanas y sociales. “La crítica de la teoría solipsista del derecho de Dworkin ha de fundamentar —dice Habermas, aludiendo a su propia propuesta— en forma de una *teoría de la argumentación jurídica*, los principios procedimentales a los que, en adelante, debería transferirse la carga de las exigencias ideales que hasta ahora se hacían a Hércules”.⁴⁸ No es sin embargo *el procedimiento* del discurso

⁴⁷ Cf. Habermas, o. cit., p. 276, 296. En este lugar debería incluirse una referencia a la discusión de la tesis sostenida por Robert Alexy (*Theorie der Juristischen Argumentation*, Fráncfort, 1978), de que el discurso jurídico es “un caso especial” del discurso moral. Habermas ha tomado distancia de esta tesis tomada en bloque por cuanto en esta aproximación es necesario tener en cuenta, además de las distinciones que acabamos de exponer, la diferencia de los discursos de aplicación y de fundamentación. En los primeros, y desde un punto de vista formal procedural, se puede trabajar con el mismo modelo de análisis en la moral y en el derecho por cuanto en ambos casos lo que está en cuestión es la lógica de la aplicación de normas, y esta lógica es la misma incluso aunque se tratara de la aplicación de una norma jurídica moralmente cuestionable (cfr. Klaus Günther, *Der Sinn für Angemesenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Fráncfort, 1988). Desde el punto de vista de la fundamentación en cambio las cosas son bien diferentes porque, si bien la validez del derecho tiene que incluir la *justificación moral*, este tiene además otras dimensiones de validez, que emanan de los *acuerdos sociales y políticos* de diferentes tipos, como los que resultan de negociaciones y compromisos de intereses, etc., que el legislador ha plasmado en las normas del derecho positivo, las cuales pueden estar justificadas también por *razones meramente pragmáticas*, o por razones “éticas” que no se pueden invocar en “el foro de la razón pública” (Rawls).

⁴⁸ Habermas, loc. cit. No podría extenderme aquí en la exposición de las condiciones normativas de la teoría de la argumentación aplicada a la justificación de las decisiones judiciales y me limito a mencionar algunas

jurídico en cuanto tal, sino el desarrollo efectivo de los discursos reales, en primer lugar de la comunidad de los expertos (a la que pertenecen los jueces y en la cual tienen que interactuar *como pares*), los que están en condiciones de asumir esta compleja tarea, tan significativa, cuyas consecuencias afectan, directa o indirectamente, a todos los ciudadanos. No obstante el papel protagónico e imprescindible de los juristas, que son los expertos en las cuestiones de interpretación y aplicación del derecho, y dada la relevancia de estas cuestiones para toda la sociedad, se debería requerir también, para emplear analógicamente el lenguaje de la ética de las decisiones clínicas en la medicina, “el consentimiento informado” de todos los *posibles* afectados.

La teoría del derecho y la propia Administración de la Justicia deberían tener especialmente en cuenta en este sentido las críticas y las advertencias admonitorias frente al grave peligro, que amenaza especialmente a las sociedades complejas del mundo contemporáneo, de que las decisiones importantes que las afectan se formulen en lenguajes técnicos esotéricos y queden a merced de élites expertas desconectadas del resto de la sociedad y carentes de toda representatividad política. De esta manera la democracia quedaría “boyando” como un sistema superestructural, mientras que las decisiones de mayor impacto real sobre la sociedad se toman en esferas cerradas, de manera no democrática.⁴⁹ Habermas observa con razón que “Dworkin ha postulado para la justificación externa de las premisas de la decisión judicial una teoría comprensiva que, como hemos visto, desborda los esfuerzos solitarios del juez individual. De ahí que se plantee ahora la cuestión de si las exigencias ideales que se hacen a la postulada teoría no habrían de traducirse en exigencias ideales a un *procedimiento cooperativo de la formación de dicha teoría*” (Habermas, 1992, p. 277, 296-297). Pero si este procedimiento estudiado por la teoría del discurso jurídico se entiende como una práctica desconectada del discurso público político, si no está abierto a la participación de los ciudadanos, se habría resuelto con ello quizás, en alguna medida, *el problema epistemológico* de la teoría de Dworkin, pero no el *problema ético* general de la moderna teoría del derecho y de las prácticas de las profesiones jurídicas. Yo veo por otro lado una *cierta analogía* entre este problema ético de la interpretación y aplicación del

fuentes principales, como S. Tulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1958; Ch. Perelman/Olbrechts Tyteca, *La nouvelle rhétorique*, Bruselas, 1970; A. Arnio, *Lo racional como razonable*, Madrid, 1991; R. Alexy, *Teoría de las argumentación jurídica*, Madrid, 1989; J. Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung*, Fráncfort, 1999. En este apartado presento algunas consideraciones sobre la necesidad de abrir y ampliar el espacio del discurso jurídico de los expertos, como ya se viene planteando desde hace tiempo en general en las teorías críticas de ciencias sociales.

⁴⁹ En el capítulo 8.2. me referiré al fuerte cuestionamiento de R. Gargarella sobre “el poder contramayoritario de los jueces”. Cf. también, J. De Zan, *Libertad, poder y discurso*, Buenos Aires, 1993, pp. 213-234, y J. De Zan, “Racionalidad científico-tecnológica y cultura”, en D. Michelini y otros, *Racionalidad y cultura* (vol. col.), ICALA, Río Cuarto, 1993, p. 98-110.

derecho por parte del juez en solitario, o de una comunidad cerrada de expertos, y el problema ético y político más general de la ciencia y de la técnica moderna. No podría desarrollar aquí por razones de tiempo y espacio esta relación, pero quiero retomar por lo menos la conclusión de algunos análisis que he realizado en un texto anterior sobre *El problema ético y político de la ciencia y de la técnica* en general,⁵⁰ dejando abierto para el lector del campo jurídico el posible trabajo de pensar las diferencias y las debidas adecuaciones.

Abandonada la idea de la neutralidad de la ciencia y de la tecnología como ciencia aplicada y como un sistema de instrumentos o de útiles disponibles para el uso que la sociedad deseé hacer de ellos, queda planteado el problema de averiguar, por un lado, hasta qué punto estos sistemas limitan la libertad y las metas de los individuos y precondicionan incluso la forma de vida y los valores que dirigen la vida social; y se plantea por otro lado el problema de cómo es posible el control y la orientación democrática de su desarrollo, y cuáles son los criterios y los procedimientos éticos y políticos que deben guiar esta acción. El ejercicio democrático de esta libertad de elegir qué tecnologías aceptamos que se desarrollen en nuestro entorno y modelen nuestra sociedad y nuestras vidas presupone todavía la superación del dualismo y la incomunicación entre la esfera cognoscitiva de la racionalidad objetiva y universal de la ciencia y la racionalidad valorativa de la ética y de la cultura vivida de la sociedad. Es decir: la ruptura de *la incomunicación entre las dos culturas*, la cultura de los expertos o de la ciencia y de la técnica, y la cultura vivida de la sociedad; así como la rehabilitación de esta última como interlocutor válido frente a la primera, por cuanto en ella reside el lugar de los valores morales y del sentido último de la existencia.

Pero más allá de este desafío en el campo de los discursos, nos topamos aquí con otro problema si se quiere más complejo, en el campo de las estructuras reales de la sociedad. Porque el ejercicio de la libertad positiva, o de los derechos y responsabilidad de los ciudadanos en la toma de las decisiones colectivas que los afectan, requiere no solamente la voluntad de participación, sino la construcción de las condiciones sociales y culturales objetivas que hagan posible esta libertad, y las condiciones reales de simetría de la relación comunicativa en los discursos. Requiere además la generación de los espacios públicos de debate, de libre formación de la opinión pública informada, y de la circulación y confrontación no distorsionada o manipulada de las opiniones. Es decir que este grave problema del control de la tecnología, a fin de que podamos “mantener alguna libertad de elección sobre el tipo de sociedad en la que queremos vivir”, solamente se puede encarar adecuadamente en el contexto de una nueva situación política, de una democracia más real, deliberativa y participativa (J. De Zan, 1997, p. 289-290).

⁵⁰ J. De Zan, “El problema ético y político de la época de la ciencia y de la técnica”, en C. Ruta y otros, *Saber del tiempo, tiempo del saber*, J. Baudino Ediciones, Buenos Aires 1997, pp. 277-290.

El aludido problema epistemológico de la autocompreensión tradicional de las ciencias, al que no ha sido ajena la teoría del derecho, se ha puesto en evidencia a partir del abandono del paradigma de las filosofías del sujeto, propio de la modernidad (y que es común al racionalismo, el empirismo, el positivismo, el idealismo y el realismo, etc.) a través del giro lingüístico y pragmático (o comunicativo) de la filosofía contemporánea. En el contexto de este nuevo paradigma se deja de lado el concepto de la relación entre conocimiento y lenguaje según el cual, dicho de la manera más simple, el saber objetivo se podría obtener mediante la experiencia, la observación o la reflexión del sujeto, en la relación simple sujeto-objeto del conocimiento, de tal manera que el uso del lenguaje y de la comunicación sería una instancia ulterior, para trasmitir un pensamiento ya formado precomunicativamente. Esta concepción aparece ahora como inaceptable, porque a partir de las evidencias subjetivas, meramente privadas (y toda experiencia prelingüística es puramente privada e incomunicable, como lo ha mostrado el segundo Wittgenstein), no es posible todavía ninguna comprensión de sentido, y mucho menos la justificación de cuestiones de validez de los enunciados proposicionales, o de los juicios valorativos.⁵¹ Sentido y validez objetiva, como se ha explicado más arriba (capítulo 3.4), son siempre, constitutivamente intersubjetivos; se construyen y se justifican mediante el lenguaje y la comunicación, en un discurso. Las pretendidas certezas del sujeto son opiniones o creencias subjetivas que solamente pueden transformarse en un *saber* objetivamente válido en la medida en que se *exponen* en un lenguaje comprensible y pueden sobrevivir a la crítica o a las objeciones de todos los posibles oponentes en un discurso argumentativo abierto, sin exclusiones ni manipulaciones, y libre de las urgencias de la acción.

“La validez de las razones, o de los buenos argumentos, tiene que poder examinarse en un discurso abierto a todas las objeciones y contrargumentos posibles. Mis intuiciones y creencias, o mi manera de ver e interpretar las diversas experiencias, que son fuentes de conocimiento, tienen que trascender su carácter de vivencias interiores del mundo subjetivo y articularse en un lenguaje comunicable para poder transformarse en un *saber* con pretensiones de validez objetiva. Incluso quien de hecho piensa en la soledad, solamente puede explicitar y controlar su propia argumentación en cuanto él ‘en una conversación del alma consigo misma’ —como decía Platón—, es capaz de internalizar el diálogo de una comunidad de argumentación posible” (K.-O. Apel, 1971, p. 399). Este diálogo interior, ficticio, presupone ya el aprendizaje comunicativo del lenguaje, pero no es *todavía*

⁵¹ La expresión “cuestiones de validez” alude globalmente a todas las posibles cuestiones de *verdad* del conocimiento, o de las teorías, y a todas las posibles cuestiones de *rectitud*, *moralidad*, o *justicia* de acciones o de prácticas, a la luz de normas consideradas válidas, pero también las normas pueden ser cuestionadas en su validez , a partir de principios como la razonabilidad o la justicia.

suficiente para estabilizar el sentido del pensamiento, para corroborar la interpretación de las experiencias y para el examen crítico de la validez lógica de los argumentos, sino que se requiere la confrontación y el control efectivo en la comunidad real de argumentación, porque *el saber es esencialmente un discurso público*, y no puede existir ni un saber ni un lenguaje privado”.⁵² En este sentido las ciencias son discursos públicos, que se construyen y validan en comunidades de comunicación abiertas, sin exclusiones, mediante un uso no estratégico del lenguaje, en el que solamente se hace valer la “fuerza” no violenta de los mejores argumentos. Todo aquel que acepta participar en una discusión de problemas teóricos, o en un discurso moral o jurídico, por el solo hecho de entrar en ella, manifiesta prácticamente también su aceptación y reconocimiento público de las normas y condiciones no estratégicas de estas comunidades de comunicación, lo cual no quiere decir que, *de hecho*, los sujetos de la argumentación —¡incluidos los filósofos!— eviten siempre construir sofismas y emplear recursos retóricos para imponer sus opiniones, o sean siempre honestos en sus discursos. El principio moral de la no violencia y del abandono de todo tipo de procedimientos estratégicos o retóricos para inducir o *forzar* el asentimiento de los interlocutores (que son formas encubiertas de violencia), pertenece a las reglas constitutivas de los juegos de lenguaje de la verdad y de la justicia, y quien no respeta estas reglas está jugando otro juego.

Este concepto del discurso no es por cierto meramente descriptivo, sino que es el *concepto normativo* de la ética del discurso. En la medida en que los discursos de las comunidades académicas se apartan de estas condiciones normativas pierden su aptitud para resolver cuestiones de validez, o para descubrir la verdad, el saber que en ellos se “valida” se torna altamente sospechoso de encubrimiento y justificación de intereses, o relaciones de poder, y tiene que ser sometido a la crítica externa, la cual solamente puede realizarse, a su vez, mediante otro discurso más abierto y confiable. (Sobre este problema de las complejas relaciones de saber y poder, se puede aprender casi todo lo necesario en los filósofos (o sociólogos) franceses, por ejemplo en autores tan indispensables como M. Foucault y P. Bourdieu).

Ahora bien, si *toda* ciencia es ya un discurso argumentativo que ha de ser público y comunicable, las ciencias sociales no solamente son un dialogo racional *sobre* un determinado objeto, sino que son ante todo un diálogo racional *con* los propios sujetos que son objeto de su interpretación. Conforme al principio normativo

⁵² Cf. J. De Zan, *Panorama de la ética contemporánea*, Akal, Madrid, 2003, cap. 1, “Lenguaje y moral”, esp. pp. 11-12; también mi estudio anterior: “K.-O. Apel y el problema de la fundamentación de la ética en la época de la ciencia” en *Stromata*, XLII, n°s 1-2, Buenos Aires, 1986.

de *no exclusión*, como condición de la validez universal de los discursos, las teorías de las ciencias humanas y sociales deben confrontarse en un discurso abierto a todos los interlocutores posibles, del que no pueden estar ausentes *especialmente los propios involucrados*, aquellos de quienes precisamente estamos hablando. En el caso del discurso moral los involucrados son todos los seres humanos; en el caso del discurso jurídico los propios sujetos de los derechos, los ciudadanos, que son, a la vez, los sujetos activos de la producción del derecho en la democracia, y los sujetos pasivos que se someten a él, y a quienes le serán aplicadas las normas jurídicas.⁵³ Pero en todos los casos, los sujetos de los que tratan estos discursos no pueden ser simplemente objetivados, como si se tratara de cosas sobre las cuales alguien pudiera disponer y decidir lo que mejor le parece. Las concepciones políticas y jurídicas paternalistas no solamente son reprochables porque violan la autonomía moral de las personas, sino que, además, son epistemológicamente insostenibles. Ya en Peter Winch podemos encontrar la clara indicación de que, en sociología, la relación entre el investigador y el ámbito objetual ha de establecerse en el mismo plano de intersubjetividad del que el científico natural se limita a hacer uso metodológicamente cuando consulta con otros colegas de su disciplina, o presenta una comunicación en un congreso de su especialidad. La relación del investigador con el “*objeto*” “tiene que ser análoga a la que el científico natural mantiene con sus colaboradores en las actividades de investigación científica”.⁵⁴

En un abordaje externo, puramente descriptivo de los procesos y de las estructuras del mundo sociocultural (del cual forma parte el sistema jurídico) y de las acciones sociales, podríamos observar e informar sobre lo que los actores *tienen* por verdad acerca del mundo objetivo en el que actúan, por ejemplo (*was der Aktor für wahr hält*), o sobre lo que *ellos tienen* por justo y correcto, etc., sin tomar en serio, como dirigidas también a nosotros, esas pretensiones de validez. Es claro que cuando se trabaja en las ciencias humanas con esa actitud objetivante, que es la de las ciencias naturales, el científico social “se asegura un desnivel metodológico relevante entre el plano de la interpretación de la acción y el plano de la acción interpretada”.⁵⁵ Pero este desnivel queda suprimido tan pronto como consideramos a los actores sociales *como otros sujetos* que actúan comunicativamente y se plantean recíprocamente pretensiones de validez en serio. Las acciones y expresiones de estos sujetos, que son objeto de la investigación social, conllevan ya una comprensión y valoración interna de la propia situación social y

⁵³ Se alude con estas formulaciones a la clásica definición de la *libertad positiva* de los ciudadanos que encontramos en Rousseau y en Kant, y a la definición de la *democracia como el régimen en el que los ciudadanos no obedecen otras leyes más que las que ellos mismos se han dado*.

⁵⁴ P. Winch, *The idea of a Social Science*, London, 1958, p. 87. Cf. J. Habermas, *LCS*, p. 215.

⁵⁵ J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M., 1981, tomo I, 173. (Hay trad. al español: *Teoría de la Acción Comunicativa*, Madrid, 1987).

de sus intervenciones en este contexto, y estas interpretaciones que se juegan en el campo que la investigación social hace objeto de su estudio son elementos constitutivos del significado y la estructura del campo, sin los cuales la investigación no puede comprender desde dentro su sentido y evaluar sus pretensiones de validez.

En la medida en que se abandona en las ciencias sociales la posición objetivante del observador externo y el procedimiento meramente descriptivo del naturalista, para acceder a la comprensión interna del sentido y las pretensiones de validez que se juegan en las expresiones y acciones humanas, o en las instituciones, etc., con ello perdemos también nuestra posición privilegiada de observadores situados por encima del ámbito de los objetos sociales.

Tan pronto como atribuimos a los actores *la misma* competencia de enjuiciamiento que empleamos nosotros como intérpretes de sus expresiones [y de las razones que ellos invocan en la justificación de sus propios juicios y sus valoraciones], perdemos nosotros también la inmunidad que hasta entonces teníamos metodológicamente garantizada o que pretendíamos asegurarnos mediante la actitud objetivante de observadores externos. Ahora nos vemos en cambio forzados a tomar parte, en actitud realizativa (aun cuando no tengamos intenciones propias de acción), en los procesos de entendimiento intersubjetivo que tratamos de describir. Y de esta manera exponemos en principio nuestra interpretación al mismo tipo de crítica a la que tienen que exponerse recíprocamente los propios sujetos que actúan comunicativamente (Habermas, 1981, I, p. 174).

Desde el punto de vista de una epistemología pospositivista, que se ha despedido del dogma de la unidad metodológica de las ciencias y que ha sacado todas las consecuencias de la ruptura con la actitud objetivante del fisicalismo en las ciencias humanas y sociales, se tiene en cuenta sobre todo el hecho de que “*los hombres son a la vez —o más precisamente: deben ser— no meros objetos, sino sobre todo los sujetos de las ciencias humanas*”,⁵⁶ por cuanto el conocimiento en este campo tiene ante todo el objetivo del autoesclarecimiento del hombre mismo y de la sociedad, y por lo tanto estas ciencias son constitutivamente *autorreflexivas*. No se puede mantener ya la diferencia y la separación del sujeto y el objeto del conocimiento en el sentido de la epistemología canónica, construida con el modelo de la física, porque la construcción y la validación del saber no pueden realizarse en este campo sin la comunicación intersubjetiva con los actores a los que se refieren las teorías. El propio investigador social pertenece además al campo objetual, y es parte interesada, porque ocupa una determinada posición dentro del campo (por ejemplo: como abogado, juez o académico de la jurisprudencia), y sus

⁵⁶ Karl-Otto Apel, *Transformación de la filosofía*, (1972), Madrid, 1985, t. II, p. 133.

intereses, o los intereses corporativos que él representa, tienen también que someterse a la confrontación desde los puntos de vista y los otros intereses en juego en el terreno (por ejemplo, los de los clientes de las mencionadas profesiones). También la relación entre la teoría y la praxis, y entre la comprobación y la trasmisión, o la aplicación del conocimiento, tiene que cambiar radicalmente entonces, convirtiéndose en una relación dialéctica o interactiva.

De ahí que en las ciencias sociales hermenéuticas y en la filosofía la exigencia de la unidad entre la investigación y la enseñanza, por ejemplo, se plantea no solamente en beneficio de la enseñanza, sino también como una exigencia metodológica de la propia investigación. Las sesiones de discusión de los seminarios, con alumnos avanzados, decía K.-O. Apel, son como el laboratorio del filósofo; allí ponemos a prueba nuestras ideas, aprendemos a precisarlas, a corregirlas, a desarrollarlas o a descubrir nuevas consecuencias que no habíamos pensado, y algunas veces comprobamos también que no se sostienen, que tenemos que abandonarlas. Pero esto no vale solamente para la enseñanza formal en el ámbito de la academia, sino sobre todo, en sentido más amplio, con respecto a la relación del trabajo intelectual del filósofo, el sociólogo, el politólogo, el jurista, etc., con la comunidad científica y con la sociedad y el entorno cultural dentro del cual, y con referencia al cual, está pensando, si es que piensa.

La unidad de investigación y enseñanza es para las ciencias hemenéuticas en sentido amplio mucho más esencial que para las ciencias naturales: esta no se halla aquí sólo al servicio de una participación temprana de los estudiantes en la investigación, sino que además representa ya —como investigación ideal, sin dudas— la compenetración comunicativa del cultivador de las ciencias humanas con su público. Mientras que el científico natural en cuanto tal no necesita ningún público, sino solamente la comunidad de los expertos que contrastan sus resultados y puede remitirse exclusivamente a ellos, un estudioso de literatura o un crítico de arte, por ejemplo, al que le hubiéramos quitado su público, perdería tanto el sentido como la inspiración de su investigación. [De la misma manera, una teoría del derecho y de los criterios que justifican sus aplicaciones en las decisiones judiciales, solamente tienen sentido y valor en la medida en que contribuyen a legitimar el sistema jurídico vigente y su funcionamiento en el espacio público de la sociedad civil]. Los resultados de las interpretaciones, de las teorías y de la comprensión de estas ciencias no son, a fin de cuentas, otra cosa que contribuciones científicamente elaboradas a la discusión en el permanente discurso público entre los propios miembros de la sociedad, sobre los posibles estilos y normas de una vida que fuera digna de ser vivida. No otra cosa ocurre en lo fundamental con los resultados de la interpretación científica de los juristas, por lo menos en la medida en que ellas, traspasando el marco de una dogmática jurídica recibida, pretenden aportar contribuciones a la fundamentación del derecho y a sus aplicaciones en las cambiantes situaciones de una sociedad concreta (Apel, 1985, t. II , pp. 138-39).

La confrontación de las interpretaciones de las ciencias sociales y de los estándares que emplean con la autointerpretación y el juicio de los propios sujetos que son objeto de la investigación no es un paso accidental del método de estas ciencias, ni un momento ulterior, de publicación o aplicación del conocimiento, sino que es la prueba crucial para la validación de sus teorías. La ampliación del espacio público del discurso de estas ciencias a toda la comunidad, que se hace posible en la sociedad moderna, significa también una democratización o una apertura política del régimen de la producción social del conocimiento.

C a p í t u l o 5

UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS E INTEGRACIÓN

1. “UN SOLO MUNDO”

En la medida en que se intensifica la interconexión de los espacios geopolíticos y la *interdependencia* de las naciones, la justicia y la política tienen que abrir sus horizontes de pensamiento a perspectivas que van más allá del sistema jurídico doméstico y de los intereses nacionales para adoptar, en sus decisiones más importantes, un punto de vista moral universal. Esta parece ser una exigencia histórica necesaria, y no meramente moral, si se quiere estar a la altura de los desafíos que plantean en el mundo del siglo XXI las cuestiones globales de la preservación del medio ambiente o del equilibrio ecológico del planeta, que amenazan la supervivencia de la especie; los desplazamientos de las poblaciones, el pluralismo democrático y el multiculturalismo de la sociedad civil; los problemas irritantes de las desigualdades cada vez más extravagantes, de la pobreza, de la exclusión, del terrorismo internacional, etc.

La soberanía interna y externa de los Estados ha sido una estrategia política que jugó un papel importante en la historia moderna. Pero este instituto parece hoy más bien un obstáculo que una herramienta eficaz para encarar los nuevos problemas de un mundo que se hace cada vez más pequeño. La evaluación de este atributo del Estado y la conveniencia o no de limitarlo es una cuestión que tiene que discutirse en el terreno político y del derecho constitucional. Pero lo cierto es que la soberanía no conlleva en sí misma ningún valor moral *intrínseco*, cuya restricción deba afectar nuestros sentimientos morales.¹ Ha tenido, en todo caso, un valor *derivado* de su relativa utilidad para pacificar internamente a la sociedad, garantizar el respeto de los derechos, la defensa de la seguridad y el bienestar de los

¹ Cf. Peter Singer, *One World*, (2002), *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 161. Del título del libro de P. Singer he tomado el de este apartado.

ciudadanos frente a posibles agresiones externas, etc. No obstante estas relativas justificaciones, conjeturo que en tiempos venideros no tan lejanos la soberanía concedida por los ciudadanos o por la sociedad al Estado, y ratificada con las aludidas razones por la filosofía política de la modernidad, resultará tan incomprendible como lo es para nosotros el hecho de que, por ejemplo, un filósofo de tanta finura moral como Aristóteles, haya podido reconocer un atributo muy semejante al varón sobre la mujer en el ámbito doméstico, y haya podido defender la institución de la esclavitud.

Parece claro que hoy, más que nunca, es vital para la humanidad el respeto del derecho internacional, pero este derecho está evolucionando precisamente en el sentido de la limitación de la soberanía, hacia formas de integración regional y global más fuertes. Por otro lado, un razonamiento de la más pura cepa hobbesiana podría poner en evidencia que las limitaciones actuales de la capacidad de la mayoría de los Estados que tenemos para proteger a sus ciudadanos, han de ser también los límites de su soberanía. (Th. Hobbes había realizado la más consistente justificación de la soberanía absoluta del Estado en las condiciones políticas del siglo XVII, basándose precisamente en el principio *protego ergo obligo*). Para ilustrar la conciencia de estos límites no es necesario mencionar los casos extremos del fracaso reciente de los Estados como en Camboya, la antigua Yugoslavia, Somalía, Ruanda o Indonesia, que ponen en evidencia la imperiosa necesidad de implementar otros medios jurídico-políticos para evitar las atrocidades que hemos visto en esos lugares. También en Argentina y en América Latina los Estados han fracasado de alguna manera, y siguen fracasando en sus responsabilidades básicas de protección de los derechos humanos de los ciudadanos, del derecho al trabajo, a una vida digna, etc.

La integración no es por cierto ninguna fórmula mágica para resolver todos estos problemas y la forma actual de la globalización es la que ha causado, o agravado muchos de ellos. El conocido libro de Toni Negri y M. Hardt (*Imperio*, 2000) sobre la forma que podría cobrar en el futuro la integración del mundo y sus tesis sobre el fin de la soberanía del Estado nación y, por lo tanto, de los proyectos imperialistas, superados por un imperio global y extraterritorial que no es un Estado, ha dado lugar a extendidos debates en el mundo, que prometen renovarse con el nuevo libro de los mismos autores: *Multitude, war and democracy in the age of empire* (2004).²

² La traducción castellana, T. Negri, M. Hardt, *Multitud, guerra y democracia en la era del imperio*, está anunciada por Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2004. Cf. “Negri, en el centro de la tormenta global”, entrevista al autor por H. Pavon, en *Ñ Revista del Cultura*, Clarín, 28 de agosto de 2004.

El avance irreversible del proceso de integración de la humanidad implica un desafío muy grande para los ordenamientos jurídicos y la administración de la justicia. El siglo XXI será sin dudas una época de ampliación, desarrollo y grandes transformaciones del derecho. Se plantea en este contexto la pregunta sobre cuál será la posición del Poder Judicial en este proceso. La avanzada experiencia de integración de la Comunidad Europea ha llevado a hablar de una verdadera revolución jurídica que transforma sustantivamente el lugar y la función de los jueces. Sería prematuro pronosticar que esta experiencia marca el camino de la evolución de otras regiones y de la integración global, pero lo cierto es que no puede ya dejar de tenerse en cuenta al hablar de la función de los jueces y de la ética de la profesión judicial.

La introducción de un nivel jurídico superior a la ley nacional ha causado una verdadera revolución jurídica en el sentido literal de la expresión, es decir una rotación, al final de la cual los elementos se encuentran en una posición exactamente opuesta a la que ocupaban antes. El soberano, que era ayer aún la última instancia [y no debía responder ante nadie], se ha visto superado por una instancia más alta ante la cual todos sus actos podrán ser revisados. La Justicia, que era un órgano del Estado, encarna de pronto el foco de donde proviene [la validación de] la legitimidad del Estado. La voluntad general ya no puede pretender el monopolio de la producción del derecho [a través de la representación política del Parlamento] sino que debe compatibilizarse con unos principios contenidos en textos superiores a la ley, como son, no sólo la Constitución nacional, sino también el Tratado de Roma, luego el de Maastricht, la Convención Europea de los Derechos del Hombre, y los demás acuerdos internacionales [que desembocan en la Constitución Europea]. El derecho contiene ahora cada vez más núcleos duros indisponibles para la voluntad popular. La soberanía de los representantes del pueblo se ve sometida a principios formulados en textos de enunciado claro y preciso, pero de una gran densidad moral [...] que se convierten en fuentes de las que los jueces pueden tomar directamente la inspiración de sus juicios, más allá del Estado que los ha designado”.³

2. “UN ESTADO DE DERECHO COMÚN EN EL MUNDO”⁴

La idea de un derecho común o “cosmopolita”, fundado en los derechos humanos como derechos morales universales, hace abstracción en este capítulo de

³ A. Garapon, *Juez y Democracia*, Madrid, 1997, pp. 35-36. Cfr. también: M. Delmas Marty, *Pour un droit commun*, Éd. Du Seuil, París, 1994; G. Canivet, “Le droit communautaire et l’office du juge national”, *Droit et Société*, 1992, nº 20-21.

⁴ Este apartado recupera el título de un artículo por aparecer en la revista *Diálogo Político* de la Fundación Konrad Adenauer, 2004, cuyos contenidos, ampliados y referidos al tema específico de este libro, se retoman en el presente capítulo.

los problemas del derecho internacional que intenta regular las relaciones entre los Estados; hace abstracción también de las teorías o propuestas políticas de la construcción de un orden mundial que avance más allá del “modelo de Westfalia” del equilibrio de las potencias, de los proyectos para reformar o mejorar el modelo teóricamente vigente de la Carta de las Naciones Unidas, así como de la actual situación de hegemonía *de facto* de una superpotencia dominante que se arroga, en abierta violación del derecho internacional, la facultad de decidir unilateralmente intervenciones militares en otros Estados. La idea con la cual voy a trabajar en este capítulo se inspira en el ideal cosmopolita del estoicismo antiguo, que se reencuentra en Kant, y que ha sido reactualizado por algunos pensadores contemporáneos como M. Nussbaum. La expresión griega *kosmou politēs* atribuida por D. Laercio a Diógenes el Cínico, no tiene que ver con una idea de gobierno mundial, y conlleva más bien un sesgo antiestatal (O. Höffe, 1999, p. 3).

El conjunto de esas abstracciones metodológicas obedecen a la finalidad de acotar el tema al espacio aquí disponible, pero ello no significa desconocer o restar importancia sin embargo al hecho de que el progreso hacia la implementación efectiva de un derecho cosmopolita requiere por cierto la existencia de un derecho internacional y de un orden político global más democrático, más justo y más avanzado que lo que tenemos en la actualidad. Los avances en estos otros campos pueden realizarse además de muy diferentes maneras, y existen de hecho distintas propuestas teóricas rivales al respecto, que no podría discutir en este lugar. Si bien trataré de evitar aquí esos debates políticos, los puntos de vista que voy a proponer sobre los derechos humanos y sobre el Estado de derecho cosmopolita pueden valer también en sentido general como contribuciones para la discusión de las condiciones de legitimidad del derecho internacional y de la constitución de un orden político global diferente. Esta idea de un derecho cosmopolita, tal como aquí la entiendo, comprende el reconocimiento universal de los derechos humanos como *derechos fundamentales* y se conecta con la tradición antigua del *derecho de gentes*⁵ que ha sido recuperada en algún sentido recientemente por J. Rawls en su último libro *El derecho de gentes* (2001).⁶ De este libro de Rawls rescató en este

⁵ En el lenguaje actual suele considerarse la expresión *derecho de gentes* simplemente como un sinónimo arcaico del derecho internacional público que rige principalmente las relaciones entre los Estados. Esta es la definición del término que puede verse en Ph. Raynaud y St. Rials (eds.), *Diccionario de filosofía política*, Madrid, 2001, pero no era el sentido originario de la expresión, ni en el derecho romano ni en la escolástica.

⁶ El lector del último libro del autor de *Una teoría de la justicia* tiene que experimentar una gran decepción al no encontrarla tampoco en este libro especialmente referido a la justicia en el ámbito internacional un tratamiento del más grave problema moral de la existencia de más de 1.000 millones de personas excluidas y desamparadas en el mundo actual y de las obligaciones de los individuos que viven en la opulencia, sobre todo en los países más ricos frente a este escándalo irritante de las desigualdades “extravagantes” que él mismo denunciaba como injusticia dentro de la sociedad norteamericana, en su primer libro. No obstante esta notable falencia que no puedo dejar de marcar, el libro aporta buenas ideas en otros aspectos, como ha sido siempre el caso en este autor.

lugar especialmente la idea de que *los sujetos del derecho de gentes no son los Estados*, como es el caso del derecho internacional en su concepción más corriente, *sino los pueblos*. No “el hombre” en abstracto, ni “la humanidad” como un colectivo, sino las diferentes comunidades concretas, o pueblos, los cuales tienen sus ordenamientos domésticos en los Estados, pero cuya facultades jurídico-políticas y morales no deben quedar clausuradas en estos espacios particulares.

La idea de pueblo es crucial en este punto, por cuanto nos habilita para atribuir a los pueblos como actores motivos morales que no podemos predicar de los Estados [...] Debemos reformular las facultades de soberanía a la luz de un razonable derecho de gentes y negar a los Estados derechos a la guerra y a la irrestricta autonomía interna [...] Con este último aspecto tiene que ver, de manera más obvia, la función de los derechos humanos, como resultado del esfuerzo por definir y limitar la soberanía interna del Estado (Rawls, 2001, pp. 29 y 38).

Es importante destacar el concepto de “pueblos” que usa aquí Rawls, en cuanto actores independientes de los Estados, con presencia en el espacio global, protegidos por un *derecho de gentes* no estatal y superior a su jurisdicción, el cual se conecta directamente con los derechos humanos universales como derechos morales anteriores a los Estados y al derecho positivo, y faculta a los pueblos a cuestionar la soberanía de su propio Estado y a limitar sus facultades, tanto en el orden interno como en el de las relaciones internacionales. Este concepto plantea la necesidad de una redefinición de las categorías clásicas del derecho moderno y del Estado que, por lo menos desde Hobbes, habían definido al “*populus*”, por su referencia al Estado, y en contraposición con “*multitudo*”, que se conectaba más bien con la idea de *sedición*.⁷ Habría que remitir aquí, más allá de Rawls, a los autores que están recuperando actualmente el concepto de *multitud*.⁸

El punto de vista de este ensayo se diferencia en cambio netamente de la concepción de un derecho penal internacional en el sentido de *Peace trough Law* de H. Kelsen (1944), el cual imaginaba “un sistema de seguridad internacional caracterizado por un alto grado de centralización” que podría garantizar la paz entre los Estados y eliminar la guerra mediante la fuerza de la ley. El fantasma de un gran Leviatán planetario que concentra el monopolio de la fuerza conlleva en la práctica la abolición de la independencia y del pluralismo político de los Estados, y esta “utopía”, que ha sido renovada por algunos autores contemporáneos, me

⁷ Cf., Th. Hobbes, *De Cive*, cap. VI, 1 y cap. XII, 8; trad. al español *Sobre el ciudadano*, Trotta, 2002, pp. 55-56 y 105.

⁸ Cf. Paolo Virno, *Gramática de la multitud*, Colihue, Buenos Aires, 2003, esp. el “Prefacio”: “Pueblo vs. Multitud. Hobbes y Spinoza”, y cap. 3: “Las multitud como subjetividad”, pp. 75-106; también: Giorgio Agamben, *La comunidad que viene*, Pretextos, 1999; y los libros de T. Negri, citados en la nota 2.

parece tanto o más terrorífica que la guerra que se cree poder eliminar de una sola vez y para siempre por este medio. Si bien este no es aquí el tema quisiera intercalar una observación de D. Zolo sobre las propuestas mencionadas. “La suma de las propuestas del pacifismo legalista se caracterizan por el supuesto racionalista de que es posible ‘desarmar a los Estados’ y ‘abrir la guerra’ mediante instrumentos jurídicos normativos [...] Estas propuestas terminan apoyando a los que piensan que la paz solamente se podría lograr concentrando en manos de una organización internacional una fuerza militar (o policial) tan poderosa que fuera capaz de sofocar todo conflicto local o regional [...] Cualquier ‘operación policial’ ejercida por un órgano supranacional que posee el monopolio mundial de la fuerza, está destinado a asumir todas las connotaciones de la guerra. La guerra del Golfo demostró la imposibilidad teórica y práctica de distinguir entre una operación de policía internacional y una guerra en el pleno sentido de la palabra [y mucho más la continuación de aquella operación con la posterior invasión de Irak] [...] Finalmente [...] una guerra librada en nombre, o por cuenta de un supremo organismo internacional, inevitablemente, tiende a asumir no sólo las características de una guerra legal y legítima, sino también las de una ‘guerra justa’, las de una cruzada en nombre del orden mundial [...] en la que se tiende a criminalizar al enemigo como moralmente innoble, como enemigo de la humanidad y como encarnación del mal”.⁹ Tales operaciones justicieras se transforman fácilmente en las guerras más inhumanas, desproporcionadas y carentes de límites, como había advertido ya C. Schmitt.

Pienso que es importante defender tanto el pluralismo político en el interior del Estado, como el pluralismo político de los Estados en el mundo, porque ambos son condiciones necesarias, aunque no suficientes, de la existencia de la libertad y de la democracia. Pero la preservación del pluralismo como un valor importante no puede llevarnos a olvidar la igualdad de todos los hombres como sujetos de los mismos derechos fundamentales, ni a desconocer el hecho de que el mundo es uno solo, y que el proceso de la integración global aparece como un hecho irreversible. Pueden y deben cuestionarse en muchos aspectos las formas actuales de la unificación del mundo, especialmente porque “parece que en este proceso toda identidad se encuentra amenazada; pero sin embargo, al mismo tiempo, la apertura a la universalidad que se realiza en todas las dimensiones de la vida social, política,

⁹ Danilo Zolo, *Cosmópolis (Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial)*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 159-60. Este libro contiene una buena crítica, sobre todo a la concepción del “nuevo orden mundial” y al ejercicio unilateral del poder militar de los EE. UU. en la política internacional. Hubiera sido mejor, sin embargo, aunque quizás menos comercial, que el autor dejara como título del libro el que figura en letras pequeñas en la tapa como subtítulo, porque la palabra “cosmópolis”, como he dicho, tiene otras connotaciones que podrían y deberían rescatarse.

Sobre este mismo problema, cf. el libro editado por Bernat Riutort Serra, *Conflictos bélicos y nuevo orden mundial*, Barcelona, 2003, así como el libro del mismo autor: *Razón política, globalización y modernidad compleja*, El Viejo Topo, España, 2001.

económica y cultural, tiene su raíz más profunda en la relación esencial de identidad y universalidad que es constitutiva de la autoconciencia racional propia del hombre”.¹⁰

3. LOS DERECHOS HUMANOS

Voy a prescindir aquí de una exposición sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos. De ninguna manera pienso que el debate de fondo sobre este problema carezca de significado, o sea un debate ocioso. Creo por el contrario que la filosofía política contemporánea tiene mucho que aprender, por ejemplo, de la idea clásica, de base antropológica y metafísica, del derecho natural, y de las teorías procedimentales de carácter trascendental kantiano, o reconstructivistas, de la ética y del derecho. Pero ese no es el tema de este ensayo y creo, además, que es posible partir de una explicación más modesta de los derechos humanos que nos permitirá aventar los reparos hoy en boga contra esta doctrina, especialmente los que “se travisten bajo la capa del multiculturalismo o el derecho a la diferencia”¹¹ y trabajar en el tema propuesto con una idea provisoria, pero suficientemente clara de los derechos humanos como universales.

El reconocimiento de los derechos humanos es, de hecho, el resultado de un lento y trabajoso proceso de *aprendizaje* que se ha desarrollado a lo largo de toda la *evolución histórica* de la civilización humana, y este aprendizaje es siempre, todavía, una tarea inconclusa, que tiene avances y retrocesos, y que no podrá darse nunca por concluida mientras la historia siga en movimiento y el futuro permanezca abierto. La civilización humana comprende una pluralidad de culturas y de historias particulares en las cuales estas situaciones y relaciones sociales más o menos estabilizadas y previsibles, con fuerza normativa, que llamamos “derechos”, han cobrado formas y desarrollos especiales y desiguales, pero en el contexto de estas diferencias culturales se reencuentran los rastros de procesos análogos de aprendizaje. Una de estas constantes históricas es que los seres humanos no han nacido en ninguna parte con la formación (*Bildung*) moral y jurídica incorporada como cualidades naturales. Por eso debemos decir que el *lenguaje* del “derecho natural” es de alguna manera equívoco y esta equivocidad se ha transferido al discurso de los derechos humanos. La idea y la realidad de los derechos son *conquistas históricas* que se han logrado en los diferentes lugares mediante procesos similares de *luchas por el reconocimiento*. Esta historia ha tenido que recorrer duras etapas de reconocimiento selectivo y unilateral, como en las relaciones de

¹⁰ J. De Zan, “Identidad y universalidad en Paul Ricoeur”, en *Erasmus*, Revista Latinoamericana Interdisciplinaria del ICALA (Intercambio Cultural Alemán Latinoamericano), nº 1, Rio Cuarto, 1999, pp. 69-84.

¹¹ La expresión es de Amelia Valcarce, *Ética para un mundo global*, Madrid, 2002, p. 62.

dominación y servidumbre, hasta alcanzar la forma de un reconocimiento recíproco e igualitario, que es el único que merece el nombre de “estado de derecho”. En una primera instancia el reconocimiento recíproco ha sido todavía selectivo y limitado, *entre nosotros*, los miembros de una comunidad particular, o los ciudadanos de la *polis*, como en el caso de la antigua *polis* griega y de su filosofía (Platón y Aristóteles) en la que *la exclusión de los otros*, de los no helenos y de los esclavos, no era experimentada todavía como un problema moral. Una nueva etapa de este proceso histórico es el que se alcanza con la universalización de este reconocimiento recíproco y la formación, que tiene lugar en algunas culturas, del concepto de *persona* (moral y jurídica) que debe ser reconocida como tal, con iguales derechos que toda otra persona, independientemente de su nacionalidad, género, clase social y cualquier otra determinación particular. De esta manera se ha formado en la historia el sentido de los derechos humanos, cuya formulación se produce en primer lugar, para nosotros, en el ámbito de la cultura occidental europea. Las fundamentaciones filosóficas de estos derechos son por lo tanto todas tardías y a posteriori.¹²

Si bien los textos declarativos de los derechos humanos han sido firmados casi unánimemente por los países actuales, sigue existiendo la sospecha de que la formulación de su contenido refleja más que nada el resultado de la historia particular del occidente europeo. A partir de las formas de servidumbre del antiguo régimen feudal, de los privilegios hereditarios de la nobleza y de las crueles guerras de religión desencadenadas después de la Reforma protestante, se inicia el distanciamiento crítico ilustrado frente a las tradiciones premodernas, la negación de los antiguos privilegios feudales, las luchas por la igualdad de los derechos y el nacimiento del sentido de las libertades privadas que caracteriza a la modernidad. En este contexto del individualismo de la sociedad burguesa y el trabajoso aprendizaje de la tolerancia que los hombres se han visto forzados a aceptar como consecuencia de estas experiencias, se llega a la declaración universal de los derechos humanos. No obstante la pretensión de universalidad de estos derechos, y de la moralidad de tipo kantiano, sus principios son también, por cierto, el producto de la evolución de una historia particular, la de la cultura y la filosofía occidental, que ha llegado con la Ilustración a este *punto de vista moral*. Esta comprobación de su origen, o de la génesis histórica, no representa todavía sin embargo ningún argumento para la impugnación de la validez racional de estas ideas. Las *explicaciones genealógicas* se refieren a cuestiones de hecho y poco aportan a la *comprensión del sentido y la posible validez* del pensamiento, a la legitimación o deslegitimación de derecho (*la quaestio juris*), salvo en las materias regidas por leyes hereditarias

¹² Cf. Axel Honneth, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica, Barcelona, 1997.

(como los títulos de nobleza o de propiedad privada). Estas explicaciones causales históricas debilitan sin embargo la fuerza probatoria de las deducciones de tipo racionalista y plantean la necesidad de una hermenéutica de la sospecha. Del conflicto de las interpretaciones solamente se puede salir situando la cuestión en el terreno del diálogo crítico y de los procedimientos del discurso racional para la búsqueda del entendimiento intersubjetivo acerca de la verdad, o de las pretensiones de validez cuestionadas. El reconocimiento de la pretensión de universalidad de los contenidos que se incluyen en los derechos humanos tiene que ponerse a prueba y pasar por la confrontación con los intereses legítimos de los diferentes sectores de la propia sociedad, y con las convicciones del *ethos* de las otras culturas. De esta confrontación saldrán probablemente enriquecidos, pero también purificados y despojados del sesgo particular de su contexto de origen en la sociedad burguesa y en la Ilustración europea. Pero esta historia del diálogo intercultural, que permite abrir efectivamente el etnocentrismo, no podrá ni siquiera comenzar si de entrada abandonamos la pretensión de universalidad de nuestras propias convicciones, y quedamos encerrados en el dogmatismo y el relativismo, que concibe la diferencia de las culturas, o de la conciencia social de las clases, como mónadas cerradas e incomunicables, que nada tienen en común y, por lo tanto, no pueden entenderse ni aprender las unas de las otras. A quienes se oponen al discurso de los derechos humanos por temor a caer en el odioso etnocentrismo occidental nordatlántico, podríamos invitarlos a considerar el hecho de que, parafraseando expresiones del filósofo del derecho Bruce Ackerman, ya no hay ninguna cultura en la que las mujeres no ansíen la igualdad de derechos, ninguna sociedad en la que los individuos no deseen ser respetados como personas, ningún país alejado del Atlántico norte en el que las personas no aspiren a disponer de los medios mínimos para satisfacer adecuadamente las necesidades de la subsistencia y disfrutar de alguna forma de bienestar, etc.

Se ha intentado buscar en las historias de otras culturas valores y contenidos homologables a las formulaciones occidentales de los derechos humanos. Como ha mostrado Paul Ricoeur, es necesario sin embargo asumir la siguiente paradoja: “por una parte, mantener la pretensión universal vinculada a algunos valores en los que lo universal y lo particular se encuentran entrecruzados; por otra, ofrecer a la discusión esta pretensión de universalidad, en confrontación con las convicciones propias de otras formas de vida”. Esta situación se plantea siempre, y no solamente con respecto a los derechos humanos, en la medida en que nuestro pensamiento no traba con *universales puros, sino contaminados* por la particularidad y la historicidad de nuestras propias experiencias. “Esta noción de universales en contexto, de universales potenciales o incoativos es, a mi entender —continúa el autor citado— la que mejor explica el equilibrio reflexivo que buscamos entre universalidad e historicidad. Solamente una *discusión real*, en la que las convicciones

diferentes son invitadas a elevarse por encima de las meras convenciones, podrá decir, al término de una larga historia [de diálogo intercultural] aún por venir, qué presuntos universales llegarán a ser universalmente reconocidos como tales” (P. Ricoeur, 1996, p. 319).

Un buen ejemplo de este problema me parece el libro de C. Nino: *Ética y derechos humanos* (1984), el cual presenta una muy buena exposición sistemática (la más clara que yo he leído) de los derechos humanos fundamentales como “derechos morales” universales. Pero el libro de Nino, de directa inspiración rawlsiana, fue escrito diez años antes de que el propio Rawls publicara su segunda obra fundamental: *Political Liberalism* (1993) donde es posible ver de manera sistemática las autocorrecciones de la concepción que había expuesto en *Una teoría de la justicia* (1971) y en las que el autor venía trabajando desde hacía algunos años. A la luz de este otro libro de Rawls, la enumeración y el desarrollo que hace Nino de los derechos humanos aparece demasiado concretista y comprometida con una particular filosofía sustantiva del liberalismo. Debería criticarse por lo tanto como “una doctrina comprensiva” del tipo de las que no pueden ingresar sin más en el discurso público, porque son expresión de un “liberalismo filosófico” y no político en el sentido de Rawls, el cual contiene demasiados presupuestos que no son compartidos por quienes profesan otras concepciones del hombre y de la filosofía política y otras ideologías diferentes del individualismo liberal. Este buen libro de nuestro malogrado compatriota debería alivianarse entonces de esos compromisos filosóficos sustantivos para destilar de su sistematización una doctrina universalizable que pudiera adecuarse a la idea de la “razón pública” del *Liberalismo político*, a fin de poder ingresar sin reparos en el discurso público del derecho y de la política. (La mencionada idea de razón pública ha sido más aclarada por Rawls en la nueva introducción a la edición inglesa del citado libro de 1996, y revisada nuevamente en su tercer libro principal: *The Law of Peoples*, de 1999, como se ha visto en el capítulo 2.4). No obstante estas observaciones, podemos encontrar en el libro de Nino también buenas indicaciones formales procedimentales que sería posible explicitar y desarrollar para reemplazar la fundamentación más sustantiva en la que el autor introduce sus propias convicciones filosóficas y políticas particulares, por cierto muy respetables, y muchas de las cuales uno puede compartir personalmente, pero que no podrían darse por presupuestadas en otros contextos culturales e ideológicos, y no tan lejanos, sino incluso en ámbitos más representativamente latinoamericanos.

Las múltiples declaraciones sobre los derechos humanos suscriptas por la mayoría de los Estados representan sin duda un progreso moral, pero tampoco instituyen estos derechos, sino que formulán y ratifican algunas de las conquistas generalizables de las luchas sociales que han tenido lugar en diferentes pueblos. Pero la protección efectiva de estos derechos requiere todavía por cierto otro paso

decisivo. Como ha escrito Norberto Bobbio: “Sólo se podrá hablar con verdad de protección internacional de los derechos humanos cuando una jurisdicción internacional consiga imponerse y superponerse a las jurisdicciones nacionales, y se realice el paso desde la [supuesta] garantía dentro del Estado, que todavía caracteriza predominantemente a la fase actual, hasta la garantía *contra* el Estado”.¹³

La garantía de los derechos humanos presupone el reconocimiento por parte de los Estados del derecho de cada sujeto humano individual para apelar a instancias exteriores al propio Estado, toda vez que haya sufrido vejaciones o abusos, y entienda que no ha sido adecuadamente satisfecho su reclamo de justicia. El reconocimiento de este derecho implica una limitación de la soberanía del Estado, la aceptación de una jurisdicción independiente y el otorgamiento a la instancia externa de los organismos internacionales de un poder suficiente para que sus decisiones sean respetadas. El antecedente más relevante en la historia contemporánea son los estatutos del Tribunal Militar Internacional establecido por los aliados para juzgar a los principales criminales de guerra nazis en Núremberg, el cual le confería jurisdicción sobre tres clases de crímenes: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, como asesinar, exterminar, esclavizar o deportar a cualquier población civil y en general, así como las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos. Este tipo de actos eran calificados por el mencionado estatuto como crímenes “ya sea que supongan o no la violación de las leyes locales del país donde fueron perpetrados”.

Otro antecedente importante es la Convención contra la Tortura, de 1984, ratificada por 110 Estados, que acepta el principio de responsabilidad penal internacional por crímenes de lesa humanidad cometidos por instigación o con la tolerancia de las autoridades estatales. Este instrumento, que había sido firmado también por Chile, fue el antecedente en el que se fundamentó el apresamiento de Pinochet en el Reino Unido, accediendo al pedido de un tribunal español, para ser juzgado por crímenes cometidos en Chile. Otro antecedente que suele citarse es el juicio y la ejecución de Adolf Eichmann en Israel, aunque su captura en la Argentina fue un secuestro que no respetó ningún procedimiento jurídico. Hasta entonces se trataba de acuerdos internacionales para establecer tribunales temporales para el juicio de delitos especiales, o de iniciativas de algún Estado que invocaba una jurisdicción internacional.

Para que el procesamiento de crímenes de lesa humanidad sea un instituto permanente del derecho internacional, representantes de 160 Estados reunidos en Roma en 1988 acordaron, por una abrumadora mayoría, establecer una Corte

¹³ Bobbio, Norberto, *L'Età dei diritti*, Turín, 1990, p. 37 (hay traducción española *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991); *El tercero ausente*, Madrid, 1997.

Penal Internacional, asociada con las Naciones Unidas y con sede en La Haya. Dicho tribunal dispone de un fiscal que puede realizar acusaciones por genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra contra individuos que sean ciudadanos de un Estado que haya ratificado el tratado [...] El tribunal ha empezado a funcionar el 2002 con más de 60 Estados que aceptaron su jurisdicción y otros que la irán aceptando progresivamente. Por primera vez, el mundo tiene un organismo internacional permanente capaz de ejecutar el derecho penal internacional. Estados Unidos ha intentado enmiendas al estatuto del Tribunal que declare exentos de ser procesados a los soldados estadounidenses y a los funcionarios de su gobierno. Nunca se ha aclarado porqué EE. UU. podría esperar que sus ciudadanos sean tratados de manera diferente que los ciudadanos de otros países. El ex presidente Clinton firmó el tratado, pero nunca intentó su ratificación (P. Singer, 2003, p. 133).

Cabe esperar que EE. UU. y algún otro país importante que falta, como China, terminarán aceptando esta jurisdicción, y que los restantes se verán forzados también a reconocerla. Finalmente la cuestión más delicada no es ésta, dado que la gran mayoría de la gente apoya el derecho de castigar a los criminales que han cometido atrocidades contra los derechos humanos, y hay buenos argumentos para justificar esta jurisdicción sin fronteras territoriales y culturales, como se verá en el apartado 4 de este mismo capítulo. La cuestión más difícil de acordar es la justificación de alguna forma de *intervención humanitaria* internacional en el interior de los Estados, por lo menos en los casos extremos de genocidio y de violaciones aberrantes de los derechos. La lógica del pensamiento de los derechos humanos lleva necesariamente a este punto. La doctrina de la “intervención humanitaria” debería ser cuidadosamente revisada, pero no puede ser desechada por el solo sentimiento de indignación ante algunas intervenciones unilaterales injustificadas o desastrosas en sus resultados. Los criterios y procedimientos para legitimar este tipo de intervenciones solamente podrán normalizarse en el marco de nuevos acuerdos y de un mejor funcionamiento, o de la reforma, de las instituciones internacionales, a las que he aludido en el punto 2. Michael Walzer ha escrito, en su libro sobre *Guerras justas e injustas*, que: “La intervención humanitaria se justifica cuando representa una respuesta (con razonables expectativas de éxito) respecto a actos que *commueven la conciencia moral de la humanidad*”.¹⁴ Este enunciado de Walzer es todavía muy genérico, y se mantiene en el nivel de lenguaje de la moral de los sentimientos pero, con las debidas precisiones conceptuales e

¹⁴ M. Walzer, *Jus and Unjust Wars*, Harmondsworth, Penguin, 1980, p. 107; trad. al español, Paidós, Barcelona, 2001, p. 157. Considero que la expresión “guerra justa” (no obstante su larga y venerable tradición) es, en principio, inaceptable y autocontradictoria, porque nunca puede haber justicia en la acción de matar a personas inocentes. La guerra es siempre *un mal, una tragedia* (a veces inevitable), pero ninguno de estos dos sustantivos es compatible con el adjetivo “justa”.

instrumentaciones institucionales, me parece razonable y podría ser apoyado por la opinión pública. El secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, ha sugerido que este tipo de intervenciones puede justificarse ante una situación que “causa muerte y sufrimientos a un gran número de personas, y cuando el Estado nominalmente a cargo de la situación es incapaz de detenerla, o no quiere hacerlo”.¹⁵ Me parece claro que la doctrina de los derechos humanos en serio plantea una exigencia moral de no pasividad ante las violaciones atroces de estos derechos y, por lo tanto, ante situaciones como las mencionadas en las que el Estado responsable de proteger los derechos de las personas se muestra impotente, no tiene la voluntad de detener las violaciones, o es el causante de estas, se debe apoyar la intervención humanitaria, porque de lo contrario habría que dejar de hablar de derechos humanos.

La prioridad de los derechos humanos sobre la soberanía política de los Estados conlleva ya un sentido cosmopolita, por cuanto reconoce a las personas individuales el rango de sujetos morales y de derecho en el mundo, o en el ámbito internacional, y rompe con la concepción jurídica que reserva solamente para los Estados o entes colectivos el carácter de sujetos del derecho internacional. El desarrollo de la doctrina de los derechos humanos lleva lógicamente a esta consecuencia de “una ciudadanía cosmopolita” y un Estado de derecho sin fronteras que protege los derechos fundamentales de todo ser humano por igual. Para algunos autores esta doctrina implicaría también necesariamente la idea de un “constitucionalismo global”.

Si bien el proceso de la globalización del derecho está muy retrasado y será más lento que la globalización de los mercados y las finanzas (como lo fue el desarrollo de los derechos sociales con respecto a la revolución industrial y a la formación del capitalismo nacional), tampoco se trata de un mero desiderátum utópico, porque de hecho “ya vivimos en un mundo de comunidades de destinos superpuestos” o interdependientes, en el cual los Estados nacionales han ido perdiendo el poder y la capacidad exclusiva para determinar el destino de los seres humanos que han nacido dentro de sus fronteras, entre otras cosas, porque estas fronteras se encuentran masivamente perforadas por el tráfico de las informaciones, los bienes y las personas.¹⁶

La clásica preocupación liberal por la limitación del poder del gobierno debe extenderse a la esfera internacional con el fin de garantizar la primacía de los

¹⁵ Citado en P. Singer, 2003, p. 137.

¹⁶ Cf. Held, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Democracy*. London, Polity Press, 1995; “Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty”, en *Legal Theory*, I, 2002. Held, D., McGrew, A., (eds.), *Governing globalization. Power, authority and global governance*, Polity Press, Cambridge, 2002.

seres humanos como agentes políticos y morales [...] Con esto no quiero decir que toda afirmación de identidad nacional o cultural sea irrelevante desde el punto de vista moral, ni tampoco que los Estados deban abolirse. Simplemente sugiero que estos deben respetar las aspiraciones de justicia de sus miembros, objetivo que ha de garantizarse internacionalmente. No pienso que esté propone ninguna utopía [...] Desde el fin de la segunda guerra mundial casi todos los Estados han suscrito una amplísima lista de convenios internacionales en materia de derechos humanos con efectos vinculantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) admite demandas de ciudadanos individuales que inician procedimientos en contra de sus propios gobiernos. Aunque la implementación efectiva de sus sentencias esté lejos de gozar de garantías suficientes, la legitimidad y credibilidad del TEDH son tales que raramente una sentencia dictada en Estrasburgo no se ejecute.¹⁷

4. HACIA UNA SOCIEDAD CIVIL COSMOPOLITA

El objetivo que me propongo en este apartado no es la construcción de un modelo de integración o la defensa de alguna de las propuestas que ya se han hecho, sino algo mucho más modesto, a saber: el cuestionamiento de los prejuicios que operan como obstáculos para pensar con apertura estas perspectivas. Tales prejuicios están extendidos especialmente entre nosotros, quizás por la extrema lejanía geográfica de nuestro lugar en el mundo, y también por el impensado giro convergente de ciertas tendencias políticas del liberalismo “progresista” y de sectores de izquierda de orígenes ligados al marxismo, que ahora, a contramano de la historia, parecen aproximarse en la Argentina a las posiciones del nacionalismo conservador y del peronismo primitivo, con sus rasgos de xenofobia. Otros objetivos en este punto son la precisión del terreno en el que se tiene que plantear el debate, que no es el de un Estado o gobierno mundial, sino el de una “gobernanza”, y el de la sociedad civil; y la explicitación de las razones éticas que fundamentan y legitiman la marcha hacia una “comunidad” humana global, de naturaleza principalmente moral, pero también jurídica.

Las ideas cosmopolitas suelen chocar no solamente con la resistencia ideológica de los nacionalismos, sino también con los intereses corporativos de las altas burocracias del Estado y de poderosas organizaciones paraestatales, como los partidos políticos. Ya he intentado deslindar más arriba el cosmopolitismo de la idea de un Estado y un gobierno mundial, pero es preciso aludir también a la inevitable asociación con otra remanida palabra de muy ambiguo significado: la “globalización”. Para realizar un análisis crítico de la globalización es preciso diferenciar, en la medida de lo posible, los procesos objetivos a los que alude este

¹⁷ N. Torbisco Casal, “Sobre la relevancia de la justicia internacional” en Malamud, 2003, pp. 118-119.

término de los usos ideológicos del mismo. El sociólogo francés P. Bourdieu ha hablado con razón del “mito de la globalización”:

Se oye decir machaconamente —y es lo que crea la fuerza de este discurso dominante— que no hay oposición posible a la visión neoliberal, que se presenta como algo evidente, contra lo que no cabe ninguna alternativa [...] La globalización es un mito en el peor sentido del término, un discurso poderoso, una idea matriz, una idea que tiene fuerza social, que consigue que se crea en ella. Es el arma principal de las luchas contra las adquisiciones del Estado de bienestar [...] Convierte en norma de todas las prácticas y, por lo tanto, en reglas ideales las regularidades reales del mundo económico abandonado a su lógica, la llamada ley del mercado, es decir, la ley del más fuerte. Ratifica y glorifica el reinado de los llamados mercados financieros, o sea, el retorno a una especie de capitalismo radical, sin otra ley que la del beneficio máximo, capitalismo sin freno y sin maquillaje.¹⁸

Frente a la presión estructural de las coacciones del mercado globalizado los Estados nacionales y la legislación social parecen ser absolutamente impotentes porque se trata de un proceso incontrolable desde el interior de un Estado. Este proceso económico trasnacional, que avanza con total impunidad al amparo de las grandes lagunas normativas del derecho internacional o de la deficiencia de las garantías correspondientes, será efectivamente incontrolable (como señala también Bourdieu) mientras los bloques de naciones y los movimientos sociales internacionales no tomen la decisión política de regularlo y de globalizar también de manera eficaz las exigencias de justicia y solidaridad. Lo cierto es que, como lo había previsto en cierto modo el propio Marx, en el contexto de la globalización ya no es viable la justicia social en un solo país. Porque si en Brasil o en el Asia, por ejemplo, los trabajadores no han alcanzado las conquistas de los países con derechos laborales y sociales más avanzados, y perciben salarios indignos, en el límite del estado de indigencia, los mercados ejercerán una presión irresistible para los países más débiles, que forzarán también a estos otros a aplicar políticas sociales regresivas para poder competir en el mercado regional y global. En la medida en que no acepten esta regresión pierden competitividad, quedan afuera de los mercados y ven destruidas sus fuentes de trabajo con el consiguiente crecimiento de las altas tasas de desocupación y de exclusión social. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en la Argentina de finales de los noventa. El nuevo modelo exportador que se impuso luego consiguió una cierta reactivación económica por medio de una brutal transferencia regresiva de los ingresos, que produjo una drástica reduc-

¹⁸ Bourdieu, Pierre, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, 1999, pp. 43-63.

ción de los salarios reales y el empobrecimiento de las grandes mayorías con ingresos fijos hasta caer en buena parte por debajo de la línea de pobreza. Esta lógica perversa de la globalización económica no se frena sin embargo mediante un paso atrás, saliéndose de la globalización; solamente se puede enfrentar avanzando hacia adelante, mediante políticas sociales regionales y globales concertadas y mediante la globalización de los derechos laborales y sociales. Si bien esta es la respuesta estructural a largo plazo, se requieren por cierto políticas nacionales más inteligentes que las que hemos tenido en la Argentina durante este largo proceso de la transición.

La cuestión aludida en el párrafo anterior se ha planteado y discutido expresamente en la OMC (Organización Mundial del Comercio), que ha derivado su tratamiento a la OIT (Organización Internacional del Trabajo). Esos son los organismos que deberían regular las mencionadas condiciones inequitativas y establecer las correspondientes sanciones comerciales para las economías que no satisfacen ciertos estándares básicos de remuneración y derechos laborales. Pero hasta ahora no se han producido todavía las decisiones eficaces requeridas. Y quizás no sea realista esperar de las burocracias de los organismos internacionales ningún tipo de cambios estructurales profundos mientras no se genere desde la sociedad civil un fuerte consenso y una presión efectiva que movilice la voluntad política de los Estados.

El reclamo de la universalización de los derechos sociales, o de una sociedad civil cosmopolita más igualitaria, con estándares mínimos comunes de ingresos, educación y seguridad social, etc., no es una mera utopía en el mundo contemporáneo. Esta exigencia moral de los derechos humanos de segunda y tercera generación tiene una oportunidad inédita porque las propias economías de los países centrales se ven enfrentadas en cierto modo con el mismo problema o con un problema simétrico, a causa de las grandes desigualdades de las condiciones laborales, o del costo de la mano de obra, para decirlo en términos económicos. “El capital desterritorializado que, por así decirlo, queda exento de la obligación de quedarse en casa en su búsqueda de oportunidades de inversión y de beneficios especulativos, puede amenazar con hacer uso de su opción de salida cuando un gobierno plantee restricciones gravosas para las condiciones de la inversión interna intentando proteger los valores sociales [...]”.¹⁹ No solamente el capital financiero, sino también las empresas, especialmente de mano de obra intensiva, cambian rápidamente de domicilio buscando menores costos impositivos y laborales que incrementen su competitividad en el mercado global. Puede pensarse que la

¹⁹ J. Habermas, “El Estado-nación europeo y las presiones de la globalización”, en *New Left Review*, Barcelona, 2000, nº 1, p. 125.

importante ampliación reciente de la Comunidad Europea, y la inclusión de las sociedades más atrasadas del Continente, obedece precisamente a estos motivos de la búsqueda de una cierta homogeneización de las sociedades y de las leyes laborales que frene la ola de mudanza de empresas de los países de Europa central hacia las sociedades más pobres del Este en búsqueda de mano de obra barata. En los actuales debates del Viejo Continente sobre la globalización y sobre los problemas de la integración regional de la Unión Europea, J. Habermas ha apoyado la posición de quienes consideran que la UE debe comprenderse como un paso hacia formas de integración más fuertes y más amplias, a través de la constitución de una verdadera federación.

Solamente con este último paso podría cobrar la suficiente fuerza política como para decidir la aplicación de medidas *correctivas* de los mercados y establecer mecanismos reguladores *redistributivos*. Las posturas cosmopolitas contemplan un Estado federal Europeo como un punto de partida para desarrollar una red de regímenes trasnacionales que, aún en ausencia de un gobierno mundial, pueda desembocar en algo análogo a una política doméstica global (Habermas, 2000, 131).

La cuestión más difícil que habrá de plantearse en este camino de la integración del mundo es la de las inevitables restricciones del consumismo desenfrenado de los países más ricos. Muchas voces han advertido que los recursos del planeta no podrían soportar la generalización de los niveles de consumo de las actuales sociedades opulentas. Se debería decir por lo tanto que su forma de vida tampoco podría soportar el test del principio de la moralidad, formulado por Kant.

Al mito de los globalifílicos, desenmascarado con bastante precisión en el citado texto de Bourdieu, se enfrenta el mito de la globalifóbicos, denunciado por muchos otros autores.

Hay muchos mitos entorno a la globalización —escribe D. Held— y hay uno en especial que resulta pernicioso; a saber, la imagen de que la era actual está cada vez más determinada por mercados, procesos económicos y poderes sociales trasnacionales que necesariamente escapan al control de los Estados y de los políticos. La proliferación de mercados de bienes, servicios y finanzas ha alterado por cierto el campo de lo político. Pero la historia de la globalización no se verifica solamente en la expansión de los mercados, la desregulación y la abdicación de la política (sino también en el terreno del movimiento de las ideas, del diálogo de las culturas, de la movilidad de las personas); y es también una historia de aspiraciones cada vez mayores a *un derecho y una justicia internacionales*. Desde el sistema de las Naciones Unidas hasta la Unión Europea; desde las restricciones del derecho de guerra hasta la consolidación de los derechos humanos; desde la aparición de las normativas internacionales sobre el medio ambiente hasta la fundación del Tribunal Penal Internacional; todo

esto cuenta también otra narración: el relato de los intentos de enmarcar de nuevo la actividad humana y sujetarla a la ley, el derecho y las responsabilidades.²⁰

La trama de este otro relato abierto de la historia contemporánea se encamina, para D. Held, hacia la formación de una suerte de “democracia cosmopolita”. Como claros ejemplos del despertar de un *ethos* democrático en esta escala podrían interpretarse las múltiples conferencias organizadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de otras iniciativas internacionales como las ONG vinculadas con los derechos humanos, la preservación del medio ambiente, las luchas de género, etc., para debatir y proponer declaraciones y acciones sobre temas como el desarrollo humano, la situación de las mujeres, los problemas ecológicos, la pobreza y el hambre en el mundo, y otros problemas que afectan a la humanidad actual. Estas conferencias que se multiplican constantemente y abren un foro, o *un espacio público político global* de diálogo y formación de opinión pública independiente de los dominios de los Estados nacionales, representan experimentos incipientes de democracia cosmopolita, los cuales generan un nuevo poder comunicativo, todavía débil, pero que “sugiere ya nuevas formas de participación, responsabilidad y representación”. Se puede hablar en esta perspectiva de una ampliación, o de un nuevo tipo de ciudadanía, que va más allá del privilegio de las minorías que disponen de dos o más pasaportes, una “ciudadanía cosmopolita” que corresponde a todos los habitantes de la tierra, la cual conlleva nuevos derechos y obligaciones, y tiene que ser respaldada por una legislación trasnacional o cosmopolita a la cual puedan apelar los ciudadanos cuando sus derechos como ciudadanos del mundo hayan sido violados por el Estado de su residencia. Otros autores observan que en la época posmoderna los individuos se experimentan cada vez más como “ciudadanos peregrinos”, cuyas lealtades cambian y se identifican con la comunidad política invisible de sus ideas, de sus esperanzas y de sus sueños. Pero, “para que el cosmopolitismo resulte creíble debe combinarse con la crítica al globalismo éticamente deficiente representado por el pensamiento neoliberal, que está siendo puesto en práctica [por el sistema autonomizado de los mercados y las finanzas] de una manera tal que minimiza [o subvierte] el contenido ético y visionario de pensar el mundo como un todo [...], y nada tiene que ver con la imagen moral de los estoicos”.²¹

Hemos visto cómo intelectuales “progresistas” (para emplear un término en boga entre los comunicadores sociales bienpensantes) de primer nivel como P. Bourdieu, D. Held y J. Habermas, R. Falk, concuerdan en esta orientación cosmopolita, y exponen argumentos complementarios orientados a movilizar en las

²⁰ David Held, “Violencia y justicia en una era mundial”, diario *El País*, Madrid, 19 de septiembre de 2001. Lamentable las lúcidas propuestas del autor en este artículo para enfrentar la violencia terrorista del 11 de septiembre no fueron escuchadas, y se ha seguido de hecho, el peor de los caminos posibles por él anticipado.

²¹ Richard Falk, “Una revisión del cosmopolitismo” en M. Nussbaum, *Los límites del patriotismo, identidad y pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Paidós, 1999, p. 71.

sociedades civiles (es decir, en los movimientos sociales, sindicales, de los derechos humanos, etc.) de los países más avanzados la conciencia de que la viabilidad de los justos reclamos en defensa del “gasto social” (en salud, educación, salarios) es cada vez más *sistémicamente* interdependiente del incremento correlativo de estos mismos *costes* en las economías de los países periféricos. Es decir, que hay *una comunidad de intereses en la sociedad civil cosmopolita frente al sistema de la economía global*. Esta disputa de la *sociedad civil* vs. el *sistema* de la economía globalizada será la lucha del siglo XXI.

Es preciso reconocer sin embargo que el lenguaje de la “democracia cosmopolita” no está exento de ambigüedad, porque la palabra “democracia” (que lleva la raíz griega de la palabra *kratos* = fuerza, dominio, imperio) designa un régimen de *gobierno*. Quizás sería más apropiado hablar por lo tanto de una *sociedad civil cosmopolita*, teniendo en cuenta el sentido de la contraposición dialéctica de sociedad civil y Estado en la concepción hegeliano-marxista, para redefinir y ampliar los términos de esa dicotomía en el sentido ya esbozado en el capítulo 1.4, como la dialéctica de las sociedades civiles articuladas de manera cosmopolita, frente al sistema económico global, lucha en la cual la sociedad civil tiene que valerse del poder político de los propios Estados nacionales, mediante la reconstrucción y el control democrático de la política y del poder instituido en estos Estados.

Si bien no es correcto definir lo político y la democracia a partir de lo estatal, la estatalidad, la institución, es el destino de lo político. Ahora bien, no es concebible la forma moderna del Estado sin la delimitación de un territorio sobre el cual se ejerce su jurisdicción. La demarcación de las fronteras territoriales del Estado es una primera forma de *inclusión* y de *exclusión* política. La frontera convierte al incluido en ciudadano y al excluido en extranjero. El Estado controla el territorio. Pero lo fundamental hoy ya no es el dominio de un territorio, sino el acceso a las redes. Las relaciones que configuran los procesos económico-sociales se expanden a través de redes extraterritoriales. Con la revolución de las telecomunicaciones se desterritorializan las redes de la información, de la cultura y de los negocios. Los circuitos económicos pasan de la estructuración rígida de los ferrocarriles y de las vías navegables a las del transporte aéreo, la navegación telemática y las redes virtuales de la internet, que trastocan la dimensión espacial y anulan las distancias. Todo cambia cuando la actividad humana se libera del espacio, cuando la movilidad de los hombres y de la economía perfora masivamente las demarcaciones geográficas. “La ‘des-localización’ de la sociedad, la cultura y la economía, que avanza a grandes pasos, está afectando las condiciones y presupuestos del modelo de los Estados europeos de la modernidad, erigidos sobre una base territorial a comienzos del siglo XVII [...] Con la nueva *constelación posnacional* llega a su fin la estrecha articulación y dependencia recíproca de lo político y el sistema

jurídico con las tradiciones nacionales y los circuitos económicos internos a las fronteras de los Estados territoriales” (Habermas, 2000, p. 123).

La condición humana posmoderna se caracteriza por la creciente movilidad espacial y laboral. “Ha terminado el proceso de sedentarización” de la humanidad que distinguió a la modernidad tardía y “se reinician las migraciones”.²² De acuerdo con algunos datos estimativos, en un día promedio más de siete millones de personas cruzan las fronteras nacionales por diferentes medios, ya sea como turistas, comerciantes o trabajadores, como científicos, estudiantes, consumidores o refugiados. Por año son miles de millones de personas que traspasan estas líneas. Las fronteras ya no contienen a las poblaciones, flujos crecientes de personas las atraviesan, y quizás esté cercano el día en que dejen de marcar limitaciones significativas del espacio vital de los hombres. “Los migrantes internacionales y los refugiados son, por cierto, los dos grupos humanos más vulnerables que se mueven entre las fronteras, y cuya protección jurídica es, a la vez, la más necesaria y la más deficiente... En el caso de los migrantes indocumentados, los refugiados y los buscadores de asilo, la vulnerabilidad está condicionada por el carácter subordinado y forzado de sus movimientos a través de las fronteras nacionales. Las prerrogativas de la soberanía territorial constituyen el obstáculo más poderoso para el desarrollo de un campo jurídico cosmopolita que podría proveer una efectiva protección a estos terceros mundos trasnacionales de personas”.²³

Los problemas mencionados y las perspectivas planteadas por las ideas cosmopolitas y las tendencias de la evolución de la historia contemporánea nos exigen, al mismo tiempo, apertura de pensamiento y actitud crítica. Es preciso prestar atención también a las observaciones y reparos que provienen, por ejemplo, del comunitarismo y de las teorías políticas comprometidos con una concepción cívica republicana de la ciudadanía, las cuales ponen en guardia frente a la erosión o el vaciamiento de la política en el marco de los Estados nacionales, por cuanto éstos continúan siendo el marco de un espacio público adecuado y difícilmente reemplazable para la participación política y el funcionamiento de la democracia. La idea misma de “ciudadanía cosmopolita” no es propiamente un concepto político, sino un concepto moral, como el de los derechos humanos, y por lo tanto no podría entenderse como sustituto de las ciudadanías nacionales.

Para la correcta comprensión de las ideas de un “Estado de derecho cosmopolita” y de una “sociedad civil global” sin un Estado ni un gobierno mundial, compatibles con el pluralismo político de los Estados, es necesario trabajar en el

²² J-M. Guéhenno, *El fin de la democracia. La crisis de la política y las nuevas reglas de juego*, Barcelona, 1995, p. 24.

²³ B. Souza Santos, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, 2002, pp. 117 y 176.

marco teórico de una filosofía política que reconstruya y fundamente el concepto del derecho y de la sociedad civil sin remitirse al poder político y al Estado, como un sistema de relaciones horizontales y simétricas de reconocimiento recíproco de las personas en cuanto sujetos de derechos iguales, independientemente de todas las diferencias, culturales, de género, nacionalidad, religión, posición social, etc. Un Estado de derecho así concebido es conceptualmente independiente de la organización política estatal, pero su institucionalización y efectividad en el mundo requiere el respaldo de los Estados a través de pactos o tratados internacionales mediante los cuales estos limitan su soberanía. J. Habermas muestra como los derechos fundamentales pueden reconstruirse mediante una suerte de experimento mental como la gramática del reconocimiento recíproco de los seres humanos y, por lo tanto, como constitutivos de toda asociación civil, independientemente o más allá del orden político y del Estado. Estos derechos que se reconocen recíprocamente los miembros de toda comunidad de personas libres e iguales representa la socialización horizontal que está en la base o es el presupuesto de lo político. Pero esta construcción intersubjetiva de los derechos “permanece todavía como un acontecimiento metafórico; puede ser evocada, e incluso ritualizada, pero no se estabiliza ni se consolida en definitiva sin la institucionalización y la garantía de un poder estatal”.²⁴ En el texto citado Habermas está pensando en el poder comunicativo de la democracia, canalizado a través de las instituciones de un Estado nacional. Pero esta misma reconstrucción puede pensarse y trasladarse también a la relación de un Estado de derecho común en el mundo y de una sociedad civil cosmopolita con la pluralidad de los Estados en el orden global.

La experiencia de la Comunidad Europea es muy instructiva sobre lo que venimos diciendo; puede considerarse como una confirmación de la aludida teoría del derecho y como un antícpo regional del postulado Estado de derecho cosmopolita. Se habla en este contexto de un proceso que avanza en dirección a una “desnacionalización del derecho”, la cual se produce no sólo por la importancia creciente de la jurisdicción comunitaria, sino por la aparición de fuentes supranacionales del derecho vigente dentro de las fronteras de cada país.

Los derechos del hombre enunciados en textos con valor positivo, como el Acuerdo europeo de salvaguarda de las libertades fundamentales, y la integración de la CE, han hecho pasar progresivamente al Estado proveedor de justicia a ser un sujeto justiciable [...] Esta construcción de un espacio político supranacional aporta la demostración de que una comunidad política puede prescindir —al menos hasta cierto punto— de un poder ejecutivo y de un legislativo centralizado. Un orden jurídico puede existir sin esta

²⁴ J. Habermas, *o. cit.* Frankfurt, 1992, p. 166.

clase de poder, pero no puede prescindir sin embargo de un juez capaz de pronunciarse sobre la interpretación de las normas y la resolución de los litigios” (A. Garapon, 1997, p. 35).

5. DERECHO PENAL INTERCULTURAL

En el apartado 3 de este capítulo, al tratar de los derechos humanos, me he referido al aspecto del derecho penal internacional que tiene que ver con la persecución y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos por funcionarios estatales de régimenes antidemocráticos. Ahora quiero discutir el problema que puede plantear la vigencia de un derecho penal internacional para las diferencias culturales y las costumbres extravagantes de los ciudadanos comunes originarios de regiones remotas de la tierra, cuyas conductas ofenden, por ejemplo, los sentimientos morales de la gente decente de los países occidentales, *o viceversa*.

En su clásica obra de 1899, *Römisches Strafrecht*, Theodor Mommsen aclara que para el derecho romano “el concepto del delito, público o privado, no se refiere al ciudadano (romano), sino al hombre (en cuanto tal)”.²⁵ Este enunciado se podría corroborar mediante la comprobación de que, según muestra O. Höffe en el lugar citado, prácticamente en todas las culturas, si bien existen peculiaridades diferentes en aspectos relevantes, “en lo esencial se reconocen de manera semejante tanto la facultad penal, como gran parte de los tipos de delitos, y los principios procesales decisivos, como la presunción de inocencia (*in dubio pro reo*) y las condiciones de imparcialidad que son comunes a todo el derecho”. Esto no quiere decir sin embargo que la legitimación jurídica y moral de un derecho penal universal se pudiera fundamentar mediante el simple recurso a un posible consenso transcultural. Tal legitimación solamente es posible mediante buenas razones, apoyadas en los derechos humanos, porque una facultad penal frente a todos los seres humanos solamente se podría justificar con respecto a crímenes que lesionan derechos universales del hombre. Lo que sí debe tenerse en cuenta de manera especial es que los argumentos pertinentes para la justificación de los criterios procesales y materiales deberán estar mediados por un discurso jurídico-penal abierto a todas las culturas, es decir, por un discurso jurídico-penal intercultural.

Si se aceptan las premisas enunciadas, entonces las preguntas que podrían formularse inmediatamente serían: ¿es posible un discurso intercultural en materia de derecho penal?, ¿tendría tal discurso alguna esperanza de arribar a resultados positivos? Hay quienes creen tener una respuesta *a priori* para este tipo de preguntas. Ellos se dividen a su vez entre los que responden por la negativa o por la afirmativa. Si bien podría dar aquí también algunos argumentos por la afirmativa,

²⁵ Otfried Höffe, *Derecho intercultural*, Barcelona, 1999, p. 368.

en la línea de la filosofía trascendental (es decir, *estrictamente a priori*), yo creo que es mejor, o más efectivo, proponer la vía larga de hacer la prueba o ensayar en la práctica el diálogo intercultural, en esta y en todas las otras cuestiones que tienen que ver con la justicia en las relaciones entre los hombres y entre los pueblos. Es decir, se trata de instalar este discurso en el espacio público de la sociedad civil global y en todos los foros pertinentes, poniendo a prueba los prejuicios culturales y las formas esclerotizadas de la positividad jurídica. Este proceso representaría ya un avance significativo. Yo apuesto además a que no se vería refutada la hipótesis de que el diálogo argumentativo acerca de la justicia, llevado a cabo en condiciones adecuadas en los espacios públicos de la sociedad civil de los diferentes países, nos permitiría avanzar juntos, con los miembros de otras culturas, en los niveles de conciencia y de sensibilidad moral frente a las situaciones de indignidad que subsisten todavía de manera incomprendible en tantos lugares del mundo contemporáneo, y en la condena de los crímenes y violaciones de los derechos humanos que permanecen impunes. Doblando la apuesta diría incluso que la promoción de este diálogo intercultural y el esclarecimiento de la conciencia moral ciudadana induciría en la opinión pública la exigencia y el reclamo de la positivización jurídica de las garantías adecuadas de los derechos fundamentales en el mundo. Esta exigencia de la conciencia moral y jurídica tendrá que enfrentarse por cierto con los poderosos intereses de los beneficiarios políticos y económicos del *statu quo* y de las burocracias estatales que emplearán todos los medios disponibles para silenciar las denuncias y desactivar la formación de un estado deliberativo sobre estos temas en la sociedad civil. La lucha por la globalización de la justicia y de los derechos es quizás el mayor desafío moral y político que la humanidad tiene planteado en el siglo XXI. Pero las luchas de los pueblos por el reconocimiento de los derechos siempre han sido largas y difíciles.

El típico argumento a priori por la respuesta negativa a las preguntas formuladas sobre la posibilidad de un discurso jurídico y moral intercultural, que descarta la posibilidad del entendimiento con el otro y por lo tanto no parece dispuesto a hacer la prueba, es el que parte del concepto mismo de cultura como una totalidad fuertemente integrada (o unitaria y cerrada) de creencias, valores y normas, y sostiene que toda justificación válida (o legitimación) es necesariamente dependiente o relativa al conjunto de los presupuestos de cada cultura, y por lo tanto no puede trascender ese contexto (contextualismo). La tesis afirmativa de O. Höffe (sin entrar a discutir los presupuestos de posiciones como la mencionada) sostiene que ese argumento relativista “no es aplicable a los fundamentos del derecho penal: ni a todos los delitos, a lo objetivamente ilícito, ni tampoco a los criterios de responsabilidad propia, a la culpa subjetiva, y mucho menos a los principios básicos de procedimiento del derecho penal” (O. Höffe, 1999, 1, p.18). El principio básico de la presunción de inocencia y los demás principios procesales, no solamente del

enjuiciamiento criminal (por ej.: “in dubio pro reo”, “audiatur et altera pars”, “nemo sit judex in causa sui”) revisten jerarquía de derechos humanos fundamentales y se cuentan entre las condiciones mínimas de la imparcialidad de todo proceso judicial; tienen por lo tanto una validez intercultural indiscutible y son reconocidos prácticamente en todos los sistemas jurídicos (O. Höffe, 1999, 1, pp. 84-87).

Si bien la actitud predominante en la antigüedad fue la de considerar al extranjero como “bárbaro” y no reconocerle los mismos derechos, o incluso la dignidad humana, pueden mencionarse sin embargo también algunos antecedentes antiguos del igual trato de los seres humanos diferentes. En el *Viejo Testamento* de los hebreos podemos leer el siguiente precepto: “tratad al extranjero que habita entre vosotros como al nativo entre vosotros” (*Levítico*, 19, 34). Junto con el principio del trato igual este precepto contiene una interpretación problemática de ese principio que consistiría en aplicar al extranjero las mismas leyes que se les aplican a todos los miembros de la comunidad. Pero para los judíos estas son *sus propias leyes*; para los extranjeros en cambio son leyes extrañas, con lo cual a ellos se les niega el derecho a regirse por sus propias costumbres. Este es un dilema jurídico de la convivencia intercultural: “un principio elemental de la convivencia de todo orden jurídico, el trato igual, corre el riesgo de convertirse, aplicado a los que son diferentes, en un trato desigual y, por lo tanto, en una injusticia” (Höffe, 1999, 1, p. 36). El sometimiento de los extranjeros a costumbres que no son las propias conlleva incluso la pérdida de su propia identidad. El derecho romano había resuelto ya de algún modo este dilema con el *ius gentium*, concepto que Rawls ha propuesto reinstaurar en la situación contemporánea, como se ha visto en el capítulo anterior. El Imperio romano era un Estado multicultural, y “en el trato de los foráneos Roma no se atiene ni a su derecho privado autóctono (el *jus civile*), ni tampoco a las normas propias de las diversa nacionalidades, sino a un derecho que se supone conocido por todos los pueblos” (Höffe, 1999, 1, p. 38). Para este autor es posible y necesario pensar, precisamente en la línea de la concepción romana del derecho de gentes, un derecho moral común, que contiene las exigencias que todos los seres humanos se plantean recíprocamente, o los derechos que deben reconocerse y respetar en su interacción, con independencia de sus diferencias culturales.

El problema de la interculturalidad del derecho penal está planteado ya incluso en el interior de las actuales sociedades complejas, como consecuencia del pluralismo de los valores y formas de vida, del multiculturalismo y de las corrientes migratorias. Surge entonces la pregunta de cómo han de comportarse los ordenamientos jurídicos frente a la progresiva diferenciación de las formas de vida y especialmente frente a los extranjeros formados en otras tradiciones culturales enteramente diferentes en sentido fuerte, cuya alteridad conlleva incluso una cultura jurídica distinta. “¿Pueden hacer valer no obstante en estos casos los sistemas

jurídicos sus medios más fuertes del derecho penal? ¿Tienen estos sistemas un derecho (subjetivo) de aplicar su derecho (objetivo) traspasando sus propios límites culturales? ¿Hay una facultad penal intercultural” (Höffe, 1999, 2, p. 45).

Podría pensarse que las preguntas precedentes plantean un problema abstracto, porque ya la modernización de las sociedades y de los sistemas jurídicos ha dejado de lado en su propia evolución la estrechez de las costumbres tradicionales y de las normas penales. En las modernas sociedades liberales “una gran parte de los delitos penales no tiene ya en su base ningún tipo de presuposiciones culturales, lo cual es especialmente claro con respecto a los delitos contra la vida y la integridad corporal [...] aunque en algunas determinaciones especiales se manifiesta, de todos modos, la subsistencia de prevenciones o prejuicios culturales. Pero sobre la base de sucesivas oleadas de ilustración los ordenamientos jurídicos modernos han ido separando progresivamente del derecho penal esa clase de prejuicios [...] y predomina en la modernidad occidental un derecho penal liberal, que ha barrido casi completamente los regionalismos culturales, incluidas la religión y las costumbres morales, y se ha restringido al núcleo de las penas criminales” (Höffe, 1999, 2, pp. 64-65). Aún admitiendo la valoración más optimista sobre esta evolución del derecho, las cosas no son tan claras y sencillas, como lo muestra el propio Höffe mediante el análisis de algunos casos cuyo planteamiento quiero citar, aunque no podré discutir aquí el análisis y la solución propuesta por el autor.

En el modelo penal del derecho romano el extranjero no puede remitirse a su condición de ser diferente. Queremos saber ahora cómo se ven las cosas cuando se trata de asuntos que tienen fuertes connotaciones existenciales y recaen en ámbitos como la sexualidad y el honor. Voy a construir como ejemplo un caso que se aproxima bastante a uno que ha acontecido de hecho. Un senegalés acuerda con los padres de una joven menor de edad de su propio país traer a la joven a Alemania y cuidarla y mantenerla en su propia casa. después de cierto tiempo comienza a tener con ella, por entonces de dieciséis años, relaciones sexuales. Conforme al derecho penal alemán el acusado ha cometido abuso sexual de una menor encomendada a su cuidado (pupila). Porque de acuerdo al § 174 StGB se hace punible quien “realiza actos sexuales con una persona menor de dieciocho años que ha sido confiada a su cuidado y mantenimiento [...] con abuso de la dependencia conexa a las relaciones del cuidado”. Si el culpable y la víctima fueran ambos alemanes, el juicio debería decir, indudablemente: “culpable”. Según la información de la propia muchacha, a la que el juez da crédito, está dentro de los usos colectivos vigentes en Senegal que una mujer “se entregue” a quien la acoge en su casa y le provee el sustento, es decir, a su protector. La joven declara también, haber obrado voluntariamente, sin presiones. ¿Cómo hay que juzgar este caso?

Un segundo caso sería el de un árabe que desposa en Alemania a una segunda mujer, lo cual es permitido en su patria, mientras Alemania lo prohíbe como

bigamia (5§ Ehegesetz, § 171 StGB). Una complicación del caso: el árabe está casado en Alemania, viaja a su país para casarse con una segunda mujer, y retorna a Alemania para vivir aquí con ambas mujeres.²⁶

No es objeto de este artículo la discusión de las diferentes teorías sobre la justificación del derecho a castigar y sobre la finalidad de las penas. Pero sí debo decir que las preguntas citadas pueden tener respuestas diferentes con respecto al pluralismo interno y al orden internacional. Un hobbesiano, o un schmittiano, por ejemplo, puede dar, desde su teoría del Estado, una respuesta afirmativa fuerte a la cuestión de la legitimidad de la facultad penal del Estado para el orden interno, pero quizás diría que las mismas preguntas, planteadas en el orden internacional, carecen de significado. Para discutir al mismo tiempo en los dos niveles el problema teórico de las preguntas formuladas hay que vincular los hechos y la facultad penal a los derechos humanos como derechos morales universales. Diferentes autores han señalado que en las sociedades modernas se ha producido una aproximación cada vez mayor entre el concepto de la moral pública, que es universal, y el orden normativo del derecho. Se habla de un “entrelazamiento” (*Verschränkung*), o de la “complementariedad” y el “solapamiento” de ambos campos; se sostiene que el derecho penal estatal debe coincidir en sus contenidos normativos fundamentales con los principios universales de la moral, y que por eso es posible un derecho penal intercultural o internacional (J. Habermas, 1991; O. Höffe, 1999, 3; E. Tugendhat, 1997; J. Rawls, 2001; P. Singer, 2003).

En la medida en que los delitos tipificados en el derecho penal pueden justificarse con argumentos jurídicos universales [cuya validez no depende del contexto cultural de un sistema jurídico particular] o, más precisamente, en base a los derechos humanos —y esto es pertinente para muchos delitos en general, pero especialmente para los considerados por el derecho penal de los ordenamientos jurídicos liberales—, se da, sin dudas, una facultad penal que trasciende a las culturas particulares, un derecho penal intercultural. El fundamento no reside en la arrogante pretensión de un ordenamiento jurídico de someter a sus normas a los extranjeros [...] no consiste primariamente tampoco en el interés (por cierto legítimo) de una sociedad de protegerse a sí misma, sino que reside en el hecho de que, desde el punto de vista jurídico penal, no existen extranjeros en sentido fuerte” (Höffe, 1999, 2, p. 65).

6. UNA DISCUSIÓN DEL CASO PINOCHET

Se ha observado que los procesamientos internacionales de criminales que han cometido violaciones de los derechos humanos como funcionarios civiles o militares, han tenido lugar casi siempre contra ex funcionarios de los países derrotados,

²⁶ Otfried Höffe, “¿Hay un derecho penal intercultural?”, *Erasmus*, I, 1, Córdoba, 1999 (2); pp. 51-52 (traducción del alemán de J. De Zan).

después de una guerra, o contra ex funcionarios de regímenes depuestos en países periféricos; mientras que los responsables de violaciones semejantes pertenecientes a las grandes potencias, o a países centrales, gozan de total impunidad en el mundo. La observación de esta inequidad se ha usado algunas veces en los países latinoamericanos como argumento contra el juzgamiento de estos crímenes por tribunales externos. Esta suerte de nacionalismo jurídico apoya paradójicamente las posiciones de algunas de las naciones más poderosas que se niegan a firmar cualquier tipo de acuerdos internacionales que signifiquen un posible renunciamiento a su impunidad. Esta estrategia argumentativa se funda en el olvido, o el ocultamiento del hecho que el mismo tipo de inequidad existe también en el interior de los diferentes Estados, entre los sectores sociales, especialmente en los países que se quieren proteger con ese argumento frente a una justicia internacional, y que en un foro internacional hay más chances que en el ámbito doméstico de equilibrar o compensar las desigualdades y la presión de los poderes indirectos o extra institucionales. No solamente las equidad de los tribunales, sino de todas las instituciones, tanto las domésticas como las internacionales, están condicionadas por desigualdades o asimetrías y relaciones de poder que distorsionan sus propios objetivos, pero sería una falacia concluir de esta observación que no deberían existir las instituciones. El argumento debe tenerse en cuenta para abogar por una más efectiva igualdad ante la ley en el mundo y en el interior de los Estados, pero además hay que observar también que los sectores más desprotegidos y las sociedades más vulnerables frente a las dictaduras o a regímenes autoritarios serían los más beneficiados mediante la existencia de instancias internacionales ante las cuales pudieran reclamar justicia.

Los problemas que plantea este tipo de casos ha cobrado especial relevancia para nosotros con motivo del caso particular, ya mencionado en el punto 3 de este capítulo, de la detención del ex dictador chileno A. Pinochet llevado ante los tribunales británicos en 1998 por el pedido de extradición de un juez español para ser procesado en ese país, caso sobre el cual tomó posición el gobierno argentino del presidente Menem, en apoyo al de Chile que respaldaba la defensa de Pinochet con el argumento de la soberanía del Estado chileno, de la territorialidad de la jurisdicción y de la incompetencia del tribunal español. Voy a analizar y a discutir aquí, a la luz de los planteamientos realizados en los puntos anteriores de este capítulo, el análisis de este caso y las tesis propuestas por J. Malamud Gotti en un libro reciente.²⁷

²⁷ J. Malamud Gotti, *Los dilemas morales de la justicia internacional. El caso Pinochet*, Ciepp/Miño y Dávila, Buenos Aires, noviembre de 2003. El libro se compone de un texto del autor, seguido de un conjunto de comentarios críticos de juristas españoles, argentinos y chilenos; se cierra con las respuestas del autor a sus críticos, en las cuales debilita alguna de sus afirmaciones iniciales, pero mantiene su tesis fundamental.

Malamud Gotti argumenta contra este tipo de juicios (a los que denomina “desde afuera”), y su discurso resulta especialmente interesante porque no se centra en cuestiones meramente formales de la soberanía y de la competencia de los tribunales internacionales, o de terceros Estados, para juzgar crímenes o violaciones a los derechos humanos cometidos dentro de las fronteras de otro país, contra ciudadanos del mismo, ni en otras razones del formalismo jurídico, sino en argumentos más originales, sustantivos y relevantes desde el punto de vista moral. La tesis general que sostiene este autor es la siguiente:

Tratándose de abusos “domésticos”, los fines y objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante lo que llamo aquí juicios *desde dentro*, es decir, presididos por jueces pertenecientes a la misma comunidad que las víctimas y los perpetradores [...] Excluyo deliberadamente de esta tesis los crímenes esencialmente internacionales, como lo son por excepción los crímenes de guerra. También excluyo de la noción de “crímenes domésticos” a aquellos abusos cometidos entre connacionales si las víctimas aparecen identificadas con determinadas minorías étnicas y religiosas (Malamud, 2003, pp. 24-25).

El argumento central del autor se apoya en un conjunto de presupuestos que están enunciados con diferentes grados de desarrollo y que podemos agrupar en tres puntos:

- 1) Una concepción consecuencialista de la justificación moral (probablemente fundada en una idea instrumental de la racionalidad en general) y una teoría general del derecho penal como sistema de justicia retributiva que “es beneficioso en tanto el castigo restablezca cierta idea no distributiva de igualdad entre víctimas y victimarios”. Conforme a esta concepción la sanción penal se justifica como el medio para dignificar a las víctimas y restablecer su autoestima.
- 2) Una mayor explicitación tiene la idea de que esta utilidad igualadora del castigo adquiere un significado especial en las violaciones de los derechos humanos por el poder estatal, porque en estos casos las víctimas no son solamente las personas que han sufrido directamente los abusos, y sus allegados, sino toda la población privada de su libertad. La justificación del castigo de criminales de Estado no reside solamente en el efecto dignificador e igualador, sino que cumple también la función pedagógica de producir en el público determinados efectos de persuasión. “Al darle razón a una de las partes, la sentencia subraya el significado moral y legal de los hechos relevantes”. El significado moral de la condena tiene sobre todo un efecto político de censura contra todo el régimen en el que

se cometieron estos crímenes, y en tal sentido los juicios de criminales de Estado son juicios políticos. En la inculpación de responsabilidades en estos casos juega un papel central la perspectiva subjetiva de los jueces y su posición con respecto al régimen en el que se han cometido los crímenes.

- 3) El proceso judicial está concebido como un espectáculo que los jueces representan frente a un público. El tribunal adquiere autoridad y se legitima cuando obtiene la aprobación de su público. Los jueces tienen que prestar atención por lo tanto principalmente a la situación y a las expectativas del público. Los motivos y propósitos de la actuación del tribunal serán muy diferentes en consecuencia cuando este público es la comunidad mundial (como en el juicio de Núremberg) y cuando está formado por sus connacionales (como el juicio a las juntas militares en Argentina). Los juicios “desde adentro” tienen en vista especialmente el objetivo de promover la reconciliación de la sociedad y la reconstrucción de la democracia.

Aceptados como premisa estos presupuestos, el análisis de los hechos, la selección de los inculpados y la graduación de las penas en el procesamiento por violación de los derechos humanos durante la dictadura militar argentina, y la comparación con los resultados del juicio de Núremberg a los criminales del nazismo, permitiría llegar a la conclusión enunciada en la tesis inicial de que “los fines y objetivos de la justicia penal sólo pueden cumplirse satisfactoriamente mediante los juicios *desde adentro*”. Esta conclusión se demostraría porque en los juicios “desde adentro” la graduación de las responsabilidades de los violadores de los derechos humanos y, por lo tanto, la severidad del castigo, “se fundamenta en predicciones sobre las consecuencias de la sentencia” para la propia sociedad en su conjunto. En primer lugar en “el efecto dignificador” para las víctimas directas e indirectas, pero también, y de manera no menos relevante, la sentencia se basa en el cálculo estratégico sobre el efecto o la utilidad para la unificación de la sociedad, la atenuación de los conflictos y, sobre todo, para la reconstrucción y la consolidación de la democracia. Estos puntos de vista no son adecuadamente atendidos en cambio en los juicios “desde afuera” y, aún en el caso en que se intentara tenerlos en cuenta, los jueces extranjeros carecen de la comprensión de la situación política interna y del compromiso con la sociedad en la que han ocurrido tales crímenes.

Malamud Gotti se muestra especialmente interesado en defender con esta argumentación la selectividad del procesamiento a los militares responsables de atrocidades violaciones a los derechos humanos en la dictadura del autodenominado Proceso de reorganización nacional, y en justificar la lenidad de la pena impuesta a alguno de los miembros de las juntas procesadas (como el brigadier Agosti). Este

es por cierto un asunto que se puede discutir y comprender en el contexto de la situación política de aquel momento y de la relativa debilidad del primer gobierno de la transición democrática. Pero precisamente por eso es importante abogar por una instancia más independiente e imparcial que pueda corregir o perfeccionar las deficiencias de los procesamientos internos, especialmente cuando hay criminales que han quedado impunes. La cuestión no debería plantearse como disyuntiva entre “juicio desde adentro” o “juicio desde afuera” (es preciso decir además que *cuando se trata de los derechos humanos no hay “afuera”*), sino como instancias diferentes y no excluyentes. Como han señalado varios de los críticos en el libro citado, la alternativa a los juicios “desde afuera” es en muchos casos la impunidad; y otras veces lo que moviliza a los juicios “desde adentro” es la posibilidad o la amenaza de los juicios “desde afuera”, como sucedió de hecho, aunque tardíamente, con la justicia chilena en el caso *Pinochet*, y se ha reiterado ahora de alguna manera, más tarde aún, en la Argentina. Si la idea de “es mejor que las cosas se arreglen en casa” resulta moralmente inaceptable, como reconoce finalmente el autor (Malamud, 2003, p.145), la tesis inicial pierde sustento. Al reconocer que los “arreglos” domésticos muchas veces no hacen justicia (como era el caso de la transición democrática en Chile), o la hacen de una manera deficiente e insatisfactoria (como fue el caso de la Argentina), y siempre hay motivos y presiones internas para retacear la justicia, que son difíciles de obviar, como lo ha puesto justamente de relieve el autor del texto que estamos discutiendo, no se entiende por qué razones entonces se pretende denegar a las víctimas una instancia internacional de apelación o de reclamo de justicia. Desde todo punto de vista, haber cerrado en otra instancia las heridas en el tiempo oportuno, hubiera sido mejor que lo que se intenta hacer ahora en nuestro país, veinte años después, con procedimientos de dudosa legitimidad, como la anulación con efecto retroactivo de las leyes de impunidad.

Además de las razones generales esbozadas a favor de la complementariedad de los tribunales penales externos, quiero discutir más específicamente las tres presuposiciones enunciadas más arriba, en las que se apoya la tesis de Malamud Gotti en *Los dilemas morales de la justicia internacional*.

1) En cuanto a la concepción consecuencialista de la justificación moral, solamente quiero decir aquí que, como voy a sostener en el capítulo siguiente (6), en consonancia con buena parte de la teoría ética contemporánea, este es un punto de vista del cual no puede prescindirse como una mediación contextualista necesaria en la aplicación “prudente”, o sensata, de los principios morales a las situaciones concretas de la toma de decisiones. Pero cuando la preocupación por las posibles consecuencias se torna en el criterio *prioritario*, y mediatiza a los principios morales, o los desplaza, tenemos un tipo de acción instrumental, y no moral, que se orienta solamente por el éxito de los resultados, y no por la calidad moral

intrínseca de la acción que se rige por principios (ya sean estos sustantivos o procedimentales). Uno de los problemas que plantea esta concepción es que la valoración de los fines y de la relevancia de las consecuencias son consideraciones siempre relativas, y dependen de los intereses y sentimientos particulares, o de las concepciones filosóficas, ideológicas y políticas, del sujeto de la acción. En el caso de las decisiones de los jueces se plantea otro problema, si se quiere más grave aún, porque al supeditar las razones morales y jurídicas a la valoración personal de las consecuencias se socava el fundamento moral de la legitimidad del derecho.

El escrito de Malamud parece presuponer incluso que la autoridad y legitimidad de los tribunales depende en general de la aprobación que el contenido de sus sentencias obtiene del público y de los efectos, o de las consecuencias sociales y políticas que las mismas producen. Como observa N. Torbisco Casal, uno de sus críticos, “la legitimidad de un tribunal debería asegurarse de antemano, previamente al ejercicio de sus funciones, y no a posteriori [...]” En el capítulo 4.3 se ha realizado ya, de manera general, la exposición y la crítica de la *teoría realista* del derecho, en la que parecen apoyarse los enunciados discutidos en este apartado.

Las decisiones de los jueces cuentan con el respaldo de la legitimidad moral del sistema jurídico y contribuyen a fortalecer esa legitimidad solamente en la medida en que sus sentencias se orientan ante todo por el principio de la justicia. Como ha escrito J. Rawls en la primera página de su libro fundamental:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, aunque las leyes e instituciones estén bien ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas [...] Siendo las primeras virtudes de la actividad humana, la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones (J. Rawls, 1979, pp. 19-20).

2) En segundo lugar, se presupone con buenas razones que los afectados por las violaciones de los derechos humanos en un régimen de terrorismo de Estado no son solamente las víctimas directas que han sufrido los abusos en la propia carne, sino toda la sociedad que se ha visto sometida a la humillación del terror y a la pérdida de la libertad. Pero estas violaciones, como los genocidios, son “crímenes contra la humanidad”, por lo tanto el círculo de los afectados en su dignidad se extiende más allá de los connacionales, a todos los seres humanos, y de hecho estos crímenes tienen que producir un profundo sentimiento de indignación en todos los habitantes de la Tierra, independientemente de su nacionalidad, en la medida en que no carezcan de conciencia moral. Y si es así, están dadas las bases morales para un juicio y una condena en nombre de la humanidad. Incluso esta es la única razón que justifica la extrema

severidad de las penas que se merecen esta clase de criminales. La violación de la dignidad del hombre como tal, la afrenta a la humanidad, y no la infracción de las leyes contingentes de un Estado, o de los derechos de sus conciudadanos, son el fundamento último que justifica la sanción de las violaciones a los derechos humanos, aun cuando son juzgados en el propio país donde se perpetraron, o en el sus víctimas. Esta condena, con las especificaciones del caso, y la graduación del castigo que corresponda a la responsabilidad del acusado, podría expresarse en los términos de la reformulación que ha propuesto H. Arendt de la sentencia del tribunal en el juicio de Eichmann en Jerusalén, el cual no debió sentenciar en nombre del pueblo judío, sino en nombre de la humanidad:

Del mismo modo que tú apoyaste y cumpliste la política de unos hombres que no deseaban compartir la Tierra con el pueblo judío ni con algunos otros pueblos de diversa nacionalidad —como si tú y tus superiores tuvierais el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo—, nosotros [el tribunal] consideramos que nadie, es decir, ningún miembro de la raza humana, puede desear compartir la Tierra contigo. Esta es la razón, la única razón por la que has de morir ahorcado (H. Arendt, 1999).

3) La contraposición de los tribunales domésticos y los tribunales internacionales, en la que se apoya la tesis principal de la ineptitud de estos últimos para el logro de los fines y objetivos de la justicia penal, parte de la consideración de las diferencias de los públicos a los que se dirigen los jueces de estos dos tipos de tribunales y se fundamenta en el siguiente enunciado:

La “justicia” y el valor de las sentencias no reflejan, por lo menos no enteramente, las razones legales expresas en las cuales aparecen justificadas. Paralelamente a estas razones expresas, operan motivos y propósitos implícitos que se originan en las relaciones del tribunal con el público al cual éste se dirige (Malamud, 2003, p. 27).

La teoría de la argumentación y el análisis del discurso han mostrado por cierto que en los discursos de justificación racional no solamente se hacen jugar los datos objetivos de la experiencia, las inferencias lógicas y las buenas razones, sino también estrategias retóricas para manipular los sentimientos y prejuicios, o para satisfacer las expectativas e intereses del auditorio o del público al cual se dirige el discurso. La retórica del orador se rige por la regla de “*l'adaptation du discours à l'auditoire, quel qu'il soit*”.²⁸ Pero desde el punto de vista filosófico de la teoría normativa de la justificación racional de las pretensiones de validez de

²⁸ Ch. Perelmann, L.Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rethorique*, (1958), 2^a ed., Bruselas, 1970, p .33.

la argumentación, este tipo de análisis tiene un significado crítico, en cuanto permite diferenciar y separar las razones válidas de los pseudoargumentos meramente retóricos. Identificar sin más la justificación racional con las estrategias retóricas, y asumir que las sentencias de los tribunales no reflejan las razones morales y jurídicas que se invocan en sus fundamentos, sino que están determinadas por otros motivos paralelos encubiertos, o no declarados, que tienen que ver con las relaciones de los jueces con el público (“son las relaciones entre el tribunal y el público al que este se dirige las que modelan el contenido de sus veredictos”), puede llevar a concebir el proceso judicial conforme al régimen del espectáculo, que busca el aplauso del auditorio. Pero en esta relación *se pierde por completo la imparcialidad y la independencia de los jueces* y, en la medida en que el público sabe, a través de sus referentes ilustrados, que las decisiones del poder judicial están condicionadas o modeladas por motivos informales diferentes de los declarados, o por cálculos estratégicos encubiertos, y no por razones de justicia, entonces el tribunal pierde también autoridad, credibilidad y legitimidad ante el mismo público con el cual había querido congraciarse.²⁹

Malamud hace hincapié en la consideración de que el público al que se dirigían los jueces argentinos en el juicio a las juntas era *el auditorio particular* de la propia sociedad, mientras que “los jueces de Núremberg se dirigían a *la comunidad mundial en su totalidad*”. En la *Nouvelle rethorique* de Perelman la argumentación tiene precisamente en la idea de un *auditorio universal* su pauta de corrección y de validez racional general. Cuando el que argumenta se dirige a un auditorio particular, cuyos sentimientos e intereses le son bien conocidos, es siempre probable que su discurso busque apoyos (inconsciente o deliberadamente) en la adulación de los oyentes, y se oriente demagógicamente a la satisfacción de sus deseos y expectativas como la vía más fácil y segura de obtener la adhesión pública, en lugar de orientarse por la validez de las razones en orden a la verdad o a la justicia. Esta es la lógica propia de las estrategias retóricas de seducción del público en el régimen del espectáculo. Pero esta lógica no puede funcionar con respecto a un auditorio tan amplio y heterogéneo como “el auditorio universal”, en el cual se tienen que presuponer toda clase de sentimientos e intereses, incluso contradictorios, y a los cuales no puede apelar el orador porque le son desconocidos. “En el centro de la teoría perelmaniana, en cuanto teoría normativa de la argumentación,

²⁹ Malamud emplea explícitamente la metáfora del espectáculo en la respuesta a sus críticos, pero emplea este término en un sentido diferente y más cercano a la tesis que aquí defendemos: “[...] una condición para [poder] imponer castigos radica en la necesidad de apelar, en un debate público, al triunfo de nuestras razones sobre aquellas que proponen los acusados de violar derechos fundamentales. En segundo término, no hay mejor mecanismo para lograr este efecto que *el espectáculo* de un juicio presidido por personas a quienes las víctimas consideran imparciales y prudentes. *El escenario* de un tribunal es además el más apto para desenmascarar a personajes carismáticos” (Malamud, o. cit., 2003, p. 154).

se encuentra por ello la caracterización de un auditorio, al que sólo pueda persuadirse mediante argumentos racionales".³⁰ Es decir, aún presuponiendo que el orador se orienta subjetivamente solamente por el interés retórico de la persuasión y el aplauso del auditorio, en este *contexto descontextualizado* ya no puede haber conflicto entre la intención de *persuadir* y la intención de *convencer* con buenos argumentos, porque el hablante tiene que apelar solamente a razones que puedan ser *reconocidas como igualmente válidas por todos*, independientemente de sus intereses particulares, y de esta manera su argumentación deja de ser meramente retórica. Esta *idea regulativa* de un "auditorio universal" debe guiar a todo tribunal de justicia, pero es la que tiene precisamente una realización aproximativa más confiable en un tribunal internacional. Es difícil de entender por lo tanto cuál es la teoría de la argumentación en la que se apoya la tesis de Malamud, al invertir este criterio y valorar como más apto para hacer justicia un tribunal que se dirige a un público particular, en razón de su particularidad.

Quizás debería decirse todavía que en el proceso judicial el auditorio es más complejo porque los jueces se dirigen ante todo a las partes, y en el tipo de caso analizado especialmente a las víctimas directas de los abusos cuyo reclamo de justicia se debe satisfacer. Yo no sé como sería posible sostener, en presencia de estas víctimas, que el objetivo principal del juicio y de la condena a sus victimarios es para el tribunal un objetivo político que, para el autor, es el afianzamiento de la democracia, pero podría ser también algún otro, porque las circunstancias políticas son contingentes, y además los jueces como ciudadanos tienen derecho a sostener diferentes ideologías y sus objetivos políticos pueden ser bien diferentes. Las teorías contemporáneas de la democracia liberal han sostenido por lo general que los derechos fundamentales, o bien son anteriores, o bien igualmente originarios, en todo caso, que tienen un valor moral independiente de cualquier clase de fines políticos, incluso los de la democracia, y que no pueden sacrificarse en aras de estos últimos (cf. Rawls, 1979; Habermas, 1998).

³⁰ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989, p. 161.

Tercera Parte

C a p í t u l o 6

ÉTICA DE LAS PROFESIONES Y DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Me quiero referir más específicamente en este capítulo a algunos problemas del ejercicio de las profesiones que, como la de los jueces, asumen responsabilidades más estrechamente ligadas a las funciones públicas¹ del Estado. Me limitaré a un tipo de problemas que se sitúan en la franja de acciones que plantean cuestiones éticas más o menos serias, pero de dudosa responsabilidad penal, o que no son directamente judiciables, porque no se trata de delitos comunes. Mi exposición tendrá que mantenerse inevitablemente en un cierto nivel de generalidad, dejando a la inteligencia del lector el trabajo de pensar la posible aplicación analógica de los conceptos a las diferentes modalidades de esta función: administrativas, ejecutivas, legislativas y judiciales. Conforme a lo que hemos aprendido de las éticas procedimentales contemporáneas, no es posible derivar directamente de los principios generales de la Ética, como el imperativo categórico de Kant, normas concretas, situacionales para la acción. Las normas específicas para los diferentes campos de la actividad humana solamente pueden ser formuladas de manera competente por los propios actores involucrados en esos campos mediante el procedimiento de justificación racional, formalmente normado, como se ha visto, del discurso moral, del discurso político o del discurso jurídico. Hay por cierto además una mediación importante de valoración moral y prudencial en las decisiones judiciales, que es el campo de los problemas de interpretación y de aplicación de la norma jurídica, del que se ocupa la filosofía del derecho. A ello me he referido

¹ Empleo aquí la expresión “función pública” en sentido amplio que comprende a todo el personal que tiene responsabilidades de decisión en las funciones de los tres poderes del Estado, es decir, especialmente, a los funcionarios políticos del Poder Ejecutivo, a los legisladores, pero también a los jueces y magistrados, y no solamente a la alta burocracia de carrera de la Administración pública.

especialmente en el capítulo 4. Pero antes de entrar en los temas centrales más concretos de este capítulo (4-9), voy a presentar una exposición sobre el sentido de las profesiones en general (1), para introducir luego algunas perspectivas teóricas (que son indispensables para el análisis de los problemas mencionados) sobre el conflicto de valores (2) y la ética de la responsabilidad (3).

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ÉTICA PROFESIONAL

El jurista alemán Herber Schambeck, en el primer enunciado de su conferencia de 1982, identifica con toda claridad y precisión la cuestión ética sustantiva central de la profesión judicial: “El tema *Ética y profesión judicial* plantea ante todo la cuestión de la verdad y la rectitud moral en el pensamiento jurídico”.² La letra de la ley no protege ni libera al juez de los principios morales en sus decisiones. Su actividad profesional no puede realizarse como el funcionamiento de un autómata que aplica mecánicamente una regla sin comprometer un juicio propio. Su responsabilidad profesional es precisamente *juzgar*. Y la actividad intelectual del juicio presupone una ruptura con las operaciones de la razón que pueden tener un sesgo mecánico, como hemos visto en el capítulo anterior.

La judicatura se considera como una de las profesiones jurídicas, junto a la de los abogados, escribanos, etc.³ Pero la Administración de la Justicia que realizan los jueces debe considerarse al mismo tiempo como una función pública, que forma parte de los poderes del Estado, como la función del legislador, y está integrada a la estructura del aparato estatal. A diferencia de los legisladores y ministros del Poder Ejecutivo, los jueces gozan de estabilidad en sus cargos (y tienen en cierto modo una carrera profesional escalafonada) como los maestros y los médicos que trabajan en el sistema de salud estatal. Estas condiciones los diferencian de los políticos profesionales que ocupan funciones en el Ejecutivo y en el Legislativo, cuyos mandatos están limitados en el tiempo y tienen que someterse a la voluntad democrática en las elecciones para la renovación de sus cargos. En este aspecto la condición de los políticos se asemeja a la de las profesiones liberales competitivas que dependen de la demanda y la selección de los destinatarios del servicio (clientes, pacientes, etc.). Las funciones profesionales integradas al aparato

² Herber Schambeck, “Richteramt und Ethic”, en *Wissenschaftliche Ajjhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte*, Band 15, Duncker and Humboldt, Berlin. Agradezco al Dr. Jan Woischnik la amabilidad de haberme hecho conocer el citado texto.

³ Cf. J. L. Fernández Fernández y A. Hortal Alonso (comp.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Comillas, 2001.

estatal mediante cargos estables con remuneraciones fijas aseguradas se asimilan en cambio, en este aspecto, a la condición de los demás funcionarios de la Administración pública y corren el riesgo de la burocratización.

La burocratización de buena parte de las profesiones ha destruido en cierta medida la aspiración a *la excelencia* porque, desde una perspectiva burocrática, el *buen profesional* es simplemente el que cumple las normas legales vigentes, de forma que no se le puede acusar de conductas negligentes [...] Esta actitud se hace muy clara en el caso de la *funcionarización* de las profesiones que, por una parte, tiene la ventaja de permitir al profesional trabajar con la tranquilidad de saberse respaldado por un sueldo, pero es, a la vez, una tentación para los poco vocacionados, que se conforman con no ser excesivamente negligentes para cubrir los mínimos legales.⁴

Las diferencias mencionadas a título meramente indicativo plantean inmediatamente la pregunta acerca de cuáles son entonces las características comunes de las llamadas “profesiones”, o los rasgos que permiten identificar a una determinada actividad como una profesión. Pero antes puede ser instructivo decir algo sobre la palabra misma en cuestión.

La palabra castellana y las similares de las otras lenguas derivadas del latín (*profession* en francés, *professione* en italiano) provienen de *professio* (del verbo *profiteor*) que significa originariamente: ‘declaración’, o ‘manifestación pública’, y se empleó luego con referencia al arte del buen decir, o la elocuencia (*professio bene dicendi*). Más interesante para el tema de este libro es el origen de las palabras usadas en alemán y en inglés (y también en otras lenguas de Europa septentrional, como el danés y el sueco) para nombrar a las profesiones en la sociedad moderna. En alemán ‘profesión’ se dice *Beruf* (de *berufen*, originariamente ‘llamar’, ‘convocar’) y debería traducirse en castellano literalmente por ‘vocación’ (de *vocare*, que es ‘llamar’ en latín); pero ‘vocación’ se reserva en nuestra lengua más bien para la vocación religiosa que se entiende como un llamado de Dios. Max Weber ha mostrado que el uso moderno de la palabra *Beruf* en alemán, que traducido al inglés es *calling*, proviene del lenguaje de la traducción de la Biblia realizada por Lutero, que parece ser el primer lugar donde se encuentra usada esta palabra en su sentido actual. El gran reformador empleó la palabra alemana *Beruf* para traducir las expresiones bíblicas referidas al “llamado divino” y, al mismo tiempo, para las expresiones referidas a los trabajos y oficios mundanos de los hombres. Esta identificación léxica de Lutero no es por cierto inocente (“Lutero

⁴ Adela Cortina, “Universalizar la aristocracia. Por una ética de las profesiones”, en *Actas del 2º Congreso Nacional de Bioética Fundamental y Clínica*, Madrid, 1999, pp. 50-51.

leía la Biblia a través del cristal de su propia mentalidad”, acota Weber), y ha tenido una influencia muy grande sobre el lenguaje y la cultura de los países protestantes. Para Lutero la disciplina y la dedicación responsable al trabajo en las diferentes profesiones materiales o intelectuales tiene una significación ética fundamental, tan importante que él quiere potenciar incluso esta significación dándole una fuerza religiosa, como un llamado de Dios, de cuyo cumplimiento eficaz depende la salvación del hombre. Esta idea está para Max Weber en el origen y fundamento de la ética protestante, del espíritu del capitalismo y del éxito de las sociedades que han adoptado esta ética como regla de vida.

Es evidente que en el vocablo alemán “profesión” (*Beruf*), aun cuando tal vez con mayor claridad en su versión inglesa: *calling*, existe por lo menos una remembranza religiosa: la creencia de una misión o de un llamado de Dios [...] En el trasfondo de la génesis histórica de dicha voz a través de las distintas lenguas se advierte, que aquellos pueblos en los que predominó el catolicismo, carecen de una expresión en la que se refleje y brille este matiz religioso para indicar eso que en alemán se llama *Beruf* [...] Lo encontramos por primera vez en su significado actual, que ha cobrado vida, en las traducciones de la Biblia, aunque no proviene del sentido del texto original, sino del espíritu de quien lo tradujo [...] Todo el mundo está de acuerdo, sin duda, en que esta valoración ética de la actividad profesional conlleva uno de los aportes más sólidos e importantes de la Reforma, debido principalmente a Lutero [...] A diferencia del catolicismo, lo característico y específico de la Reforma es el hecho de haber acentuado los rasgos y la dimensión ética del trabajo en el mundo, ligado a las profesiones, y de haberlo potenciado otorgándole un interés religioso.⁵

Con Max Weber se puede explicar el sentido ético-cultural del origen de las profesiones. Desde un punto de vista histórico sociológico de la organización social se puede decir en cambio que otro antecedente de la estructura de las profesiones en la sociedad moderna fueron los gremios o corporaciones medievales, que tenían sus propios fueros, y que fueron abolidos por la Revolución Francesa junto con los privilegios y los títulos de la nobleza feudal. Adela Cortina (1999, pp. 42-46) ha detallado los rasgos que caracterizan a las profesiones sociales en los siguientes puntos, que evocan inevitablemente aquella figura de las corporaciones medievales: 1) una profesión es una actividad que, en forma institucionalizada, presta un determinado servicio que responde a una necesidad permanente de la sociedad; 2) las profesiones implican un especial compromiso personal con la actividad que se

⁵ Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (*Gesammelte Aufsätze zur Religionssociologie I*, pp. 1-202), Premia Editora, México, 1981, cap. 3, “Concepción luterana de la profesión. Tema de nuestra investigación”, pp. 48-50.

traduce en una forma de vida. A diferencia de otras ocupaciones como la de un empleado o el operario de un oficio, se espera de un profesional una dedicación de tipo vocacional que ocupa parte de su tiempo de ocio en la actualización de sus conocimientos profesionales; 3) los profesionales forman una categoría de personas que ejercen su actividad de forma estable o permanente como medio de vida a través del cobro de determinados honorarios; 4) los profesionales constituyen un colectivo que tiene, o busca obtener, el control monopólico del ejercicio de la profesión, impidiendo su ejercicio a quienes carecen de la acreditación correspondiente; 5) el acceso a la profesión se realiza a través de un currículum académico y una capacitación en la práctica profesional que conforman un proceso extenso y regulado; 6) las profesiones reclaman un ámbito de autonomía para la regulación del ejercicio de la propia profesión. Como se trata sin embargo de un servicio social, se debe reconocer a sus destinatarios o consumidores el derecho a plantear exigencias y a controlar la calidad del servicio. Esta doble exigencia conlleva una tensión que puede derivar en situaciones de conflicto en las cuales se requiere algún tipo de intervención de los poderes públicos; 7) el profesional asume ciertas responsabilidades especiales dentro de su ámbito de competencia. La autonomía y la consiguiente responsabilidad no justifican sin embargo ciertas tesis y prácticas *separatistas*, o paternalistas, de retacear el acceso a la información y al control del servicio profesional de parte de los legos, que son los clientes o consumidores del servicio. Podríamos agregar que cada profesión tiene un lenguaje, o una jerga particular, que se aparta del lenguaje ordinario, y se emplea especialmente muchas veces como estrategia para los fines *separatistas*.

Los rasgos de las profesiones, que acabo de enunciar, se atribuyen y caracterizan a un tipo de *actividad humana* o de *práctica social*. ¿Cómo se puede definir ahora lo que es una actividad, o una práctica? Voy a responder a esta pregunta con los análisis de MacIntyre, que me parecen apropiados para definir estos conceptos, aunque no para definir todo un modelo comunitarista de sociedad, como él pretendía (cf. J. De Zan, 2002, p. 80). “Por *práctica* entendemos cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, socialmente establecida, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma y se intentan lograr modelos de excelencia que son apropiados a esta forma de actividad”.⁶ Las actividades profesionales tienen un *fin social objetivo*, y en función de esta finalidad se organiza toda la profesión. Ese fin, que es diferente para cada una de las profesiones, es el *bien inherente* a esa práctica, o el contenido objetivo del servicio que justifica la existencia de una profesión, y consiste en la producción o la preservación de determinadas “cosas” que son valiosas para la sociedad. En términos generales se puede

⁶ Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, New York, 1984; *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987, p. 233.

decir que para el médico, por ejemplo, esto es el cuidado de la salud de la población, para el político la administración del poder, o la promoción del bien común, para el juez (y para las profesiones jurídicas en general) la protección de los derechos y su determinación en caso de conflicto, etc.

Pero además de los bienes propios o internos que definen a las prácticas, “toda práctica conlleva también *modelos de excelencia* y obediencia a *reglas*. Ingresar en una práctica es aceptar la autoridad de esos modelos, y la cortedad de mi propia actuación a la luz de esos criterios [...] Por supuesto que las prácticas tienen su historia [...] y los propios modelos no son inmunes a la crítica, pero no podemos iniciarnos en una práctica sin aceptar la autoridad de los mejores modelos realizado hasta ese momento” (MacIntyre, 1987, p. 236). La “incidación” consiste en el *aprendizaje* de la práctica, y esto se logra *imitando modelos*, como el aprendizaje de una lengua. Las reglas son como la gramática de una práctica, y no necesitan estar escritas, ni tienen que aprenderse como fórmulas conceptuales previas, como no aprendemos a hablar aprendiendo primero las reglas sintácticas de la lengua. La formulación de las reglas se produce en rigor siempre después que se ha perfeccionado una práctica, a partir de la observación y la descripción de la forma de los modelos ya realizados. Las reglas ya formuladas son útiles, sin embargo, sobre todo para el aprendiz, y en las situaciones de duda o perplejidad ante situaciones complejas. Estas reglas pueden funcionar también como patrones de excelencia o medidas de calidad construidas a partir de las pautas del ejercicio profesional o de “los ideales de perfección comunes a cierta colectividad”, o corporación, e “interiorizados por los maestros y los virtuosos de la práctica considerada”. El recurso a los patrones de excelencia de la práctica es el que permite impedir la improvisación o cualquier interpretación subjetiva del bien en cada uno de los campos de la actividad social. Aquí se puede hablar también de la *virtud*, pero en el sentido de Maquiavelo, no de Aristóteles. El *virtuoso* en una práctica, como en el caso del piano, del violín o de la política, es el que ejerce su arte con soberana habilidad y maestría. Es claro que la maestría es mucho más que un mero conjunto de destrezas técnicas. Un maestro del ajedrez, por ejemplo, se destaca por un tipo muy especial de memoria y de agudeza analítica, de imaginación y creatividad estratégica, un gran equilibrio de agresividad y prudencia, etc. Todo esto es mucho más que técnica, pero no es, en rigor, ética.

Volviendo al punto inicial de los bienes, MacIntyre ha puesto de relieve una distinción importante entre los *bienes internos* a una práctica, a los que se orienta su finalidad social objetiva y la racionalidad de las reglas que la constituyen, y los *bienes externos*, como los intereses personales, o motivaciones subjetivas que incentivan a los sujetos que las ejercen, y que pueden ser muy diversas. Los primeros son los que justifican y legitiman el sentido y la validez social de una práctica. Quien se inicia en una práctica no puede darle a la misma la finalidad que a él se le

ocurra, porque esta ya le viene dada por la naturaleza del servicio, y por la tradición de la propia profesión. La auténtica profesionalidad, o el profesionalismo bien entendido, es el resultado de haber asumido como un interés propio los bienes internos de una práctica. El secreto de la excelencia de los modelos y de la obra admirable de los grandes hombres de la historia, en cualquier campo, del arte, de la ciencia, de la educación, o de la política, es que su interés personal, elevado a la fuerza de la pasión dominante de su vida, se ha identificado con un valor objetivo de interés general. (Estos casos no pueden ser, por cierto, la meta de ninguna profesión; sin embargo, el caso excepcional es el que mejor revela el sentido de la normalidad). Pero incluso en los héroes, junto al entusiasmo por el valor de la obra a la que consagraron su vida, es posible encontrar siempre en sus acciones también los intereses particulares o personales (a veces miserables o “demasiado humanos”) del sujeto de la acción. Estos se hacen más evidentes quizás en la normalidad de la actividad profesional, en la que está ausente y no se puede pedir ni el *pathos* heroico ni la iluminación de los genios. Es natural que el interés de toda persona, al ejercer una profesión, sea el ganar dinero y obtener una buena posición social, ganar reconocimiento y prestigio, etc., que son, a su vez, formas de adquirir poder en la sociedad. Estos son intereses legítimos y no reprochables de las personas, que MacIntyre define como *bienes externos* a una práctica, tal como ha sido definida. No estoy tan seguro de que ésta sea una denominación feliz, porque en una sociedad bien ordenada estos otros bienes deberían ser el resultado proporcional a la calidad de la producción de los llamados bienes internos, o del servicio profesional.

Es importante no confundir las prácticas, que son formas de *actividad de las personas*, con las *instituciones* a las que estas personas y sus prácticas pueden, o no, estar vinculadas. La medicina es una práctica, como lo es el ajedrez, el fútbol, o la física. Los hospitales donde los médicos ejercen su práctica profesional, como los clubes o los institutos de física en las Universidades y sus laboratorios, son instituciones. La práctica judicial y el dictado de la sentencia es responsabilidad personal de los jueces, no de la institución, aunque en este caso no se concibe fuera del marco institucional. Las instituciones proveen de medios a las prácticas para las realizaciones de sus bienes internos, pero están más directamente relacionadas con los bienes externos a la práctica misma, con la administración de los recursos que genera la práctica u otras fuentes de financiamiento para la inversión en instrumentos y equipamiento, etc. “Las instituciones se estructuran en términos de jerarquía y relaciones de poder, y redistribuyen como recompensa: dinero, jerarquía y poder. No podrían actuar de otro modo, puesto que deben sostenerse a sí mismas, y sostener también las prácticas a las que sirven de soporte. Ninguna práctica puede sobrevivir largo tiempo si no se sostiene en instituciones” (MacIntyre, 1984, p. 241).

Otro aspecto que cabe observar es que los llamados bienes internos de las prácticas profesionales son sociales, o comunes, y la mayor calidad y cantidad de estos bienes lograda por medio de la práctica de cada uno de los profesionales benefician en principio a todos, tanto a los destinatarios del servicio (aunque su distribución puede ser inequitativa) como al propio cuerpo profesional. A esta propiedad aludía la definición inicial al decir que una práctica es “una forma de actividad humana *cooperativa*”, porque es un juego de suma positiva. Los bienes llamados externos del ejercicio de la profesión (dinero, fama, poder) son, en cambio, de apropiación individual, y la apetencia de los mismos genera una relación *competitiva* entre los miembros de la profesión. “Es característico de los bienes externos que, si se logran, siempre son propiedad y posesión de un individuo [...] Los bienes externos son típicamente objetos de una competencia en la que hay perdedores y ganadores. Puede considerarse que los bienes internos son también resultado de una competencia por la excelencia, pero lo típico de ellos es que su logro es un bien para toda la comunidad” (MacIntyre, 1987, p. 237).

La propuesta de revalorizar los bienes propios, inmanentes a las diferentes prácticas, como las profesiones, considerándolos fines y no meros medios para otros objetivos externos a ellos mismos, como la fama, el poder, el dinero, etc., es sin duda una buena propuesta, edificante y muy recomendable. Lo que resulta problemático en la posición de MacIntyre es la determinación de las reglas constitutivas de las prácticas sociales en general como normas de carácter específicamente moral, y la identificación de la actividad conforme con estas prácticas con el concepto aristotélico de la *virtud* moral. “El modelo de sociedad que está en el trasfondo de la concepción de la virtud sostenida por MacIntyre parece ser el de una organización corporativista en la que los individuos están ligados a determinados oficios y profesiones, y en el que se tiende a eliminar la movilidad propia de la sociedad moderna, o se la enjuicia como una deficiencia de identificación de los individuos con el bien inmanente a las prácticas a las que deben permanecer consagrados (cf. MacIntyre, 1987, pp. 271-272). Se trata en este sentido de una concepción radicalmente antiliberal y premoderna, que debiera discutirse en el terreno de la teoría política. Podemos admitir por cierto que cada cual tiene derecho a adherir también a esta propuesta política neoconservadora; lo que me parece en cambio incluso *moralmente objetable* es la estrategia de presentar este partido político como una exigencia ética ligada al concepto mismo de la *virtud*” (J. De Zan, 2002, p. 80).

Me parece que la mayoría de las reglas constitutivas de las prácticas profesionales pueden considerarse como reglas pragmáticas en el sentido de Kant (cf. capítulo 2.1.1). Al mismo tiempo, estas reglas, tal como las ha definido MacIntyre, en cuanto trasmitidas por una tradición, asumidas por un colectivo, o colegio profesional institucionalizado, son un tipo de reglas sociales, legitimadas

por las expectativas de comportamiento que la sociedad en su conjunto, y especialmente los destinatarios o consumidores del servicio tienen puesta sobre la conducta de estos profesionales. Un problema moral se plantea por cierto en el ejercicio de las profesiones cuando el profesional comienza a hacer jugar en la práctica los bienes externos como el fin principal de su actividad y degrada el bien interno a la categoría de un mero medio subordinado a sus intereses de beneficio individual. Esta inversión de los fines se manifiesta cuando se hacen mal las cosas, no por error o impericia profesional, sino para ahorrar costo (o tiempo) a fin de incrementar la ganancia. Este tipo de estrategia es moralmente reprochable en *todas* las profesiones, inclusive en la del empresario cuyo “fin interno” es la producción de bienes económicos, y no el mero beneficio de la empresa como han sostenidos ciertas versiones de la teoría de la economía política del liberalismo. Esta inversión de los fines de una práctica es el principio de lo que se debe denominar *corrupción* sustancial, en sentido moral. El sentido general de esta palabra, cuyo uso originario corresponde al campo biológico, es el cambio de naturaleza de la materia orgánica que se descompone, o se pudre.

La corrupción de las actividades profesionales se produce cuando aquellos que participan en ellas no las aprecian en sí mismas porque no valoran el bien interno que con ellas se persigue y las realizan solamente por los bienes externos que con ellas pueden conseguirse. Con lo cual esa actividad, y quienes en ella cooperan acaban perdiendo su legitimidad social y, con ella, toda credibilidad. Ahora bien, la raíz última de la corrupción reside en estos casos en la pérdida de la vocación y en la renuncia a la excelencia (A. Cortina, 1999, p. 50).

En el contexto de su confrontación con *La genealogía de la moral* de Nietzsche, analiza Max Scheler las diferentes fuentes del *resentimiento* como expresión de la decadencia moral, entre las cuales se refiere a una figura típica de la moderna burguesía en su afán de ascenso social, que es la del individuo carente de la natural o espontánea autoestima del hombre noble y seguro de sí mismo, este individuo vulgar que solamente puede valorarse en la relación comparativa con el valor ajeno. De esta actitud de comparación nacen la envidia y el resentimiento; pero también puede surgir la emulación del sujeto ansioso, o ambicioso (*Streber*), que es “aquel para quien el ser más, el valer más, etc. [mejor sería decir *el tener más*] llega a constituir *el fin* de sus ansias, *antes que* el contenido específico de todo valor objetivo; aquel para quien las cosas no tienen otro valor que el de una ocasión —en sí indiferente— para poner término al opresivo sentimiento de *ser menos*”. Para este tipo de individuo que está en la constante “trepada” todo lugar es un escalón. Toda práctica es un medio para llegar a otro lugar. Nadie está donde está, ni se interesa realmente en lo que hace, cada uno mira a otro lugar hacia donde ansía llegar. Esta situación no es ya solamente la de una *inversión de los valores*, que mediatiza el “bien interno” de una práctica en función de los “bienes

externos” (de la que habla MacIntyre), sino una ceguera axiológica, o una incapacidad de valorar los lugares y el sentido propio de las cosas o de las prácticas. Para M. Scheler la caída en este nihilismo axiológico, o valorativo, es una consecuencia inevitable para el individuo cuando está dominado por la lógica de la competitividad (o lo que la traducción española de Gaos llama “el sistema de la concurrencia”) llevada a todos los campos de la vida social. En un lenguaje más actual, esta es “la colonización interna del mundo de la vida (*Lebenswelt*) por la racionalidad estratégica del mercado”.

Cuando esta manera [meramente comparativa] de la aprehensión de valores se convierte en el tipo dominante de valoración de todas las cosas en una sociedad, entonces “el sistema de la concurrencia” llega a ser el alma de esta sociedad [...] En “el sistema de la concurrencia” las ideas relativas a las funciones [o profesiones sociales] y sus valores se despliegan, en principio, sobre la base de la actitud de querer cada uno ser más y valer más que los demás. Todo “puesto” [posición o función social] es un punto de tránsito en esta cacería general [...] como consecuencia de haber suprimido toda primordial sujeción de los afanes a valores y cosas definidas.⁷

2. CONFLICTOS DE VALORES

Cuando se habla de pluralismo y de conflicto de valores se piensa por lo general en las diferencias de las tradiciones culturales o de las *Weltanschauungen* que conllevan concepciones morales completas que serían incommensurables y, por lo tanto, no podrían dialogar entre ellas, ni aprender las unas de las otras. Este pensamiento ha sido el presupuesto del *relativismo moral* que ha sido considerado en el capítulo 2. Pero en las sociedades actuales y en la cultura posmoderna el problema principal que se plantea es diferente. Se trata de la tensión y los conflictos entre los valores y las identidades diversas que han asumido las mismas personas en cuanto miembros de diferentes comunidades, y como sujetos o actores morales comprometidos e identificados con diversos roles en la sociedad civil y en el espacio público. Este no es tampoco un problema enteramente nuevo, porque ya había sido en cierto modo el tema de la tragedia griega antigua.⁸

Hay muchos valores que las personas aprecian y sostienen como moralmente significativos, pero se encuentran a veces en la vida profesional con situaciones en las que deben tomar decisiones contrarias a las exigencias de algunos de ellos. La vida de

⁷ Max Scheler, *El resentimiento en la moral*, Espasa-Calpe, Buenos Aires/Méjico, 1944, pp. 33-35.

⁸ Cf. Sófocles, *Antígona*, y la interpretación de la tragedia en la literatura griega en Hegel, *Fenomenología del espíritu* y *Lecciones sobre estética*. Cf. también la reciente discusión del problema en P. Ricoeur, “Interludio sobre lo trágico en la acción”, 1996, Méjico, pp. 260-270.

las personas no se limita a un único rol y nada garantiza que los imperativos de los diferentes roles tengan que armonizar. La coherencia es sin dudas una regla básica de todo sistema teórico, pero esta regla no se puede trasladar *sistemáticamente a la vida* (la lógica sistémica es propia de las cosas muertas y hacer de la vida un sistema lógico equivale a matarla), cabe preguntarse por lo tanto si la coherencia es una *virtud* relevante, o incondicionada en la *moral*. En este sentido, según escribe J. L. Mackie, en determinada circunstancia alguien podría decir deliberadamente: “Admito que la moral requiere que yo haga esto o aquello, pero no tengo el propósito de hacerlo: para mí existen aquí otras consideraciones que desbordan la consideración moral. (Y no necesita poner la palabra *moral* entre comillas. Muy bien podría estar hablando de su propia moral, de las restricciones morales que él mismo acepta y respalda como tales por lo general)”.⁹ Este razonamiento desconcertante presupone un concepto restringido de la moral, que se aparta de la concepción amplia e incluyente, cuya normatividad comprensiva de toda la conducta no permitiría un razonamiento semejante. El problema de ese otro concepto amplio es que lleva a pensar a veces que con la moral se pueden resolver todos los problemas de justificabilidad racional de las acciones, lo cual es erróneo porque la razón moral puede no tener incluso algo significativo que decírnos con respecto a muchas decisiones o elecciones posibles. Pero lo cierto es que cuando hay razones morales que son relevantes y de peso, parece que estas deben tener la palabra final frente a otras consideraciones rivales, como instancia última de valoración y de justificación de las acciones, como he sostenido al comienzo (capítulo 1.7.4)

Podría intentarse neutralizar el problema planteado incorporando a la moral también “las otras consideraciones” importantes que invalidarían las razones morales en algunas situaciones como la de Mackie. Esto es lo que hace en cierto modo la reconstrucción utilitarista de la moralidad. Dicho un poco toscamente: el utilitarismo convierte en una razón moral a cualquier razón para actuar que se imponga *racionalmente* como la más fuerte o ventajosa en un cálculo de utilidad. Esta estrategia permite solucionar aparentemente de manera muy racional los conflictos morales, puede llegar a eliminar toda incoherencia de la vida moral, pero al precio de empobrecerla de una manera desoladora. Una teoría que pretenda que todos los bienes son commensurables, y que pueden intercambiarse mediante compensaciones de las diferencias de valor, es una teoría que destruye el concepto mismo de los bienes no negociables y que, como hemos visto al discutir la concepción contractualista, carece del sentido del bien moral.¹⁰

⁹ Jonhn L. Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y de lo malo*, (1977), Barcelona, 2000, p. 121.

¹⁰ “Un mundo en el que todo puede ser una mercancía es por necesidad un mundo en el que algunos bienes ya no pueden obtenerse [...] Un mundo en el que todos los bienes estuvieran en venta no sería un mundo en el que los bienes que otrora no se podían cambiar por dinero se puedan ahora comprar y vender. Sería un mundo en el que muchos bienes hubieran dejado de existir”, por ejemplo, la verdad, la justicia, la amistad y muchos otros semejantes. (John Gray, 2000, p. 58).

El pluralismo de los valores morales sostiene en cambio que “puede haber elecciones incompatibles que sean igualmente razonables y correctas” desde el propio punto de vista moral. El utilitarismo no nos ayuda para este tipo de problemas morales, o mejor, esta teoría desconoce los auténticos conflictos morales porque presupone que todos los bienes y valores son commensurables y, por lo tanto, se trata solamente de hacer un balance entre ellos, de sumar y restar utilidades. Todo se puede negociar o canjear, incluso las personas, conforme a una ley de convertibilidad de la moneda utilitaria. Esta ética no considera a las personas como fines en sí mismos. Justifica el tratamiento del ser humano individual como mero medio en beneficio de los demás, al permitir o recomendar que algunas personas sean sacrificadas si el beneficio que un mayor número de individuos obtienen gracias a ello es tal que se produce un incremento neto de la utilidad social, la felicidad general, o cualquier otro estado de cosas que el principio moral utilitarista prescriba maximizar. En tal sentido esta teoría ética no hace jugar los derechos humanos como “cartas de triunfo”, o límite infranqueable de todo cálculo de utilidad social, y viola el *principio de inviolabilidad* de las personas, vinculado con la segunda fórmula del imperativo categórico de Kant, el cual “proscribe imponer a una persona, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio bien”.¹¹

Para explicar el conflicto de valores que son incommensurables John Gray aduce, entre otros ejemplos, una historia real que le relató Isaiah Berlin. “Cuando en tiempos de guerra un ministro británico despidió a todo su equipo de dactilógrafas al descubrir que una de ellas (no sabía quién) estaba pasando información al enemigo, confesó que estaba haciendo algo horriblemente injusto con todas ellas, menos con una [...] pero que creía que era la decisión correcta en esas circunstancias”. Es decir, que era su deber como funcionario el que lo obligaba a cometer esta injusticia. Para el autor la *decisión* del ministro resolvió con “admirable” valentía y fuerza de carácter la contradicción de las exigencias morales incompatibles, cargando con el sentimiento de culpa, o el dolor moral por la injusticia cometida.¹² Otro caso formalmente igual, pero que sin embargo nos produce intuitivamente una reacción moral profundamente diferente, es el que relata Hannah Arendt como reportera del juicio a Eichmann en Jerusalén. La observación de las actitudes del acusado a lo largo de todo el juicio, el contexto de todas las argumentaciones de su defensa, y

¹¹ Cf. Carlos Nino, 1984, pp. 110-113. El principio de la ética utilitarista que ordena maximizar la felicidad del mayor número no reconoce la separabilidad y la independencia de las personas y pretende compensar las privaciones de unos individuos con los beneficios de otros. Esta estrategia no es aceptable: “sólo puede haber compensaciones cuando se gratifica a la misma persona [...] y no pueden imponerse compensaciones interpersonales” (C. Nino, loc. cit.).

¹² J. Gray, *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Paidos, Barcelona, 2000, p. 61.

otros datos objetivos, le permitieron interpretar a la Arendt que las aseveraciones de Eichmann no eran enteramente insinceras, ni meras expresiones de cinismo cuando declaró, citando a Kant, que en sus contribuciones decisivas al genocidio judío había actuado “solamente por deber, y no por inclinación”, y que para cumplir con su deber de funcionario de la nación alemana debió reprimir sus propios sentimientos morales de simpatía por las víctimas.¹³ Este es el tipo de problemas éticos que queremos analizar ahora, para los cuales no hay reglas, porque no son las situaciones normales y no puede haber normas para los casos excepcionales pero, sin embargo, estos casos dan también que pensar acerca de la naturaleza misma de las normas, o de la normalidad moral.

3. ÉTICA DE LA CONVICCIÓN Y ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD

Entre los problemas morales que tiene que enfrentar el ejercicio de las profesiones en general, y en particular el ejercicio de la función pública, están los conflictos de valores que exigen una mediación o soluciones de compromiso entre los principios éticos generales y las *obligaciones y responsabilidades* especiales que son inherentes a estas funciones. Max Weber contrapuso en este contexto *la ética de la responsabilidad por las consecuencias* de las acciones humanas, que es la que debe regir para este autor las decisiones del político y del funcionario público, a *las éticas de la convicción* que se orientan por principios y valores que deben respetarse de manera incondicionada, sin considerar las posibles consecuencias no deseadas del mantenimiento inflexible de los principios. Éticas de la mera convicción eran para M. Weber la ética kantiana y las éticas religiosas. “El cristiano obra bien, y deja las consecuencias en la mano de Dios”.¹⁴ Para una ética principista y *deontológica* como la de Kant, la moralidad de los actos humanos se juzga por su intención o la calidad intrínseca del propio acto, por el apego de la voluntad a los principios y al *deber* moral, independientemente de cualquier especulación sobre las ventajas o desventajas de obrar de esa manera. Las éticas *consecuencialistas* de la tradición anglosajona, como el utilitarismo, sostienen en cambio que el punto decisivo para valorar las acciones está en sus resultados, o en sus consecuencias, en el *bien o el mal* que producen objetivamente, más que en la bondad del carácter, o en la moralidad de las máximas que orientan a la voluntad, en la rectitud de la intención o en otras condiciones intrínsecas de la acción. Estas cualidades de la subjetividad moral de la persona son, por cierto, las más relevantes en las relaciones interpersonales; pero cuando se toman decisiones en nombre de otras personas

¹³ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, pp. 206-209, Barcelona, 1999.

¹⁴ M. Weber, *Politik als Beruf. Wissenschaft als Beruf*; trad. al español *La política como vocación*, Madrid, 1975, p. 164.

que están a cargo de uno, como es el caso de un jefe de familia, y cuando se trata de las decisiones oficiales de los funcionarios responsables del cuidado de ciertos bienes o intereses que los trascienden, los mismos principios morales exigen el deber de atender al mismo tiempo especialmente a las consecuencias de tales decisiones para quienes nos han confiado su protección, o la gestión de sus bienes, cuyo bienestar depende de nosotros, y se verá afectado (favorecido o dañado) por nuestras decisiones. A este respecto tiene razón el utilitarismo en cuanto esta doctrina pretende servir de guía especialmente para la toma de decisiones de legisladores, jueces y otros funcionarios. Ya el propio título del libro de J. Bentham era, precisamente: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Londres, 1823).¹⁵ En el capítulo 3 he explicado las razones del universalismo de tipo kantiano, pero creo sin embargo que, especialmente en la práctica de las profesiones y en el ejercicio de las funciones públicas, estas dos concepciones de la ética, tomadas abstractamente, nos enfrentan con dilemas morales insolubles, y que es preciso pensar en una mediación o en un principio regulativo superior que permita resolver los conflictos entre los puntos de vista deontológico y consecuencialista, como lo han sostenido muchos filósofos actuales. Es preciso reinterpretar por lo tanto las expresiones: “ética de la convicción” y “ética de la responsabilidad”, y no entenderlas como los nombres de dos concepciones morales completas, autosuficientes y excluyentes, sino como dos puntos de vista sobre lo moral, difícilmente conciliables en muchos casos, pero que es preciso tener en cuenta y sopesar al mismo tiempo en las decisiones morales.

El ex presidente Alfonsín, en sus declaraciones de agosto de 2003 ante un juez, ha invocado formalmente el principio de la responsabilidad en este sentido de Max Weber para justificar su decisión de promover las leyes de “obediencia debida” y “punto final”. No obstante que esa decisión violentaba sus más profundas convicciones morales, ha dicho, se vio obligado a tomarlas bajo presión, en una situación de crisis en la que peligraba la estabilidad del sistema democrático. El caso mencionado será por cierto discutible, pero esta misma discusión nos hace ver que puede haber casos en los que el funcionario público se siente obligado, por las responsabilidades de su función, a obrar contra su propia conciencia moral. La ética discursiva se comprende también como una ética de la responsabilidad solidaria, pero la evaluación de las consecuencias, o de los posibles efectos secundarios no deseados de un curso de acción, y el peso decisivo, o no, de las aludidas consecuencias en la toma de decisiones, no son cuestiones que puedan resolverse mediante un cálculo privado de utilidad, sino que se tienen que justificar, a su vez,

¹⁵ “Un juez de la Corte Suprema no puede vivir en ‘una campana de cristal’ ni fugarse de la realidad ignorando o desentendiéndose de las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones” (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, declaración del 24 de julio de 2003).

de alguna manera, por medio del procedimiento deliberativo del discurso con los propios afectados; aunque no siempre es posible en estas situaciones la celebración de un discurso público, sí es posible, la mayoría de las veces, recabar información sobre la aceptabilidad por parte de los afectados, y siempre queda el recurso supletorio del experimento mental de ponerse en el lugar del otro.

Hay muchas situaciones en las que un profesional o un funcionario tienen que tomar decisiones bajo su sola responsabilidad, porque no se dan las condiciones, o el tiempo, para buscar la legitimación de la decisión mediante un discurso. En algunos casos, incluso, el principio de la responsabilidad entra en conflicto con el principio del discurso de la ética comunicativa y sus condiciones normativas. Es preciso tener en cuenta que, cuando hay que decidir en contextos de acción fuertemente condicionados por la conflictividad social, por la competitividad de las relaciones del mercado, o por las luchas de poder político, en las que no se puede presuponer en las otras partes una actitud de diálogo para la búsqueda de soluciones equitativas de los conflictos, una aplicación inmediata de los principios de la ética discursiva, y la renuncia a toda clase de medios estratégicos, sería una actitud ingenua y poco prudente por parte del dirigente o del funcionario que tiene responsabilidades político-institucionales, económicas o comunitarias, ya que podría llevar a la ruina de las instituciones y de los valores que tiene que tutelar, o podría perjudicar los intereses de las organizaciones, de los grupos y de las personas involucradas que le han confiado la responsabilidad de su conducción.

Estas situaciones en las que no es posible implementar el procedimiento del discurso moral, son las más frecuentes en los campos de la política y de la competencia económica, de tal manera que los recaudos estratégicos para la defensa de los intereses, o de las posiciones de poder, tienen que convertirse en condiciones estructurales o institucionalizadas. El caso paradigmático es el de las políticas y las instituciones de la defensa nacional. La ética de la responsabilidad desaconseja, por ejemplo, la renuncia principista e incondicionada a los medios estratégicos de la fuerza militar (como sería el desarme unilateral postulado por ciertos pacifismos) en las relaciones internacionales entre los Estados, porque una consecuencia probable de esta política en tal situación sería el aprovechamiento de la debilidad propia por parte de otras potencias y, por lo tanto, la generación de situaciones de conflicto. Es preciso encontrar por lo tanto un nuevo criterio que permita reglar el conflicto de principios entre la racionalidad puramente comunicativa del discurso moral y la racionalidad estratégica que debemos aplicar en determinadas situaciones conforme al principio de la responsabilidad.¹⁶

¹⁶ Cf. K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Fráncfort, 1988; J. De Zan, *Libertad, poder y discurso*, Buenos Aires, 1993, pp. 213-234.

Para reflexionar seriamente sobre estos problemas es preciso despojarse de la retórica simplista e hipócrita del discurso moralizante de algunos periodistas o predicadores. Los casos o ejemplos que habría que analizar pueden llegar a ser muchas veces bastante desagradables o escabrosos, y quizás por eso no es frecuente verlos tratados con toda su crudeza, como el del terrorista que ha puesto un explosivo muy potente que matará a un gran número de personas y no quiere confesar dónde está escondido el artefacto para poder desactivarlo. Un utilitarista no dudará que se deben utilizar todos los medios para forzar su confesión, incluso la tortura, y que el juez debe autorizarla, aunque la facultad para permitir la tortura no esté prevista en ninguna norma jurídica. Se trata a veces de la tensión mencionada entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad, pero otras veces se plantean en el plano de las propias convicciones verdaderos conflictos de valores. Estos tipos de problemas morales no son por cierto exclusivos de la función pública, sino que son problemas que tienen que enfrentar todas las profesiones y, en alguna medida, aunque no quizás con la misma frecuencia y seriedad, nos podemos encontrar con estos mismos conflictos también en la vida privada.

4. MORALIDAD EN LA ESFERA PÚBLICA Y EN LA VIDA PRIVADA

Sobre este asunto hay un debate entre quienes han hablado de una doble moral, a los que se llama a veces maquiavélicos¹⁷ y quienes sostienen que no hay problemas morales especiales de las profesiones y de la función pública que merezcan un tratamiento diferente en la ética. Pienso que ambas posiciones están equivocadas y espero que el desarrollo de mi exposición muestre por sí misma el punto de vista que considero correcto. De una forma general hay que decir ante todo que el propio enunciado de esta distinción, que encontramos formulada a veces como *moral pública y privada*, o como *ética privada y justicia política* induce a error porque, de acuerdo con lo que ya hemos visto, no puede existir una ética privada; todo discurso racional, y especialmente el discurso moral, tiene que ser necesariamente público.¹⁸ Lo que tiene que discutirse entonces es si se plantean problemas morales especiales “en la esfera (o en la acción) pública”, como correctamente lo ha formulado M. Walzer.¹⁹ Lo que parece fuera de duda es que el

¹⁷ No es seguro, sin embargo, que el propio Maquiavelo haya sostenido esta tesis. Aunque insiste en que las necesidades políticas imponen como racionales decisiones que no tienen en cuenta los sentimientos morales, según algunos intérpretes para Maquiavelo esta cruel necesidad no se vincula solamente con las razones de Estado, sino que forma parte de la condición humana en cuanto tal.

¹⁸ *Moral pública y privada* es el título del libro editado por St. Hampshire, (1978), México, 1983; cf. también: R. Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político*, (1990), Barcelona, 1993. Hablar de “ética pública”, como se oye o se lee con frecuencia es por lo tanto impropio, porque el carácter público es común a toda la ética.

¹⁹ Walzer, Michel, “Political action: the problem of dirty hands”, en *Philosophy and Public Affairs*, 2, nº 2, 1973; *Moralidad en el ámbito local e internacional*, (1994), Madrid, 1996.

tipo de problemas morales mencionados más arriba, como los que se originan en la tensión entre los principios y la responsabilidad por las consecuencias, o en conflictos de valores, se plantean con más frecuencia y gravedad en la esfera pública. El funcionario se enfrenta con problemas morales que normalmente no tiene el ciudadano común.²⁰

La mayoría de las situaciones conflictivas desde el punto de vista ético que se plantean en el ejercicio de la función pública tienen que ver con dos de sus características: a) su naturaleza *representativa* y, b) su carácter *institucional*.²¹ Voy a referirme ahora a algunas diferencias que pueden señalarse desde cada uno de estos puntos de vista.²²

- a) El funcionario público ejerce una capacidad de decisión que no le pertenece a él como persona, sino que le ha sido encomendada por la sociedad para los propios fines sociales y políticos del conjunto. Al aceptar una función pública se asumen obligaciones diferentes de las que tiene el ciudadano común. Para el cumplimiento de estas obligaciones la sociedad le delega facultades especiales que hacen a la administración del poder público. De hecho las decisiones y las acciones del funcionario público son juzgadas por la sociedad con criterios morales más consecuencialistas que deontológicos, por cuanto lo que cuenta para los afectados no es la cualidad intrínseca de los actos y la buena intención del agente, sino ante todo los resultados y las consecuencias directas e indirectas de estas decisiones para los fines de la sociedad. Frente a las posibles malas consecuencias de sus decisiones el funcionario no puede alegar desconocimiento o imprevisibilidad, porque su responsabilidad y su obligación es, precisamente, reunir toda la información necesaria para poder prever las consecuencias de las decisiones que toma en el ejercicio de sus funciones, y si no tiene la capacidad de tomar todas las previsiones necesarias (para lo cual el Estado lo provee de los instrumentos y el personal adecuado) no debe asumir las responsabilidades especiales de esa función.

²⁰ Thomas Nagel en su contribución sobre este debate despeja ya desde el título todas las dudas sobre la diferencia y el problema ético en la esfera pública: "La crueldad en la vida pública" es su título, y comienza con esta aseveración: "Los grandes crímenes modernos son crímenes públicos" (en S. Hampshire, 1983, pp. 93 y ss.).

²¹ Dennis Thompson, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, 1999, pp. 14-18

²² Retomo aquí el contenido de una conferencia dictada en el marco de un curso para el personal legislativo, organizado por la Cámara de Diputados de la Nación (ICAP) y OEA/UPD, Buenos Aires, agosto de 1999.

En la vida privada las personas pueden orientarse la mayoría de las veces por sus intuiciones y, en el aspecto moral de su obrar, se rigen normalmente por las costumbres y los sentimientos espontáneos, sin necesidad de racionalizar sus decisiones salvo en caso de perplejidad moral o de conflicto. En la esfera pública en cambio se requiere mayor reflexividad y claridad de razonamiento, porque el funcionario debe poder dar en cada caso las razones que justifican sus decisiones, o sus políticas, y someterlas al juicio público.²³

La diferencia que más ha sido discutida en la tradición del pensamiento ético-político es la que surge de la posibilidad de justificar en el ejercicio de la función pública acciones que son reprobadas como inmorales e inaceptables en la vida privada. En cierta forma estas no son situaciones excepcionales sino que se verifican en la mayoría de los actos del funcionario público. Secuestrar o matar a otra persona son quizás las acciones más reprochables desde el punto de vista moral, y además configuran delitos penales. Pero si un juez priva de la libertad o condena a muerte a una persona podemos pensar que está haciendo justicia. Podría decirse que en el caso del juez no se trata de decisiones personales, que es el derecho, y el Estado... Pero las decisiones son siempre de las personas. Y las decisiones tomadas en ejercicio de una función pública no anulan, sino que incrementan la responsabilidad personal del que decide, y van acompañadas casi siempre del sentimiento de poder que experimenta el individuo que dispone de la fuerza pública del Estado. Thomas Nagel construye otro ejemplo: “Cuando alguien que tiene un ingreso anual de 3 000 dólares [o un desocupado que no tiene ingreso alguno] apunta con un arma a alguien de 300 000 mil y lo obliga a que le entregue la billetera, se trata de un robo. Pero cuando un funcionario del gobierno federal retiene un porcentaje de los ingresos de la segunda de estas personas (también bajo amenaza contra la evasión respaldada en los instrumentos de fuerza), y le entrega una parte de lo recaudado a la primera persona bajo la forma de asistencia social [...] se trata de un impuesto”.²⁴ El fin y los medios de ambas acciones son equiparables, y hay autores ultraliberales como Robert Nozick que dirían que la segunda clase de sustracción también es un robo. Sin embargo yo creo que la mencionada sustracción legal, dentro de ciertos límites, es el tipo de imposición redistributiva que cumple el mandato moral de la justicia social. Quizás podría decirse conforme a estos ejemplos que la función pública se puede definir en cierto modo por esta diferencia, como la facultad de hacer ciertas cosas que serían inmorales si las hicieran las personas privadas. (La justificación de esta diferencia es la justificación de la existencia misma del poder político y del Estado, tema de la filosofía política y de la filosofía del derecho). Aunque puede ser que semejante

²³ Cf. Stuart Hampshire, *Moral pública y privada*, (1978), México, 1983, pp. 67-68.

²⁴ Th. Nagel, “La crueldad en la vida pública”, en Stuart Hampshire, o. cit., 1983, p. 108.

definición exagera y generaliza demasiado la diferencia que estamos estudiando, esta exageración es útil para llamar la atención sobre la ambigüedad de la situación personal del funcionario, porque él es también, ante todo, una persona privada, pero su posición pública, sobre todo cuando es permanente, puede inducirlo fácilmente a una interferencia de los roles. Quizás a algo de esto apunta el dicho de que el poder corrompe, y tanto más cuando dura mucho tiempo.

Hay otro tipo de decisiones ya más extraordinarias de la función público-política en las que la diferencia general apuntada aparece como mucho más aguda y problemática. “En nombre de quienes representan los funcionarios pueden interpretar sus deberes de tal suerte que les permita, y hasta les exija en determinadas circunstancias por ejemplo, mentir, romper promesas, manipular a los ciudadanos, violando la autonomía [y los derechos individuales] de otras personas. Estas y otras violaciones peores de los principios éticos generales dan origen a lo que se denomina *el problema de las manos sucias*” (D. Thompson, 1999, p. 15). Muchos autores han afirmado que quien quiere asumir una función pública o actuar en política tiene que estar dispuesto a ensuciarse las manos en función del éxito de su misión al servicio de la propia sociedad. “Resulta fácil mancharse las manos en política, y en ocasiones es correcto hacerlo” (M. Walzer, 1973, p. 174). Max Weber decía esto mismo con otros términos: el político tiene que saber que deberá negociar y transar con el diablo. Y Maquiavelo: “Un hombre que desee practicar la bondad en todo momento encontrará su ruina entre tantos no tan buenos. De ahí que sea necesario que el príncipe que desea mantener su posición aprenda a no ser bueno, y a utilizar o no este conocimiento, según sea necesario” (*El Príncipe*, 1513).

La literatura clásica sobre el problema de la moral del político puede parecer anticuada en cuanto tiene en cuenta fundamentalmente el caso excepcional del uso de los medios de violencia y “el caso serio” de la decisión de la acción contra el enemigo, es decir, de la guerra, sobre la cual decidía tantas veces un individuo solo, en la cúspide del poder. Para Maquiavelo el príncipe tenía que dar cuenta solamente ante Dios de sus actos y de los crímenes necesarios que hubiera debido cometer en bien del Estado. En la democracia, el político y el funcionario tienen que dar cuenta ante sus conciudadanos que pueden llegar a ser menos tolerantes que Dios en esta materia. En los regímenes monárquico y aristocrático las razones de las decisiones públicas de gobierno eran secretas (*arcana rei publicae*, fórmula en sí misma contradictoria). En la democracia por el contrario (si bien se conservan resabios anacrónicos de aquella tradición del antiguo régimen) las razones de Estado deben ser públicas, porque la publicidad de los actos de gobierno es un principio básico de la República, y el debate libre y abierto de los argumentos que justifican las decisiones colectivas en el espacio público es el único procedimiento democrático de legitimación jurídico-política.

En las democracias liberales, para el resto de los ciudadanos, los hombres públicos siguen siendo al mismo tiempo personas iguales a todos, “hombres comunes con responsabilidades importantes”, y por lo tanto se los juzgará también con los mismos criterios morales generales que se emplean para valorar a toda persona como buena o mala. La reflexión ética sobre la función pública se debería preocupar hoy especialmente por las decisiones cotidianas y rutinarias de los funcionarios en todos los niveles, las cuales carecen del dramatismo de aquellos dilemas existenciales (como el crimen político, o el ataque sorpresivo al enemigo, como el único medio de salvar a la patria) que tenían presentes los autores clásicos, pero producen efectos acumulativos y progresivos que a la larga tienen consecuencias igualmente significativas, y de las cuales los propios agentes tienen que hacerse cargo.

Los funcionarios que en el ejercicio de la función pública han violado algunas normas morales de las relaciones ordinarias entre las personas pueden creerse justificados por los propios intereses de los ciudadanos que han defendido o beneficiado mediante esas acciones y pretenden un derecho a la inmunidad moral. Muchas veces obtienen esta inmunidad cuando el resultado de su política ha sido efectivamente exitoso y ha beneficiado de manera significativa a la sociedad, pero otras veces no, especialmente cuando las consecuencias no han sido tan claramente benéficas para el conjunto. En cuanto ciudadanos con los mismos derechos y obligaciones que los demás, y al mismo tiempo representantes de los intereses generales de muchos, o de toda la sociedad, los funcionarios parecen estar sujetos bajo este aspecto a dos tipos de criterios morales diferentes, los cuales pueden entrar en conflicto; el político tiene que arriesgar la decisión en esta situación moral antinómica. Si bien desde el punto de vista de la ética filosófica no puede justificarse la teoría de la doble moral, el juicio de la opinión pública, es decir, la moral positiva de la sociedad, parece aplicar de hecho una doble moral, pero no para la vida privada y la esfera pública, sino en la valoración y el enjuiciamiento de los propios personajes públicos. Mientras tienen éxito, sus delitos les son perdonados. Cuando se equivocan y caen en desgracia, hasta sus éxitos anteriores serán condenados como inmorales. El político debe saber que está siempre expuesto a esta injusticia de la opinión pública.

- b) Otras diferencias que inciden en el juicio moral de los actos de los funcionarios públicos son las que resultan de su *carácter institucional*. La ética debe presuponer siempre que las personas son responsables de los actos por los que se las juzga moralmente. Ahora bien, la estructura institucional de la función pública diluye y torna problemático este presupuesto de la responsabilidad personal. Para diferenciar esta situación del problema de las manos sucias, se la ha caracterizado a veces como *el*

problema de las muchas manos que intervienen en la orientación de las políticas y en la elaboración de las decisiones colectivas. No se trata sin embargo de la mera dificultad de señalar a los responsables, sino de los efectos psicológicos y morales de los cargos y funciones públicas sobre los individuos que los desempeñan, como cierto efecto liberador, ligado al poder que confiere el cargo, y el sentimiento de inmunidad que da el respaldo de la función. Lo interesante de notar es que estos mismos sentimientos se transfieren a la visión que las personas comunes tienen de los personajes públicos (o quizás la transferencia viene de abajo). Frente a graves daños causados a la sociedad por el gobierno, por ejemplo, o a la desprotección de sus derechos individuales avasallados, la indignación moral de la gente no se vuelve contra los malos funcionarios, sino que eleva su bronca contra el Estado, o contra la justicia, como si fueran las instituciones y no las personas las responsables de los males. Esta despersonalización de las responsabilidades en la función pública es empleada muchas veces también, naturalmente, como escudo protector por los propios funcionarios. Por cierto que hay estructuras institucionales inefficientes y que favorecen incluso la corrupción, pero las estructuras y las instituciones no son sujetos de responsabilidad moral, sino solamente las personas que las integran y las hacen funcionar. Los funcionarios no pueden eludir la responsabilidad moral y política sobre las fallas y las consecuencias del mal funcionamiento de las estructuras defectuosas de las que son titulares. Es preciso poner al descubierto cómo en el marco de las instituciones del Estado la toma de decisiones corresponde igualmente a personas y por lo tanto no se puede prescindir de los elementos esenciales de la idea tradicional de la responsabilidad personal frente a las presiones y condicionamientos estructurales, aunque las representaciones comunes de la responsabilidad personal deban reajustarse y matizarse en este contexto político institucional.

Thomas Nagel (1983, pp. 95-96) ha llamado la atención sobre ciertas distorsiones morales de la función pública, que yo propondría caracterizar como un *mecanismo de compensaciones* que funciona tácitamente en las valoraciones y en el juicio moral del funcionariado. Si bien el mencionado autor se refiere naturalmente a la sociedad norteamericana, sus observaciones, *mutatis mutandi*, me parecen generalizables. Mientras que el juicio moral puede ser bastante permisivo con respecto a la vida privada de los personas públicas, la sociedad le da una importancia muy grande en cambio a la moralidad personal de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de sus deberes como ciudadanos (excepción fraudulenta del servicio militar, evasión impositiva, actos de discriminación, etc., pueden desacreditar o inhabilitar para los cargos públicos) y es

muy exigente en la restricción del aprovechamiento de los cargos para el enriquecimiento personal, u otras ventajas para familiares y amigos, etc. (corrupción). Sin dudas las transgresiones a estas exigencias están muy extendidas en todas partes, pero permanecen más o menos encubiertas, y cuando quedan expuestas a la luz pública, la sanción moral y política es muy severa, aunque la condena judicial se haga esperar y casi nunca llegue a producirse. Pero el mencionado rigorismo de los requerimientos morales que se exigen a los funcionarios como personas, tiene como contraparte una notable laxitud del juicio sobre las responsabilidades por la impericia o el mal desempeño (en el sentido de la ineficiencia, o de las consecuencias perjudiciales de las decisiones equivocadas) en el ejercicio de sus funciones o en las decisiones oficiales como tales. “El ejercicio del poder público se verá liberado de ciertas restricciones morales mediante la imposición de otras, que son en lo fundamental personales. Dado que los cargos supuestamente están a cubierto de los intereses personales de quien desempeña el puesto, lo que el funcionario haga en su capacidad oficial también parece estar despersonalizado. Esto alimenta la ilusión de que las exigencias de la moralidad general no se aplican ya a las decisiones oficiales de los funcionarios, y que las consecuencias de estas decisiones no pueden imputarse estrictamente a su responsabilidad moral. El cargo que alguien ocupa se interpone entre su persona y sus actos funcionales despersonalizados”. La gran paradoja, o la hipocresía, de este sistema de compensaciones morales es que, a la sombra del moralismo de la lucha contra toda forma de corrupción de los funcionarios, se encubre la neutralización moral sustantiva de las instituciones públicas, de la política, de la economía y del derecho.

5. PROBLEMAS ÉTICOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Quiero poner en claro ante todo que el bien común que se haya conseguido o los males que se hayan logrado evitar mediante actos inmorales en el ejercicio de la función pública no harán nunca que lo malo se transforme en bueno, o que las manos sucias queden limpias. El problema que se nos plantea tiene una formulación algo diferente, a saber, si la ética de la función pública puede justificar en una situación excepcional el ensuciarse efectivamente las manos, es decir: que el funcionario obre mal, que cometa injusticias contra algunas personas, que decida y ejecute o mande ejecutar acciones moralmente reprochables, de las cuales tendrá que avergonzarse o lamentarse como persona, cargar con la conciencia de culpa y exponerse a la indignación de los demás, con la esperanza de que la sociedad sepa perdonar esas acciones finalmente y olvidarlas en agradecimiento por los servicios prestados. El hecho es que, si el funcionario se ha detenido ante los escrúpulos morales que son apropiados en las relaciones interpersonales privadas, y a causa de este moralismo ha ocasionado o no ha sabido impedir consecuencias nefastas para la sociedad, deberá soportar el reproche y la condena moral y política de la

propia sociedad o de los grupos a los cuales él representa, y será incriminado por no haber cumplido con las responsabilidades que había asumido.

Tengo que aludir en primer término al problema moral que entraña el uso de los medios de la violencia física monopolizada por el Estado. Aquí no voy a ocuparme del problema de la violencia delictiva privada, ni de la violencia como método de las luchas sociales, o para la toma del poder político, sino solamente de algunas formas de violencia cometidas por personas en el ejercicio del poder público. Se sostiene a veces que la prohibición del empleo de la fuerza, de lastimar, torturar, o matar, o simplemente de forzar a lo otros a hacer algo mediante amenazas, vale incondicionadamente para la vida privada, pero en la esfera pública el funcionario goza de una amplia dispensa moral para el uso de estos medios para los fines de la defensa de los intereses colectivos, o en beneficio del bien común. Este razonamiento es incorrecto, porque también a los simples ciudadanos se les reconoce el derecho a usar la violencia en defensa propia. Y uno de los argumentos más plausibles para la justificación del uso de la fuerza por los que gobiernan en representación de todos, es la delegación de esa misma facultad que cada uno tiene de usarla para proteger sus derechos. Pero sobre todo hay que decir que no existe tal tipo de dispensa moral para el funcionario y que *la violencia siempre es mala*, también cuando alguien la emplea en nombre del Estado, puesto que conlleva la más flagrante infracción contra normas básicas de la moral y de los derechos humanos, como los principios de la inviolabilidad y de la autonomía de las personas. (Hay muchas formas de violación de estos principios de los derechos humanos, pero la más clara e inadmisible es la violencia física). Admitir que la violencia del Estado puede ser *justa*, y que “el monopolio de la violencia legítima” es definitorio del concepto mismo del Estado (como quiere Max Weber) es dejar abierta la puerta para el autoritarismo y el totalitarismo.

El problema moral que plantea la decisión de emplear los medios de la violencia física en manos del Estado, provocando mutilaciones y muertes mediante la represión de la sedición o la guerra, ha sido tratado ampliamente por la literatura clásica de la ética política como el caso más serio en el que el funcionario público puede verse involucrado, de manera directa o indirecta, según el área y los niveles de responsabilidad del cargo que ejerce. Este caso es el más serio de los posibles conflictos entre la moral y la responsabilidad pública, pero no quizás el más difícil de resolver. Normalmente se considera incluso que el acto heroico de la lucha en el que se pone en juego la propia vida en defensa de la libertad de la Patria no es en cuanto tal un caso de manos sucias. Aunque en el contexto de la guerra hay, por cierto, muchas estrategias de dudosa moralidad en las que los actores tienen que ensuciarse las manos. No me voy a detener ahora en el análisis de este problema excepcional de la violencia política y de la guerra. Solamente quiero dejar sentado aquí de manera un tanto dogmática mi convicción de que la elección del uso de la

violencia no puede justificarse nunca mediante argumentos morales. La decisión de matar es siempre moralmente mala e injustificable. Pero enseguida tengo que aclarar que, en el campo de lo político, hay situaciones en las cuales el empleo de la fuerza puede ser sin embargo inevitable, porque la decisión ya está tomada por un enemigo que no le deja al poder político ninguna otra alternativa.²⁵ La lucha violenta involucra ciertamente dos partes en beligerancia, pero la decisión moral y el comienzo fáctico de la beligerancia es el acto de una sola de las partes, la cual no requiere por cierto el consentimiento de la otra para iniciar las acciones. Para hacer la paz, o para celebrar un contrato, se requiere la voluntad de todas las partes; para que estalle la guerra basta en cambio con la decisión y la acción de una de ellas que nos pone en una situación existencial límite de tener que matar o morir. Como ha escrito Carl Schmitt, no depende de la voluntad propia de una organización política el tener o no tener enemigos, y en esta relación una unidad política puede querer la paz, pero frente a la decisión de la guerra está a merced del enemigo.

Un caso más corriente de las manos sucias es el de la corrupción en el manejo de los fondos públicos y en el otorgamiento de concesiones o licitaciones y otros tipos de ventajas, franquicias, o sentencias que favorecen a empresas, grupos económicos, o personas privadas, etc., mediante el cobro de un retorno directo o indirecto para el o los funcionarios intervenientes. El problema de la corrupción es por cierto muy complejo, y si bien se trata ante todo de un problema moral, sería ingenuo pensar que su solución se podrá lograr por medios exclusivamente morales, mediante algún procedimiento de moralización de la función pública. Ni la prédica moralizante, ni siquiera la persecución penal son medios eficientes para reducir significativamente las prácticas corruptas enquistadas en los sistemas de la Administración del Estado. Lo principal para esto es estudiar y corregir las fallas estructurales de los organismos y los procesos burocráticos que hacen posible y favorecen estas prácticas, mediante reformas que obliguen a abrir la competencia y eliminar los monopolios de los servicios públicos, limitar la discrecionalidad de las facultades de los funcionarios, establecer mecanismos que aseguren la transparencia de los procedimientos, exponer a la publicidad los procesos de la toma de decisiones en la función pública y hacer eficaz el funcionamiento de los órganos de control y fiscalización, etc. Sobre estos temas y otros conexos deben trabajar los especialistas en sistemas de organización.

A nosotros nos siguen interesando sin embargo, desde el punto de vista ético, los problemas morales de la decisión de las personas. Aquí hay que distinguir

²⁵ En otra escala pueden presentarse también en la vida privada situaciones similares. Las diferencias moralmente relevantes que veo aquí son: 1) que el uso de la fuerza armada del Estado en la guerra pone en juego la vida y la integridad física de un gran número de personas, y 2) que las personas que detentan el poder político disponen de la vida de otras personas, mandan a matar y a morir a los ciudadanos armados.

de entrada dos tipos de situaciones. Están por un lado los delitos comunes de funcionarios que negocian coimas y prebendas para beneficio personal, de sus familiares o de sus socios, o que simplemente roban fondos públicos con diferentes artilugios administrativos, y de agentes que operan directamente como empleados de grupos de intereses económicos, los cuales ocupan posiciones de decisión en la administración pública a fin de facilitar o cubrir los negocios turbios de sus empleadores. El juicio sobre la inmoralidad de este tipo de actos no presenta ninguna clase de dudas o problemas a la teoría ética. El problema que tenemos aquí es solamente el problema práctico de cómo prevenir y sancionar con penas más severas este tipo de conductas. Este es un problema jurídico-penal y policial, pero sobre todo, es un problema que debe ser encarado a fondo mediante una adecuada reforma del Estado. El tipo de delitos mencionados no son estrictamente delitos políticos, sino delitos comunes que se cometan utilizando los resortes y las fallas de sistemas deficientes de la función pública. De este tipo de delitos de corrupción se han ocupado muchas personas competentes en tiempos recientes en la Argentina. Este ha sido además uno de los ejes de las últimas campañas electorales. Así que me parece que no es necesario ni conveniente insistir aquí sobre esto, aunque la publicidad contra la corrupción se agota por lo general en la denuncia, sin mayores análisis, o se la utiliza simplemente con fines electorales.

Hay un tipo de prácticas de corrupción bastante generalizadas, que han dado lugar a algunos debates en otros países. Para introducir de manera provocativa el problema puede servir la siguiente expresión de un autor británico: “Sólo hay una cosa peor que una burocracia lenta, anacrónica y deshonesta; es una burocracia lenta, anacrónica y honesta”. Esta suerte de aforismo manifiesta la resignada convicción de que es inevitable la tolerancia de un cierto grado de corrupción para agilizar y hacer más eficiente la pesada burocracia estatal, poniéndola a tono con la dinámica de la sociedad civil, del mercado y de la economía actual. Esta clase de incentivos se consideran a veces inevitables para la modernización del Estado y para destrabar los impedimentos burocráticos que bloquean las innovaciones, las inversiones y el desarrollo. En esta línea de pensamiento se ha llegado a sostener que es preciso despenalizar dichos incentivos económicos de los funcionarios públicos y abandonar incluso el lenguaje de la *corrupción* con su fuerte carga moral condenatoria, como un lenguaje anacrónico. El político francés Jean-Marie Guéhenno, en el marco de su teoría sobre del fin del Estado y del sentido moderno de lo público político, describe al funcionario actual como un profesional que se ve a sí mismo cada vez menos como encargado de hacer valer un interés público difuso e inhallable, por encima de los grupos particulares, y cada vez más como una especie de ingeniero social que tiene que disponer de una amplia y compleja red de informaciones y de relaciones vinculantes de múltiples intereses privados con el Estado, y actúa como mediador entre los diferentes sectores sociales y eco-

nómicos, y como facilitador del juego competitivo entre todos ellos. En dichas redes relacionales de los intereses privados y del Estado, que conectan los laberintos de las organizaciones y agilizan su funcionamiento, se producen inevitablemente “los imperceptibles deslizamientos por los que se pasa del contacto a la dependencia, de la información a la influencia”.

Ahora bien, en la medida en que la administración pública se dedica ahora a prestar servicios a los actores privados de la sociedad civil y a facilitar las condiciones para su desenvolvimiento, “no es anormal en una economía de mercado que estos servicios sean remunerados por los propios interesados [...] A partir del momento en que la administración ya no aparece como expresión de una voluntad colectiva distinta de la multitud de intereses privados, sino como una simple prestataria de servicios, el *interesar* personalmente a los funcionarios en los resultados podría presentarse como una buena estrategia para incrementar la eficiencia del Estado y como una forma de modernización de las rezagadas remuneraciones de la función pública” que el Estado ya no está en condiciones de actualizar adecuadamente. “En caso contrario, el funcionario que disponga de una buena red, trasladará esa red mediante una fuerte remuneración, a la sociedad privada que finalmente lo contrate [...] De hecho nuestro rechazo instintivo de la corrupción es todo lo que queda de otro mundo, en vías de desaparición, en el que se creía en la independencia de la esfera política”.²⁶ Menciono este tipo de pensamiento porque, siguiendo estos planteamientos posmodernos parece que el problema de la corrupción podría tener una solución diferente, a saber: su blanqueo e institucionalización como manifestación o avance del proceso de la privatización del Estado. En las épocas anteriores a la consolidación del Estado moderno (o en el antiguo régimen) el interés público no se diferenciaba del interés privado de los gobernantes, por ejemplo de la casa o de la familia reinante. Por eso no se hablaba de corrupción y no tenía sentido hablar de ella. Con el liberalismo se estableció en la modernidad una separación tajante entre lo público y lo privado. En el Estado neoliberal posmoderno parece existir la tendencia a un retorno a la situación anterior al Estado moderno. De hecho, se dice, en la mayoría de los países centrales los mencionados incentivos privados de los funcionarios, dentro de ciertos límites, constituyen una práctica tolerada e instituida (aunque no esté todavía formalmente institucionalizada).²⁷ Si esta tendencia se consolida, la teoría de Guéhenno se vería confirmada. Nosotros seguimos apostando por una teoría que está en abierta polémica con esa, y que

²⁶ Jean-Marie Guéhenno, *El fin de la democracia. La crisis política y las nuevas reglas de juego*, Barcelona, 1995, pp. 115-117.

²⁷ A diferencia del antiguo régimen feudal, sin embargo, el Estado posmoderno sería el espacio de negociación entre los múltiples y diversos actores sociales que compiten por sus intereses y, en el contexto de las actuales sociedades complejas, no podría volver a convertirse en el patrimonio de una sola familia, ni de una aristocracia o de una clase social.

sostiene la necesidad de la reconstrucción del sentido de lo público político y del fortalecimiento del Estado. Pero quizás no es viable en el contexto contemporáneo la vieja idea de la soberanía interna y externa, conforme a la cual el poder político debía tomar sus decisiones de manera absolutamente autónoma, y los funcionarios podían disponer desde el Estado de toda la información para la deliberación y la toma de decisiones racionales. No es bueno por lo tanto encubrir ideológicamente, o rechazar de manera dogmática, sin un análisis objetivo, los argumentos de teorías como la esbozada, las cuales, en confrontación con los hechos, no carecen de toda verosimilitud.

Otro tipo semejante de argumentos justificatorios de acciones o políticas que ahora podrían encuadrarse en la figura de la corrupción, aunque no se habla normalmente en estos términos con respecto a ellas, se había planteado ya muchas veces en la historia desde el otro lado, desde el lado de la utilidad general del otorgamiento, por parte de la Administración, de privilegios y franquicias especiales que facilitaban o legalizaban cierto tipo de negociados, como política de Estado para atraer las inversiones de capitales externos, y especialmente para fomentar la formación de capitales propios del país, o de una burguesía nacional.

Quiero aludir finalmente a una situación diferente y más típica del problema de las manos sucias, que se plantea dentro de la propia esfera política, en la competencia entre los partidos. ¿Qué debiéramos decirle a un candidato, que es un hombre bueno, con escrúpulos morales, si nos consulta porque él se plantea como un problema de conciencia el dilema de aceptar, o no aceptar, las ofertas de fuertes contribuciones de grupos de intereses económicos para su campaña, las cuales conllevan el pacto de una contraprestación inmoral, como la promesa de paralizar las investigaciones sobre la evasión impositiva de las empresas del grupo y la impunidad para seguir operando en las mismas condiciones? Supongamos que nuestro candidato sabe, aunque no podría probarlo en una denuncia pública, o ante un juez, que el candidato del partido de la competencia es un hombre inmoral y sin escrúpulos que ya ha arreglado con el mismo grupo económico, pero además está en negociaciones con otros capitales más sucios provenientes del lavado de dinero del narcotráfico, del tráfico de armas, etc., de tal manera que el rechazo de la oferta mencionada por parte del candidato bueno para no entrar en el juego sucio, lo pondría en una desventaja competitiva tan grande que lo condenaría a la segura derrota en las elecciones, y con ello dejaría prácticamente al país en manos de las mafias internacionales que operan con el otro candidato. El dilema no está exento de tragicidad. Nuestro político tiene que elegir entre las condiciones de su triunfo político que le permitiría salvar a toda la sociedad de caer bajo un poder siniestro, aunque violando él como persona un principio moral, ensuciándose las manos, y exponiéndose con esto a la sospecha, o a la condena moral pública como corrupto. Podrá argumentar que el acto inmoral cometido es un mal menor y que no tenía

otra alternativa, pero esto no cambia la naturaleza inmoral de su acción. La otra opción es salvar su honorabilidad moral, denunciar el intento de soborno, por lo cual será elogiado como un hombre recto e incorruptible; pero deberá sufrir al mismo tiempo la derrota política o renunciar a la candidatura para conservar las manos limpias, cargando con la conciencia de culpa por no haber asumido su responsabilidad, y no haber evitado los males quizás gravísimos en los que habrá caído toda la sociedad, pudiendo haberlo evitado. En esta alternativa habría cuidado más su prestigio personal y su honorabilidad moral que el bien común. Si todas las personas rectas fueran incorruptibles e hicieran lo mismo, entonces estarían dejando libre el espacio de la política para los inmorales; pero si entran en el juego ya no se diferenciarán de ellos, porque es probable que este mal menor, cuando se ha abierto la puerta a lo inmoral, se transforme también muy pronto inevitablemente en el mal mayor.

Yo creo que no hay un principio ético, o una fórmula, que permita resolver este tipo de problemas o de dilemas morales con los que pueden verse enfrentados, inevitablemente, el político y el funcionario público, porque se trata de conflictos de valores y de normas: cualquiera de las opciones mencionadas tiene un lado moralmente reprochable. Aquí solamente podemos apelar a la prudencia o a la *phrónesis* del propio actor moral, que ha de sopesar todos los pro y los contra en la situación concreta de acción, como recomendaba Aristóteles. En las situaciones particulares y especiales de la *praxis* ya no hay principios generales que puedan resolver las perplejidades de la decisión moral, y el propio sujeto de la acción tiene que asumir el riesgo y la culpabilidad de sus actos. Solamente podemos decir que este tipo de dilemas morales son casos construidos, estilizados y abstractos. Las situaciones reales son mucho más complejas y, por lo general, ofrecen otros elementos a tener en cuenta que pueden coadyuvar a tomar una decisión responsable. Estas situaciones pueden evitarse además, en alguna medida, mediante adecuadas reglas de juego; en el caso dado como ejemplo, transparentando el financiamiento de la actividad política y limitando estrictamente los gastos de campaña, como se ha intentado recientemente. Pero sería ingenuo pensar que tales controles van a erradicar este problema moral de la política.

6. ÉTICA Y DEMOCRACIA

Puede pensarse que algunos de los problemas éticos de la acción pública que he enunciado son problemas teóricos, que no se plantean en la realidad, o que tienen una forma de solución adecuada dentro de los procedimientos de la democracia. Si se tiene en cuenta el concepto positivo de la moral social, del cual he partido en el capítulo 3, parece que los procedimientos democráticos de la búsqueda de consenso social, por lo menos mayoritario, para la toma de las decisiones

colectivas, permite legitimar políticamente las decisiones y políticas de interés público, aunque estas sean de dudosa moralidad. Esta legitimación política, democrática, pondría estas decisiones a buen resguardo de todo cuestionamiento moral ulterior. Sin embargo, tengo que decir que la presuposición de que la legitimación democrática resolvería o disolvería los problemas morales de la política y de la función pública, me parece engañosa, e incluso peligrosa por varias razones.

- a) La legitimación política mediante el consenso democrático no cambia en nada la calificación moral de una mala acción: el asesinato es algo tan malo si lo decide y lo ejecuta uno, como si lo hace una multitud. La discriminación racial, sexual o religiosa, la injusticia, las lesiones a la inviolabilidad de las personas, como es el uso o la instrumentalización de los individuos para determinados fines colectivos, la violación de la autonomía y de las libertades individuales, etc., no se transforman en algo bueno por el hecho de realizarse con el respaldo de una mayoría política. Este es más bien, precisamente, uno de los peligros de desviación de la democracia y de su transformación en dictadura de las mayorías, o del autoritarismo de un partido hegemónico. Aquí volvemos a encontrarnos con el límite o la insuficiencia de la moral positiva de la sociedad y tenemos que trabajar con una teoría ética que nos ayude a fundamentar el juicio crítico (moral crítica). Porque es posible que una sociedad, o una opinión pública mayoritaria, quizás manipulada, atemorizada o cegada por algún fuerte sentimiento colectivo, justifique en un determinado momento ciertos crímenes políticos y violaciones a los principios éticos más elementales, o a los derechos humanos, sin experimentar la esperada indignación ni reaccionar mediante la condena moral de los ejecutores de estas violaciones. En estos casos la reflexión moral crítica debería hablar de una falla moral colectiva. Pero este lenguaje y la condena moral de tales crímenes políticos presupone que la reflexión moral crítica, o la ética filosófica, han podido alcanzar otros fundamentos de los criterios morales, que son independientes de la aprobación o desaprobación de la sociedad en un determinado momento histórico, y que permite pronunciar juicios morales externos sobre las pautas aceptadas y practicadas por la mayoría o por todo un grupo social. Yo personalmente participo de la creencia de muchos filósofos contemporáneos que sostienen con buenos argumentos la posibilidad de una fundamentación racional de los principios morales básicos y de los derechos humanos como principios universalmente válidos, es decir, que su validez moral y racional no es dependiente de los consensos fácticos históricamente vigentes en los diferentes contextos socioculturales.

Carlos Nino ha escrito que el reconocimiento de ciertos derechos individuales que se desprenden de los derechos humanos en cuanto derechos morales, como el principio de inviolabilidad de la persona, “no sólo implica lógicamente la limitación de la persecución de objetivos colectivos en el ámbito de aplicación de aquellos derechos, sino que implica además limitar en ese mismo ámbito el procedimiento de decisión mayoritaria característico del sistema democrático”.²⁸ No se puede no estar de acuerdo con el contenido sustantivo de esta afirmación, aunque es preciso corregir la formulación del autor, por cuanto los derechos humanos no limitan el procedimiento democrático, sino que son sus presupuestos. Un sistema político que viola los derechos humanos no puede ser democrático porque el funcionamiento del procedimiento de legitimación de las decisiones en la democracia, que es la libre formación de la opinión pública y el debate sin restricciones en el espacio público, solamente pueden funcionar si se respetan los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos.

No quiero abundar sin embargo ahora en esta discusión filosófica, porque nos llevaría muy lejos de nuestro tema específico de hoy.²⁹ Les propongo dejar por lo tanto este problema abierto, con la sola advertencia de que el concepto antropológico, etnográfico y sociológico de la ética se encuentra aquí con su propio límite, y si negamos toda otra fundamentación diferente de los principios morales tenemos que estar dispuestos a admitir la posición de algunos pensadores contemporáneos como Richard Rorty, quien sostiene la tesis de la prioridad de la democracia sobre la ética y, en general, sobre la filosofía. Es decir que el consenso democrático es el criterio último de moralidad y que carecemos entonces de todo criterio externo para juzgar si nuestra sociedad es moral o inmoral. Yo no acepto este postulado porque me resulta muy claro que las democracias reales o existentes tienen muchas y enormes deficiencias políticas y morales, y al pensar críticamente sobre estas democracias estoy ya haciendo uso de criterios políticos y éticos externos para poder juzgar sus males actuales. Además creo que estos criterios se pueden fundamentar correctamente. Hay incluso diversas teorías filosóficas que ofrecen fundamentaciones diferentes, algunas de ellas complementarias, como hemos visto. Lo que quizás podría concederle a Rorty es que si pensamos en una *democracia ideal*, igualitaria, plenamente participativa, justa, racional y transparente, en estas hipotéticas condiciones la legitimación política de las decisiones colectivas mediante los procedimientos democráticos no debería diferir del juicio moral, éticamente justificado, de las decisiones públicas, porque una sociedad que

²⁸ Carlos Nino, *Etica y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984, p. 127.

²⁹ El tema “ética y democracia” es muy amplio y no puedo tratarlo aquí de manera sistemática, limitándome a algunas observaciones puntuales vinculadas con el asunto de este capítulo. Para ampliar mi punto de vista sobre este tema, cf. K.-O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Michelini, *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991; también: J. De Zan, 1993, *Libertad...*, o. cit., especialmente cap. IV, V y VI.

realizara de esta manera la idea de la democracia sería una comunidad plenamente moral, que se rige y elabora las decisiones políticas mediante el procedimiento normativo del discurso moral.

b) La legitimidad democrática, incluso en condiciones ideales, no elimina la responsabilidad moral y política personal de los funcionarios, porque sus decisiones concretas en el ejercicio de la función no pueden pasar muchas veces por el procedimiento democrático de la legitimación previa mediante la discusión pública. Esto no se debe solamente a la imposibilidad práctica de la democracia directa en las grandes sociedades complejas contemporáneas, sino también a la naturaleza misma de las cuestiones de decisión política, que no permitirían este procedimiento aunque fuera posible. El ejemplo más claro que suele darse es el de las decisiones de estrategia militar en situaciones de conflicto. La exigencia de discusión pública previa de las alternativas posibles para estas graves decisiones haría simplemente imposible toda estrategia militar porque también el enemigo se enteraría de todos los pasos que pensamos seguir. La reserva de los planes de acción y de las negociaciones para la toma de decisiones es naturalmente indispensable no solamente en la estrategia militar sino también, por ejemplo, en la diplomacia, y en muchas decisiones económico-financieras y de política general. Si el gobierno quisiera someter al debate de la opinión pública la conveniencia o no de una devaluación de la moneda en una determinada coyuntura, es claro que la sola propuesta de este debate produciría de hecho la devaluación porque los operadores del mercado se pondrían inmediatamente a cubierto. Esta circunstancia de que las decisiones las deban tomar unos pocos, mediante deliberaciones reservadas, no está en contra del principio de la democracia siempre que la facultad para este tipo de decisiones no democráticas hayan sido expresamente delegadas a los funcionarios responsables mediante procedimientos democráticos, como es el caso de las decisiones de los jurados, o de los jueces, pero siempre que se preserve el principio de la responsabilidad y las instancias ulteriores de revisión y enjuiciamiento.³⁰

Existe por cierto una relación interna esencial entre el principio de una ética discursiva y el núcleo del principio de la democracia. Esto permite apoyar mediante el principio del discurso determinaciones de la teoría de la democracia deliberativa, como las que han sido desarrolladas por Habermas, por ejemplo: la

³⁰ Robert Dahl, *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía vs. control*, México, 1991; J. De Zan, o. cit., 1993, pp. 213-222.

presuposición recíproca de la autonomía privada y de la autonomía pública de los ciudadanos; la idea de que los ciudadanos son, al mismo tiempo, los autores de las leyes a las que se someten (o son sujetos y objetos de la legislación democrática); la interpretación de los debates de los órganos representativos de la democracia (Parlamento) ante todo como realización política de discursos argumentativos y, recién en segunda instancia, como negociaciones reguladas mediante normas discursivas y jurídicas; y el concepto de que, por lo tanto, los partidos políticos no se pueden concebir y legitimar como meras “facciones” (en el sentido antiguo) de una lucha estratégica que canaliza la inevitable “discordia” constitutiva de lo político, sino como instancias necesarias de la formación de la opinión pública y de representación de los diversos intereses en juego en una sociedad pluralista. Pero es necesario marcar al mismo tiempo la autonomía y las diferencias de la política y de la ética.³¹

En *La actual situación histórico-cultural del parlamentarismo* (1923) había ridiculizado C. Schmitt la idea de la democracia parlamentaria como “gobierno a través de la discusión”, o de “la deliberación pública de argumentos y contraargumentos”. En el “Prefacio” a la edición de 1926 de este libro define con gran claridad el concepto de la discusión como procedimiento para encontrar la solución verdadera o justa a los problemas y para la toma de decisiones en la democracia parlamentaria, contraponiéndola con toda precisión a la negociación de intereses: “El parlamento sólo será real en la medida en que la discusión pública sea tomada en serio y llevada a cabo. Discusión posee en este respecto un sentido especial, y no significa simplemente negociar [...] Es preciso no diluir los conceptos ni hacer caso omiso de lo específico de la discusión. La discusión significa un intercambio de opiniones; está determinada por el objetivo de convencer al adversario, con argumentos racionales, de lo verdadero y lo correcto, o bien dejarse convencer por lo verdadero y lo correcto [...] Lo característico del concepto de las constituciones representativas es que las leyes se generan a partir del intercambio de opiniones (y no de la negociación de intereses)”.³²

Planteadas así las cosas le resulta muy fácil al citado autor mostrar que semejante concepción de la democracia es un idealismo tan ingenuo y alejado de la realidad y del concepto de lo político, que es preciso despedirse de él. La falacia schmittiana comienza con la forma como presenta la dicotomía de la “discusión” y la “negociación” como contradictorias y excluyentes. Toda negociación política, en el marco del Estado de derecho, se desarrolla dentro de ciertos marcos regulativos que establecen condiciones de justicia que no están sujetas a la negociación,

³¹ Cf. K.-O. Apel, *Auseinandersetzung*, Fráncfort, pp. 727 y ss.

³² Carl Schmitt, *Sobre el Parlamentarismo*, Tecnos, 1990, pp. 7-8.

sino que presuponen un consenso básico legitimado mediante el discurso. Habermas ha propuesto en *Fcticidad y validez* una nueva definición de lo que entiende por “discurso racional”, que me parece significativa para esta discusión: “Discurso racional quiere decir cualquier intento de llegar a un entendimiento acerca de pretensiones de validez problemáticas, en tanto tiene lugar bajo las condiciones comunicativas de un espacio público constituido mediante compromisos ilocucionarios que hacen posible el libre procesamiento de temas y contribuciones, informaciones y fundamentaciones. La expresión ‘discurso racional’ comprende también indirectamente a las negociaciones (*Verhandlungen*), en tanto éstas están reguladas mediante procedimientos justificados de manera discursiva” (Habermas, 1992, p. 138). Al margen de todo marco procedural ético-jurídico la negociación es imposible, o se transformaría en un juego de fuerzas que tiende lógicamente a la eliminación política del adversario y degenera finalmente en la violencia, o en la oposición amigo-enemigo que es, para Schmitt, definitoria del concepto mismo de lo político. La concepción schmittiana de lo político es por lo tanto incompatible con el pluralismo democrático.

La otra falacia estratégicamente construida por C. Schmitt para facilitarse la tarea de la persuasión sobre la inviabilidad de la democracia representativa se delata cuando da por cierto que la idea de la democracia excluye de la política las confrontaciones de intereses. Como han mostrado tanto Habermas como Rawls y el propio Apel, los discursos prácticos de la esfera política están siempre referidos a intereses (sean estos intereses generalizables o no generalizables y potencialmente conflictivos). Aun cuando se buscan criterios imparciales de justicia que puedan acordarse mediante el discurso ético-político y jurídico, se trata de las condiciones de justicia dentro de las cuales cada uno puede perseguir y negociar sus propios intereses particulares. Esta crítica radical de la democracia liberal de C. Schmitt se basa por lo tanto en ciertas simplificaciones (o confusiones deliberadas) que solamente destruyen un constructo estilizado y diseñado a tal efecto por ella misma.

7. SOBRE LA MORALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS PARLAMENTARIOS

Si bien este punto está referido específicamente a una clase particular de funcionario público, el legislador, considero que las observaciones realizadas y los criterios propuestos son de validez general para la ética de la función pública, aunque se apliquen de maneras diferentes en los distintos sectores. John Rawls, uno de los más reconocidos filósofos norteamericanos actuales, especialmente en este campo de la ética de la política y del derecho, sostiene que “el legislador racional deberá votar según su opinión en lo tocante a las leyes y políticas que concuerden mejor con los principios de justicia” (J. Rawls, 1971). Esa idea general es

inobjetable, pero poco útil en la práctica. En una primera lectura parece que Rawls reclama para el legislador una facultad discrecional para votar las leyes según su opinión y su conciencia, independientemente de los deseos o preferencias de los electores a quienes él representa, y también con independencia de la opinión y los argumentos de los otros legisladores que representan a otros partidos o sectores sociales. El único criterio que se le impone y que limitaría su discrecionalidad es el de los principios de justicia. Pero en la mayoría de los casos este es precisamente el problema: aunque uno cuente con unos principios de justicia formulados con mucha precisión y bien fundamentados, como los de Rawls, no es posible un juicio inmediato acerca de lo que es justo y lo que es injusto, o de lo que es más o menos justo en las diferentes esferas de la vida social (M. Walzer). Las leyes impositivas o arancelarias, las normas de seguridad social, las reglamentaciones para la protección laboral y su flexibilización para facilitar la creación de más puestos de trabajo, etc., en general las políticas que incumben al bienestar y al desarrollo económico y a los derechos individuales plantean cuestiones de equidad, benefician a unos pero perjudican a otros, de tal manera que raramente vez es posible deducir directamente de la idea de justicia la solución más equitativa.

Frente a estas dificultades con las que se enfrentan en su trabajo cotidiano los legisladores, las cuales se ven agravadas cuando deben resolver en situaciones de conflicto, D. Thompson discute tres teorías igualmente insatisfactorias: 1) La ética minimalista, que es la versión más común y superficial de la ética legislativa, la cual se preocupa solamente de la honestidad personal del legislador y de la condena moral de los actos legislativos que se orientan por el interés personal o el beneficio económico de sus familiares y amigos. Ya me he referido más arriba a la insuficiencia e inadecuación de la moralidad personal para la orientación y el juicio moral del funcionario público. 2) La ética funcionalista se concentra en el vínculo de la representación del legislador con sus electores y en su lealtad al partido por el cual ha accedido a su banca. Al enfatizar la fuerza vinculante de estos condicionamientos del papel de representante se plantea un conflicto con el principio de la autonomía moral e intelectual de la persona del legislador. Se tiene que discutir además si la decisión debe atender solamente a las preferencias y deseos inmediatos de los representados, de manera literal, o si el representante debe juzgar por sí mismo lo que mejor favorece a largo plazo a los intereses que él representa. Pero el problema mayor de esta teoría es que olvida la idea del bien común que obliga a tener en consideración al mismo tiempo los intereses de otros grupos, sectores y regiones, incluso de los grupos que han votado en contra del legislador, también los intereses de los grupos marginados de la sociedad que no están representados, y el bien general del conjunto o de la sociedad como un todo que no es igual a la mera suma de las partes. 3) Finalmente está la ética racionalista, dentro de la cual sitúa D. Thompson a la teoría de la justicia de Rawls, la cual

presupone que es posible *deducir* la solución equitativa de los conflictos a partir de los principios generales de justicia (cf. D. Thompson, 1999, pp. 146-169). Cada una de estas tres teorías éticas mencionadas destacan aspectos parciales, por cierto relevantes, pero ignoran los otros. Pero la deficiencia fundamental de estas tres concepciones es que no tienen adecuadamente en cuenta la naturaleza misma de la institución parlamentaria como instituto del debate público, creado para la búsqueda de los consensos colectivos mediante la discusión. Para centrar el planteo de una ética de la función legislativa en la democracia es preciso partir del fundamento de la existencia y la legitimidad del Parlamento como el espacio institucional del debate político en el que los legisladores deben interactuar entre sí y con los ciudadanos a quienes representan.

Si empleamos el lenguaje de las teorías contractualistas de la sociedad puede decirse que los legisladores tienen un pacto o un contrato político con sus electores y con el partido que los ha llevado a su banca. La lealtad a los pactos políticos no carece de relevancia moral y obliga al legislador a la defensa de los intereses que representa.³³ Pero cuando se trata de sancionar leyes que afectarán a todos los ciudadanos, la racionalidad y la moralidad de las decisiones legislativas exige al mismo tiempo el respeto de los intereses legítimos de terceros y la elaboración de medidas equitativas que puedan obtener, en la medida de lo posible, el consenso de todos los afectados por tales decisiones. Los pactos electorales con la franja de los votantes y los compromisos en el interior de las parcialidades políticas, o de los partidos, no deben interpretarse como mandatos rígidos sino que facultan al legislador para la representación en el proceso de la construcción de los consensos nacionales más amplios e incluyentes de todas las partes. El pacto social general y fundamental que sostiene el orden jurídico-político, el interés público general, no está dado de antemano ni surge de la imposición de los intereses de una parcialidad como universalizables, sino que debe construirse en un debate en el que se escuchen y puedan hacerse valer los argumentos de todas las partes. Esta es la razón de ser del Parlamento y el proceso legislativo debe buscar a través del diálogo la reconstrucción de los consensos fundantes de la vida en común. En este proceso deliberativo se deberá buscar ante todo el esclarecimiento y el acuerdo

³³ Estos argumentos fueron escritos originariamente en una serie de artículos que publiqué en el diario *El Litoral* de Santa Fe (1994) mientras se desarrollaba aquí la Convención Constituyente, en los que cuestionaba los condicionamientos y limitaciones que el Pacto de Olivos impuso al debate de la Asamblea, la cual debía votar el llamado Núcleo de Coincidencias Básicas del pacto entre los partidos mayoritarios, como un paquete cerrado. En el propio reglamento de la Asamblea se establecía que las cláusulas del NBC no se podían discutir, ni revisar, ni enmendar. El juez federal Dr. H. Dalla Fontana me pidió el acuerdo para recoger y citar mis argumentos como fundamento de su decisión de hacer lugar al recurso de Chacho Alvarez y otros constituyentes contra esa restricción del reglamento, pero dicho juez fue apartado de la causa antes de firmar su resolución. Posteriormente recogí aquellos artículos en J. De Zan, "Poder, pactos políticos y procedimientos democráticos", D. Picotti (comp.), *Pensar desde América Latina*, Catálogos, Buenos Aires, 1995, pp. 265-278.

racional acerca de las cuestiones básicas de justicia que interesan a todos por igual. Las cuestiones básicas de justicia y los derechos humanos fundamentales no son negociables. Pero la materia de las controversias parlamentarias giran la mayor parte de las veces sobre intereses no universalizables y conflictivos de los sectores sociales y políticos, en cuyo caso es preciso encontrar soluciones de compromiso mediante negociaciones en las cuales cada una de las partes deberá ceder algo de sus pretensiones para hacerlas compatibles con los intereses particulares de los demás.

Si se admite esta idea general del significado de la función parlamentaria, entonces se tiene que cuestionar desde el punto de vista moral la práctica de los bloques de llevar al debate plenario (e incluso ya a las comisiones) posiciones cerradas e incorregibles, con lo cual la discusión en el recinto se transforma en una parodia porque la votación ya está decidida y resuelta de antemano en la parcialidad de cada bloque. El cuestionamiento que quiero plantear no es solamente moral, sino ante todo epistémico. Porque, *¿cómo pueden estar seguros* los propios representantes de la mayoría que las posiciones resueltas en las reuniones privadas del bloque no lesionan derechos o intereses legítimos de terceros; que no contienen condiciones inaceptables para las partes excluidas de su parcialidad política; que su aplicación no tendrá consecuencias indeseables o contrarias al bien común? *¿Cómo saben y cómo pueden probar* cada uno de los partidos la pretensión de verdad de las presuposiciones fácticas de sus criterios normativos, o de que han tenido en cuenta todos los hechos y las circunstancias relevantes para decidir las cláusulas de una ley? El partido no puede considerarse por cierto como el único dueño de la verdad infalible. Semejante dogmatismo sería a todas luces inaceptable. Y más allá de estas cuestiones criteriológicas o epistemológicas, es claro que los miembros de un bloque, al acordar determinadas posiciones a sostener en el recinto, lo hacen en el mejor de los casos en función de los intereses del propio partido y de sus votantes, lo cual no puede considerarse por sí mismo reprochable, siempre que se hayan respetado al mismo tiempo los principios de justicia y el criterio superior del bien común. Pero, *¿cómo pueden verificar o justificar* que se han cumplido estos requisitos de racionalidad y legitimidad sin haber escuchado todavía los posibles argumentos de las otras partes?

En la sociedad moderna, y en la ciencia misma, el único procedimiento de justificación que puede resolver razonablemente este tipo de preguntas es el procedimiento del discurso, que consiste en exponer las cláusulas que uno presupone correctas al riesgo de la discusión pública, libre y abierta a todos, en condiciones de igualdad, de tal manera que se imponga sólo la fuerza de los mejores argumentos, como lo ha mostrado J. Habermas. Nuestras pretensiones de verdad y de justicia se pueden aceptar como racionalmente justificadas solamente en la medida en que se han podido encontrar argumentos válidos para sostenerlas frente a todas las críticas y objeciones que se pudieran plantear en un proceso de discurso de este

tipo. Mientras no hayamos arriesgado nuestra pretensión de validez en el discurso tenemos solamente, a lo sumo, una *pretensión*, o una creencia *privada*, pero no se ha fundado todavía su validez pública. Y si somos autocríticos y honestos, mientras nuestras pretensiones no hayan pasado con éxito, o no hayan “sobrevivido”, como escribe Popper, a esta prueba del diálogo crítico, no podemos *saber* en rigor ni siquiera nosotros mismos si nuestras creencias privadas son verdaderas o falsas. Por eso cuando alguien, o un grupo, pretende imponer la validez pública de verdades o de normas, pero no acepta someterlas al procedimiento de la discusión, es decir, de la falsación o de la justificación racional abierta sin restricciones, no cabe ya solamente la duda, sino la fundada *sospecha* de que en ello se encubre algo de irracional o injusto. Y aunque así no fuera, aunque el contenido fuera hipotéticamente correcto, el procedimiento excluyente de la libre discusión pública no permite saberlo.

Las estrategias para proteger unas cláusulas de la libre discusión, y de posibles enmiendas que se demuestren como razonables y fundadas mediante el proceso del discurso argumentativo, ya sean cláusulas filosóficas, científicas o legislativas, les restan toda validez pública y, si se trata de normas, toda legitimidad moral. Si admitiéramos este tipo de estrategias que pretenden resguardar o inmunizar frente al debate y la crítica racional determinadas cláusulas o pactos privados celebrados entre algunos, pero que pretenden validez pública, para todos, estaríamos reabriendo el camino a la confusión del derecho con los privilegios y la injusticia institucionalizada. Este es, por otro lado, el camino de los totalitarismos modernos que, como lo ha puesto de relieve Hannah Arendt, no han suprimido las votaciones, han contado con fuertes mayorías, pero lo que han suprimido es la libertad de la oposición, del debate público, del diálogo crítico y la posibilidad de la expresión de una opinión independiente en condiciones de cuestionar las decisiones del poder. No quiero insinuar que estemos frente a una dictadura de la mayoría, que suele ser la peor forma de las tiranías. Por el contrario, me parece que los argentinos venimos avanzando de manera auspiciosa en el camino de la democracia, y creo en la vocación sinceramente democrática de la mayoría de nuestros políticos, pero tampoco estamos inmunes ante la acechanza de las regresiones.

En la democracia el único procedimiento aceptable para construir y legitimar normas es el diálogo, o el discurso público, abierto a todos los que forman parte del *demos*, directamente, o a través de sus representantes. Cuando las normas son impuestas sin haber pasado por el procedimiento constructivo del diálogo democrático sin exclusiones, estamos frente a situaciones autoritarias, o actos de fuerza, que privan a tales decisiones de legitimidad moral, no importa cual sea la fuerza que se emplee para esta imposición, si la fuerza del número, del decreto, o la fuerza de un gobierno de facto.

El principio esencial de la legitimidad democrática está dado por el procedimiento de la construcción de las normas y decisiones colectivas mediante el discurso público, el cual ha de estar abierto a la participación igualitaria, sin restricciones; debe atender las razones e intereses legítimos de todos los que forman el *demos*, y debe estar regido por los principios de justicia como imparcialidad, en el sentido de J. Rawls. El principio de la mayoría, en cambio, sólo se aplica directamente para la elección del gobierno y de los representantes del pueblo. En los órganos parlamentarios, para la elaboración de las normas generales, este principio de la mayoría es subsidiario, se justifica solamente como un “sucedáneo”, según la expresión C. Nino, deficiente desde el punto de vista de la racionalidad, aunque pragmáticamente necesario cuando no se ha podido llegar a un consenso racional debidamente fundado en el tiempo requerido para la toma de las decisiones. Pero cuando el principio de la mayoría se impone de tal manera que elimina o sustituye la búsqueda cooperativa de la verdad, de la justicia y la construcción del consenso por medio del diálogo, se lo está utilizando de manera ilegítima. La decisión por el voto de la mayoría solamente se legitima cuando se ha buscado primero el acuerdo razonado y se ha agotado la discusión sin poder encontrar argumentos adecuados para resolver de manera racional los disensos.³⁴

Esta es la finalidad y la tarea de los parlamentos, las asambleas y las convenciones deliberativas, como lo dice su nombre. Pero si en lugar de deliberar y debatir se limitan a imponer la ley del número, entonces tales órganos pierden su razón de ser y se tornan superfluos. La democracia los necesita sin embargo porque constituyen el lugar, o la institucionalización del discurso racional democrático, en el que se debe hacer valer en serio solamente la fuerza de los argumentos; en el que se deben escuchar e incorporar efectivamente en las decisiones los puntos de vista de las minorías, toda vez que estén fundados en razones válidas, y se deben respetar y atender en las decisiones los intereses legítimos de todos los sectores de la ciudadanía, defendidos por sus representantes. Son los órganos consociativos de la construcción democrática y racional de los consensos integradores que consolidan y reactualizan la unidad política nacional. El des prestigio, la debilidad y la profunda crisis de representatividad de estas instituciones fundamentales del discurso democrático tiene múltiples causas, pero me parece que, entre ellas, la principal es que se han transformado en un lugar de mera validación de los intereses más fuertes, de las instrucciones del Poder Ejecutivo, o de oscuras transacciones y juegos de poder y de intereses de los partidos, lo cual contribuye por lo tanto de manera especial a profundizar la crisis de credibilidad y

³⁴ Para una fundamentación más amplia de estos puntos de vista, cf. mi libro: J. De Zan, 1993.

el juicio negativo de la gente. Esta deformación es precisamente la que, según los análisis de Norberto Bobbio, tornó incierto en este fin de siglo el futuro de la democracia.³⁵

8. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ÉTICA JUDICIAL

El lector podrá experimentar quizás una decepción de sus expectativas al final de este capítulo, porque no he hecho aquí el elogio del *ethos* del hombre público y de la virtud que debe distinguir al político, al funcionario y al juez. El imaginario colectivo parece exigir, a los funcionarios públicos, ante todo, la ética. Como si la ética fuera lo que habilita para esta función. No voy a minimizar de ninguna manera la importancia de la calidad moral del funcionario público. Pero está claro que esta cualidad es igualmente exigible para todas las profesiones y para la vida humana en general, y no hay ninguna profesión cuya habilitación pueda definirse por su contenido ético. La ética no es por cierto ninguna profesión particular, ni siquiera la de los profesores de ética, pero debe regirlas a todas. En el caso de las profesiones que tienen a su cuidado bienes sociales generales, como la salud, la justicia, la educación, etc., hay sin embargo algunas exigencias morales que son especialmente relevantes, y que propongo aquí sintetizar con tres palabras: *honestidad, competencia, responsabilidad*. 1) La honestidad profesional en general se vincula con los fines de la actividad, que debe orientarse ante todo al bien intrínseco a la propia la práctica, y no hacer de la práctica profesional un mero medio para la obtención de otros fines, como dinero, fama o poder. b) La competencia profesional requiere el conocimiento de la ciencia pertinente para el respectivo campo de acción, la pericia en el manejo de los instrumentos, de los medios o de las técnicas y la eficiencia del rendimiento de las acciones para el logro de la finalidad propia de la práctica profesional. c) La responsabilidad tiene que ver con la dedicación y la previsión de las consecuencias de las decisiones que se toman en el ejercicio de la profesión.

Me parece que las palabras mencionadas nombran los deberes morales fundamentales del ejercicio de las profesiones sociales, como la del médico, la del político, del educador, o del juez. Y la ética profesional debiera centrarse en el desarrollo de las actitudes y habilidades para satisfacer de manera efectiva estas exigencias. El incumplimiento de las mismas está también, de alguna manera, sancionado por la legislación que protege los derechos de los destinatarios de los servicios profesionales, los mecanismos de inhabilitación profesional y los procesos institucionales de la destitución de los funcionarios públicos. Además de la sanción moral y jurídica, las distintas profesiones tienen otras formas de regulación social,

³⁵ Cf. Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986.

ya sea de tipo *corporativo* o de tipo *competitivo*. Estas últimas regulaciones son importantes porque canalizan el control social y actúan como motivaciones externas para el buen ejercicio de las funciones profesionales. Pienso que el control de los propios usuarios del servicio, como se da en las profesiones liberales competitivas es más eficiente y socialmente útil, porque las instituciones corporativas tienen la tendencia a privilegiar la autoprotección de los profesionales agremiados por sobre la calidad del servicio. En el caso de la función pública, los políticos deben competir en la democracia ante la sociedad global, y su éxito depende de los consensos sociales, de la opinión pública y del veredicto del voto de la ciudadanía cuando se presentan a las elecciones o deben renovar sus mandatos. Creo que sería deseable instrumentar todavía en este caso otros mecanismos permanentes de control ciudadano. Otros sectores de la función pública están quizás menos expuestos a estos controles sociales, y la instrumentación de estos, por ejemplo en la magistratura, es más delicada. Pero creo que deberían buscarse las formas y los canales adecuados para que las fallas de la competencia, la honestidad y la responsabilidad no queden protegidas por coberturas corporativas o institucionales, y no estén exentas de la exposición al enjuiciamiento de los ciudadanos en el espacio público de la democracia.

Hay funciones y actividades dentro del Estado que están más específicamente regladas y acotadas por el marco normativo, o por una cadena jerárquica de mando, como las acciones de los soldados, de la burocracia administrativa y de los jueces; hay otras que están más liberadas a la iniciativa y a la responsabilidad personal, o al arbitrio de la decisión política, como las del poder legislativo y las del poder ejecutivo. A primera vista puede pensarse que las condiciones de estas últimas son más riesgosas, mientras que las primeras serían moralmente más seguras, o estarían más respaldadas y protegidas. Sin embargo las primeras tienen que hacerse cargo también del difícil problema de evaluar en ciertos casos *los límites de la obediencia debida* al orden jurídico, a las reglamentaciones administrativas, o a las órdenes de la superioridad. Este es un problema bien conocido por nosotros, y sobre el cual hay jurisprudencia bastante reciente, a raíz de los juicios a los oficiales comprometidos con las violaciones a los derechos humanos en el último gobierno militar. Creo que la situación de los funcionarios administrativos y de los magistrados es análoga y se puede analizar también con esta categoría de *la obediencia debida a la ley*, aunque la naturaleza de las acciones que son objeto del enjuiciamiento moral en el campo judicial rara vez lleguen a tener el carácter aberrante de las mencionadas. Además, bien es sabido que “todo orden jurídico padece de *indeterminaciones*, generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones, y ellas no pueden ser resueltas sin acudir, directamente, a consideraciones valorativas” (C. Nino, 1984, p. 28).

Las decisiones de los jueces y las acciones que ordenan en el ejercicio de sus facultades no pueden resolverse sin apelar, explícita o implícitamente, a principios

éticos, y sin considerar las consecuencias para los afectados por sus decisiones. Sus actitudes en todo el curso de acción del proceso judicial no permanecen ajenas tampoco a las presiones valorativas y normativas de la moralidad social positiva. Al aplicar una norma (aún suponiendo que la aplicación al caso es formalmente correcta), al obedecerla, e imponer la obediencia de la norma a otras personas, el juez asume un compromiso personal y moral que debiera poder justificar ante su propia conciencia. Una razón importante, que forma parte de esta justificación es, lógicamente, la vigencia y la legitimidad de la ley que está aplicando, pero esta justificación legal necesaria no es, sin embargo suficiente, porque su propia decisión de obedecer la ley y de aplicarla al caso particular, no se puede deducir de la ley misma. Aún el juez que se ha formado en el positivismo jurídico debería poder distinguir y separar la *teoría* sobre el origen y el concepto del derecho positivo de la *praxis* judicial y de su responsabilidad por la justicia o la injusticia de sus propias decisiones y acciones, de las que él tiene que *hacerse cargo* como sujeto moral. Estas decisiones, como todos los actos humanos íntegros, conllevan pretensiones de validez, y principalmente una pretensión de rectitud que implica el juicio del actor y su valoración sobre la moralidad y la justicia de la propia acción. Como he dicho más arriba, este juicio y valoración previa o concomitante a la acción humana suele ser algo intuitivo y no reflexivo en las decisiones cotidianas del *Lebenswelt*, pero las acciones realizadas en función pública *deben* presuponer una deliberación racional explícita que permita *dar cuenta* de la decisión, toda vez que sea requerida, mediante su justificación racional y moral en un discurso público. Las expresiones subrayadas: *hacerse cargo* y *dar cuenta*, resumen el núcleo de la cuestión.³⁶

La aptitud y la competencia para el cumplimiento de estos deberes profesionales requieren una formación especial que va más allá del conocimiento del derecho positivo, y que debiera requerirse a los aspirantes a los cargos de la magistratura. Esta formación incluye no sólo el conocimiento de la filosofía moral, la reflexión sobre sus cuestiones fundamentales y sobre los derechos humanos que se derivan de los principios morales, sino también el estudio de las diferentes propuestas de formulación de estos derechos, de los problemas que se plantean como consecuencia de su elevado nivel de abstracción y de las indeterminaciones que, lógicamente, dejan abiertas. Se requiere además, sobre todo, el desarrollo de la aptitud y de las competencias específicas para la detección y la evaluación de las situaciones que comprometen derechos humanos, y el ejercicio del discurso moral para la formación del juicio y la elección de los procedimientos para el adecuado tratamiento de las situaciones típicas de conflictos del derecho positivo vigente con la moral y los derechos humanos. Estos deberían ser temas permanentes de

³⁶ Cf. M. Cruz, Barcelona, 1999.

reflexión y confrontación de pensamientos entre jueces y juristas, a la búsqueda de criterios objetivos cada vez más sensibles a las exigencias morales, que puedan ser intersubjetivamente reconocidos y consagrados en la jurisprudencia.

Carlos Nino ha sostenido un criterio, que me parece fundamental para la ética judicial, el cual se apoya en dos presupuestos no explicitados que yo formularía en estos términos: cuando una norma legítima, o su aplicación a un determinado caso, entran en conflicto con principios morales y con el reconocimiento de los derechos humanos, los juristas y los jueces deben tener en cuenta a) la jerarquía normativa superior de la ética y de los derechos morales, como los derechos humanos pero, b) al mismo tiempo deben sopesar de manera consecuencialista la gravedad de la lesión moral que acarrearía su aplicación literal, con las consecuencias negativas de la desobediencia a la ley para los valores propios del sistema jurídico legitimado mediante los procedimientos democráticos, como la propia seguridad jurídica. El criterio expuesto por Nino es el siguiente:

Para justificar adecuadamente sus decisiones los jueces deben recurrir, y de hecho lo hacen explícita o implícitamente, a razones justificatorias y principios morales considerados válidos [...] Cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente estaría justificada una norma jurídica —y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ellas— que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen fuera legítimo, y si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquellos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa, o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada [...] Naturalmente, esto no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos. Pero este reconocimiento jurídico, si bien es un paso decisivo para lograr el respeto de estos derechos, no es ni necesario ni suficiente para ello; su ausencia no modifica de ningún modo la ilegitimidad de las normas y las decisiones que los desconozcan, y su presencia no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para establecer los alcances de tales derechos” (C. Nino, 1984, pp. 28-30).

9. APÉNDICE: EL CASO DE UN FUNCIONARIO APEGADO A LA “LEY”

Quiero agregar aquí, como apéndice, el relato de un caso real para pensar la dimensión fundamental de la moralidad del funcionario público: el juicio de Eichmann en Jerusalén, tal como ha sido transmitido e interpretado por un testigo privilegiado que asistió al proceso como reportero. Se trata de Hannah Arendt, una de las mayores filósofas contemporáneas de la ética y la política.³⁷

³⁷ Hannah Arendt, *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona. 1999. La cifras entre paréntesis, sin otro agregado, en el cuerpo de este capítulo, remiten al nº de página del citado libro.

En este libro impresionante muestra Hannah Arendt sobre todo la desproporción enorme que puede haber entre la pequeñez o la mediocridad del sujeto de la acción y la magnitud del mal que la acción humana puede producir, no contra la ley positiva, sino conforme a ella, mediante el meticuloso cumplimiento de sus tareas como funcionario del Estado.

En la pintura de Arendt, Eichmann no era un perverso malvado, sádico y sanguinario. Era en cierto modo un hombre común y “normal”. “Seis psiquiatras habían certificado que Eichmann era un hombre normal. ‘Más normal que yo’ —se dijo que había exclamado uno de ellos— tras pasar por el trance de examinarlo. Otro consideró que los rasgos psicológicos de Eichmann, su actitud hacia su esposa, hijos, padre y madre, hermanos y amigos era ‘no sólo normal sino ejemplar’. Y por último, el religioso que lo visitó regularmente en la prisión declaró que Eichmann era un hombre con ‘ideas muy positivas’ [...] Eichmann tampoco constituía un caso anormal de odio contra los judíos, ni un fanático antisemita, ni tampoco un fanático de cualquier otra doctrina. Según sus propias declaraciones, ‘personalmente’ nunca tuvo nada contra los judíos sino que, al contrario, le asistían muchas razones ‘de carácter privado’ para no odiarlos [...] Pero nadie le creyó. El fiscal no le creyó por razones profesionales, es decir, porque su deber era no creerle. La defensa pasó por alto esas declaraciones [...] Y los jueces tampoco le creyeron, porque eran demasiado rectos, o quizás estaban demasiado convencidos de los conceptos que forman la base de su ministerio, para admitir que una persona ‘normal’, que no era un débil mental, ni un cínico, ni un doctrinario, fuese totalmente incapaz de distinguir el bien del mal” (pp. 46-47). Era más fácil pensar que el acusado mentía que enfrentarse con el absurdo, con la insondable dificultad moral y jurídica de la verdad del caso.

En el “Postscriptum” la autora corrige en cierto sentido, o por lo menos limita el alcance de su juicio de normalidad, porque es claro que, si bien el acusado era psíquicamente normal, moralmente debe considerarse como monstruosamente anormal. “Eichmann no era ningún estúpido. Solamente *la pura y simple reflexión* —que de modo alguno podemos equiparar a la estupidez— fue la que lo predispuso a convertirse en el mayor criminal de su tiempo. Y si esto merece calificarse como banalidad, e incluso puede parecer patético, si ni siquiera con la mejor buena voluntad cabe atribuir a Eichmann una profundidad diabólica, tampoco podemos decir que sea algo normal o común [...] En realidad, una de las lecciones que nos dejó el proceso de Jerusalén fue que tal disociación de la realidad, tal irreflexión (sobre el significado moral de la propia acción) pueden causar más daño que todos los malos instintos inherentes quizás a la naturaleza humana” (p. 434).

El hecho es que Eichmann, como se desprende del conjunto de sus declaraciones, tanto en el juicio como en los interrogatorios policiales y en entrevistas

previas, se revela como un individuo sin odios ni fanatismos, como un funcionario de segunda o tercera línea (aunque su fanfarronería presumía de mayor importancia) que, ante todo, cuidaba su trabajo y aspiraba a progresar en el escalafón. Esta era la motivación básica que lo impulsaba al cumplimiento diligente de las diversas funciones que le fueron encomendadas. Arendt cree en la sinceridad de las expresiones del acusado y transmite esta imagen. “Eichmann carecía de otros motivos salvo aquellos demostrados por su gran diligencia en orden a su personal progreso, la cual, por sí misma, nada tenía de criminal” (p. 434). Él se consideraba sin embargo un fracasado porque no había logrado ascender más allá del grado de teniente coronel. Esta era su mayor amargura, que manifestaba todavía ante el tribunal que lo condenaría a la pena capital, más fuerte que su desazón por los millones de personas que había llevado a la muerte.

La frustración de Eichmann no era en realidad la frustración de una gran vocación militar o política. El hombre había ingresado a las fuerzas policíacas militarizadas porque fue la única alternativa laboral que se le ofreció después de haber fracasado en otros trabajos. Él consideraba que fue su mala suerte la que lo empujó a ese trabajo, que tenía tantos aspectos desagradables. Confiesa haber tenido algunas satisfacciones profesionales como funcionario, pero otra vez su mala suerte lo persiguió cuando quedó relegado en su carrera y cuando fue destinado a la misión de la organización de la *solución final* del problema judío. No obstante, él puso toda su meticulosidad y empeño en esta como en las anteriores misiones que se le habían encomendado.

Eichmann declaró haber obrado siempre conforme al deber, y por deber, del sentido kantiano. Y cuando fue repreguntado demostró conocer la formulación del imperativo categórico. Reconoció que cuando debió ejecutar las instrucciones de la solución final dejó de estar en consonancia con la ética de Kant. Pero se excusó diciendo que “había dejado de ser dueño de sus actos”, y que él no “no podía cambiar nada” (pp. 206-207). De todos modos, continuó cumpliendo su deber como oficial alemán, aún contra sus inclinaciones y sentimientos (pp. 209 y 227).

Esta cualidad suya de funcionario leal y meticuloso lo convirtió en pieza clave de la organización sistemática de la “matanza administrativa” destinada a limpiar a Alemania de judíos. La decisión política emanó directamente de la oficina de Hitler. Eichmann no tuvo una participación relevante en la decisión política ni en la instrumentación de los métodos para llevar a cabo la decisión. Pero fue el principal responsable de la ejecución de toda la operatoria, obedeciendo al pie de la letra todas las instrucciones del alto mando. Si bien no fue ejecutor directo de muertes y torturas por mano propia, él era quien proveía regularmente a las cámaras de exterminio de los contingentes de personas, organizaba los convoyes y cargaba los vagones para su destino final.

La autora declara haber sentido un gran alivio por el hecho de que el tribunal no se dejara impresionar por la protesta del acusado de que él jamás había matado ningún judío, que nunca cometió personalmente un acto criminal (lo cual parece haber sido cierto), y que solamente era culpable de ‘ayudar y tolerar’ por obediencia y sin alternativa la comisión de los delitos de los que se le acusaba. Él había sido solamente un engranaje más de una inmensa maquinaria burocrática que no manejaba ni podía detener (el problema de las muchas manos). Arendt transcribe en este punto la sentencia que considera justa: “Estos delitos fueron cometidos en masa, no sólo en cuanto se refieren a las víctimas, sino también en lo que concierne al número de quienes perpetraron el delito, y la situación más o menos remota de dichos criminales en relación al que materialmente da la muerte a la víctima, nada significa en cuanto a la medida que nos alejamos del hombre que sostiene en sus manos el instrumento fatal” (p. 374).

La experiencia más significativa para Hannah Arendt como observadora del juicio en Jerusalén, y la sensación más impresionante que ella transmite en su largo informe (más allá de la rememoración de los macabros detalles del genocidio) es la producida por la “naturalidad” de las actitudes y las expresiones del acusado que revelan su absoluta incapacidad de reflexión y de juicio sobre sus propios actos. Un cuarto de siglo después de los acontecimientos en los que estuvo involucrado como agente protagónico no había sido capaz de despegarse de la situación de aquellos hechos para tomar distancia y juzgarlos desde una perspectiva externa, desde otro horizonte que no sea el de su función como pequeño engranaje de la maquinaria del Estado nacionalsocialista del que formó parte.

Este es el efecto del totalitarismo que hemos podido observar en el siglo XX por primera vez en la historia de la humanidad, “que la sociedad respetable puede sucumbir de una manera u otra ante un poder como el de Hitler; las máximas morales determinantes del comportamiento social, e incluso los mandamientos religiosos —‘no matarás’— que guían la conciencia, habían desaparecido bajo la dominación totalitaria. Los pocos individuos que todavía podían distinguir entre el bien y el mal se guiaban solamente mediante su buen *juicio privado*, sin ayuda de normas que pudieran aplicarse a la situación en que vivían” (p. 444). El totalitarismo es capaz de obnubilar la conciencia mediante la propaganda y el terror, hasta oscurecer el *sensus communis*, la cordura y los más naturales sentimientos humanos. “En las circunstancias imperantes en el Tercer Reich tan sólo los seres *exceptionales* podían reaccionar *normalmente*” (p. 47), tan sólo unos *pocos* conservaron el sentido *común*. La gran mayoría, la masa, había sido imbuida de un nuevo *sentido particular*, propio del régimen, y estaba regida por un pensamiento único. Este es un fenómeno absolutamente nuevo en la historia, cuyos alcances se manifiestan también en el hecho, destacado por Arendt, de que los propios dirigentes

judíos entregaban a sus hermanos: “sin la ayuda de los propios judíos en las tareas administrativas y policiales —las últimas cacerías de judíos en Berlín fueron obra exclusivamente de la policía judía—” la operación de limpieza étnica de Alemania no hubiera sido posible, por lo menos en la magnitud que ella alcanzó (cf. pp. 178 y ss).

Es sorprendente y decepcionante respecto a la condición humana el que este hombre sentado en el banquillo del acusado, en pleno uso de sus facultades, siga razonando normalmente (comenta la reportera), sin pasión ni fanatismo, como parte de un régimen que ha anulado las diferencias morales. Pero Eichmann había perdido y se mostraba incapaz de recuperar *la capacidad de juzgar por sí mismo*, hasta el punto de no percibir *la diferencia entre el bien y el mal*. Él sólo había cumplido con su deber, él no era quién para poner en tela de juicio las políticas de Estado que todos respetaban. Él sólo pretendía además mantener su trabajo y ascender en el escalafón. “La lección que su larga carrera de maldad nos ha enseñado es la lección de la terrible banalidad del mal, ante la cual las palabras y el pensamiento se sienten impotentes” (p. 382).

“Lo más grave en el caso de Eichmann era precisamente que él era sólo un caso. Hubo muchos hombres como él [¡todos o casi todos los funcionarios del Estado alemán, también los jueces y los magistrados!] y todos estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible o terroríficamente normales” (417).

C a p í t u l o 7

ESTUDIO COMPARADO DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA JUDICIAL

ASPECTOS NORMATIVOS E INSTITUCIONALES

por Alejandro Turjanski

Un análisis comparativo de las formas en que diferentes países y provincias argentinas han abordado y tratado la temática de la ética judicial, principalmente a través del dictado de códigos de conducta, o de ética judicial, entendemos que será tanto ilustrativo como útil a los fines de arribar a conclusiones propias.

Este análisis se estructurará, como anticipa el título de este capítulo, en dos aspectos: el normativo (esto es, el código propiamente dicho) y el institucional (es decir, qué órgano o ente se encuentra encargado de la aplicación e interpretación de tales normas).

Comenzaremos con la República Argentina, en donde hasta el momento cinco provincias han dictado códigos, para continuar con otros países americanos, europeos y asiáticos.

1. ARGENTINA

1.1. Corrientes

a) Aspecto normativo

Esta provincia cuenta con un Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, aprobado por acuerdo Extraordinario del Superior Tribunal de Justicia nº 13 el 6 de octubre de 1998.

Establece como objetivos mantener y promover la confianza pública, y como principios y pautas éticas, a tal fin: la honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austereidad republicana. Estipula, además, que todo magistrado, funcionario y empleado judicial deberá desempeñar sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia, desprendiéndose de esta regla una serie de deberes y obligaciones contenidos en una lista meramente enunciativa.

El código no define expresamente el término “imparcialidad”, pero por algunas de sus disposiciones podría inferirse que ésta consiste en “atender con ecuanimidad a todas las partes en conflicto” y “dar igual trato a todas las personas excluyendo todas las preferencias discrecionales”.

Contiene un capítulo sobre incompatibilidades y conflictos de intereses, y otro sobre el régimen de declaraciones juradas.

Prohíbe al juez recibir regalos, presentes, ventajas o donaciones de abogados y o litigantes antes, durante o después del litigio; prohibición que se extiende a los familiares del juez. Tampoco podrá recibir el juez ningún beneficio personal vinculado a la realización, gestión, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones.

Le reconoce a los magistrados absoluta libertad de criterio en la fundamentación de sus sentencias, afirmando que se encuentran sujetos exclusiva y excluyentemente a su conciencia y saber (rechazando toda intromisión por fuera de estos supuestos). En esto, a criterio del código, consiste la independencia judicial.

Con respecto a la participación del juez en la vida política y social, el código establece que es incompatible con el ejercicio de la función judicial participar en actividades políticas o en asociaciones sociales, religiosas, cívicas, deportivas, económicas o educativas, en cuanto promuevan la obtención de réditos económicos o políticos que puedan comprometer la dignidad del cargo o interferir en sus actividades judiciales (se exceptúan las actividades docentes, científicas o meramente académicas, en la medida que no impliquen un menoscabo a la actividad judicial, las cuales deberán realizarse por lo general fuera del horario de prestación del servicio).

Le está prohibido al juez realizar comentarios públicos sobre los méritos de un proceso que se encuentre pendiente de decisión, o comentarios subjetivos sobre el desarrollo de un proceso. Sin embargo, esta prohibición no se extiende a las declaraciones que pueda realizar sobre las funciones que desempeña, explicar los procedimientos que se llevan a cabo, con finalidad didáctica, o informar debidamente sobre las decisiones que se adoptaron. En cuanto a la relación con los medios de comunicación, ésta debe ser apropiada, de mutua seriedad y responsabilidad, y los jueces deberán mantener el debido decoro, mesura y sentido de la oportunidad ante los medios.

El código crea un registro de declaraciones juradas de bienes (que comenzó a funcionar desde 1999), que recibe las declaraciones de los jueces, quienes están obligados a actualizarlas anualmente.

En cuanto a las sanciones por incumplimiento de lo dispuesto en el código, éste remite a las sanciones disciplinarias establecidas en la Ley Orgánica y Reglamento Interno vigente en la Justicia (en un rango que abarca desde el llamado de atención a la exoneración, dependiendo de la gravedad de la falta). Dispone que para determinar las sanciones de mayor gravedad, se aplicará el procedimiento previsto para los sumarios administrativos vigente al momento del hecho, y que en cualquiera de los casos actuará como órgano decisor final el Superior Tribunal de Justicia (que se constituye como tribunal de ética, al efecto). Para las sanciones menores se seguirá el procedimiento establecido en la Ley Orgánica y el Reglamento Interno.

b) Aspecto institucional

No se creó un órgano de interpretación o aplicación del código. Como se explicara, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia funciona como tribunal de ética ad hoc.

1.2. Formosa

a) Aspecto normativo

El Código de Ética para Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Formosa fue aprobado por acuerdo del Superior Tribunal de Justicia nº 2092, punto 4, el 22 de abril de 1998.

Establece que los jueces y funcionarios deberán mantener y defender en todo momento la integridad y la independencia del Poder Judicial (sin definir estos dos términos). A esos fines, deberán evitar un comportamiento impropio en todas sus actividades (tanto oficiales como privadas), desplegando una conducta ejemplar. Deberán

desempeñar sus funciones con imparcialidad, dedicación y diligencia. Contiene disposiciones relativas a las incompatibilidades y conflictos de interés.

Contiene una prohibición de realizar comentarios públicos relacionados a un juicio pendiente (muy similar a la norma del código de Corrientes).

Dispone que los jueces deben actualizar sus declaraciones juradas de bienes cada dos años, y deben mantener a disposición del público el contenido de estas.

Con respecto a la prohibición de recibir regalos y a la participación de los jueces en actividades sociales y políticas, sus disposiciones son idénticas a las del código de Corrientes.

En cuanto a las actividades extrajudiciales, sus disposiciones son similares al código de Corrientes (se permiten las docentes, científicas y académicas).

b) Aspecto institucional

Existe un Consejo Consultivo sobre Ética Judicial, en el ámbito del Poder Judicial de la provincia, integrado por: un ministro del Superior Tribunal de Justicia (jubilado), el magistrado con rango de camarista de mayor antigüedad en el Poder Judicial de la provincia, el presidente en ejercicio del Superior Tribunal de Justicia, y el procurador general de la provincia.

Sus funciones son asesorar en materia de ética judicial y sobre las normas del código, a aquellos magistrados o funcionarios que lo requieran. También puede evaluar por escrito las consultas que les formulen, que en principio tendrán el carácter de reservadas (salvo que el interesado acepte o promueva su divulgación).

No tiene facultades sancionatorias.

1. 3. Santa Fe

a) Aspecto normativo

El Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe fue aprobado por acta de la Corte Suprema de Justicia nº 10, el 20 de marzo de 2002.

Sus principios fundamentales (en la justificación, interpretación y aplicación del código) son: la conciencia funcional, la independencia, la imparcialidad, el conocimiento, la dignidad y transparencia, el decoro, la honestidad, la diligencia, la lealtad y secreto profesional, la responsabilidad institucional, la afabilidad, la buena fe, la austereidad republicana, la prudencia y la fortaleza.

Define a la independencia judicial como la posibilidad del juez de adoptar sus decisiones en el ámbito de su conciencia jurídica y ética. El juez debe resistir y excluir, por lo tanto, todo tipo de interferencias, como así también evitar conductas o actitudes que puedan generar sospechas en contrario.

En cuanto a la imparcialidad, el código afirma que el juez debe tanto conservar íntimamente como poner de relieve sin ambages, en todo momento, que mantiene respecto de las partes procesales una igualitaria equidistancia y que, en el supuesto de no conservar esa actitud, procurará apartarse de la causa judicial.

Contiene, además, una lista (enunciativa) de deberes, prohibiciones y exigencias, establecidas especialmente en orden a: las partes y sus defensores; la sociedad; y el Poder Judicial.

Una de estas prohibiciones es la de recibir regalos, presentes, donaciones o beneficios por parte de litigantes o defensores, sea antes, durante o después del juicio; esta prohibición se extiende al cónyuge y a los hijos menores de edad.

En sus relaciones con la prensa y el público en general (con respecto a los casos pendientes), el juez: tiene prohibido anticipar directa o indirectamente el contenido de las decisiones que adoptará; debe evitar comentarios sobre un caso específico; debe procurar que no trasciendan detalles de las causas en trámite; si excepcionalmente fuera necesaria alguna explicación puntual sobre un caso específico, se hará a través de una comunicación escrita y en términos suficientemente claros para ser entendidos por el público no letrado.

Con respecto a la relación con los medios de comunicación en particular, el código establece que el juez puede (en la medida que resulte necesario para evitar interpretaciones erróneas) efectuar aclaraciones que sean indispensables o aconsejables, pero siempre evitando intervenir en polémicas en las que aparezca defendiendo los criterios jurídicos de su decisión.

Se le prohíbe al juez participar en actos o reuniones de índole política partidaria, y evitará comentarios o afirmaciones que explícitamente traduzcan una filiación política partidaria. Asimismo, se le prohíbe “participar en actos o espectáculos, o concurrir a lugares, o reunirse con personas, que puedan afectar la credibilidad y el respeto propio de la función judicial”.

En cuanto a la exigencia de presentar declaraciones juradas de bienes, el código remite a las normas pertinentes.

b) Aspecto institucional

El Consejo Consultivo está presidido por un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, e integrado por un magistrado jubilado que no ejerza la profesión de escribano, abogado o procurador, y por un abogado jubilado que no ejerza su profesión. Su función es evacuar por escrito las consultas que le formulen los jueces y la Corte Suprema de Justicia sobre la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el código. Dichas consultas son reservadas (salvo que el interesado acepte o promueva su divulgación), y las respuestas del Consejo no son vinculantes.

El Tribunal de Ética está integrado por un ministro de la Corte Suprema de Justicia (que lo preside), un magistrado jubilado que no ejerza la profesión de escribano, abogado o procurador, y un abogado jubilado que no ejerza la profesión. El tribunal recibe las denuncias efectuadas por toda persona (miembro del Poder Judicial o no) contra un juez de la provincia por infracción a las normas del código, y decide desestimarlas o disponer la apertura de una breve investigación preliminar. Dicha investigación concluye con un dictamen del tribunal, que se elevará a la Corte Suprema de Justicia (que, a su vez, podrá: aplicar un llamado de atención o alguna de las sanciones previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ordenar la apertura de un sumario administrativo, o promover el enjuiciamiento).

1. 4. Santiago del Estero*a) Aspecto normativo*

La provincia posee un Código de Ética para Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santiago del Estero, aprobado por acuerdo del Superior Tribunal de Justicia, el 3 de julio de 1998.

Su cuerpo es muy similar al del código de la provincia de Formosa. Con respecto a la presentación de declaraciones juradas de bienes, remite a lo que establezcan las leyes o reglamentos administrativos.

b) Aspecto institucional

Se creó un Consejo Consultivo sobre Ética Judicial, con la misma integración y funciones del Consejo establecido en el citado código de Formosa.

1.5. Córdoba

a) Aspecto normativo

El Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba se aprobó por acuerdo reglamentario nº 693 serie “A” del Tribunal Superior de Justicia, el 27 de noviembre de 2003.

Enumera como virtudes de un juez confiable: la dedicación a la magistratura como servicio, su contracción a la labor judicial, el criterio propio en las apreciaciones, su diligencia, prudencia, sensibilidad y probidad tanto en las decisiones y acciones, la moderación en las pasiones, un trato mesurado y afable con los justiciables, su honorabilidad en la vida pública y privada, y una acentuada vocación por el estudio, la actualización y el perfeccionamiento profesional. Menciona como “reglas funcionales”: la independencia, la imparcialidad, la dedicación, la diligencia, la prudencia y equilibrio, la reserva, la probidad; y como “reglas sociales”: el buen trato, la asistencia, la dignidad, el recato y la publicidad.

Según el código, atentan contra la independencia del juez tanto “las gestiones funcionales que se cumplen ante otros poderes provinciales y nacionales, o ante cualquiera de sus dependencias, y que exceden la comunicación indispensable para obtener aquellos cometidos de coordinación que las normas contemplan para un mejor ejercicio de la función” como “las sugerencias, solicitudes o exigencias que se puedan formular ante magistrados o funcionarios en los procesos en que intervienen, cuando pretenden incidir en la actuación y/o resolución, respondan a intereses propios o de terceros”.

Con respecto a la imparcialidad, ésta consiste en el trato equidistante a las partes del proceso. Este trato “exige que, cuando el magistrado o el funcionario conceda alguna audiencia a una de las partes en el proceso, ofrezca a la otra igual posibilidad de hacerse oír, invitándola al efecto”. Asimismo, “hace a la imparcialidad rechazar cualquier trato discriminatorio en los procesos, y oponerse con firmeza a cualquier prejuicio que lo estimule por razones ideológicas, culturales, políticas, sexuales, regionales, raciales o religiosas”.

En lo relativo a las actividades políticas del juez, el código dispone que éstas (y los comentarios públicos que trasluzcan una filiación partidaria) son incompatibles con la administración de justicia. También lo son la actuación profesional o la dedicación comercial, industrial, agropecuaria y financiera, salvo la que concierne a la mera administración de su propio patrimonio. Sí son compatibles, en cambio, las actividades científicas, académicas y culturales, y la investigación o docencia superior (en la medida que no afecten ni comprometan el ejercicio de la función de la magistratura).

El código entiende que hace al régimen republicano que el servicio de justicia se proyecte a los medios de comunicación social. En ese sentido, los jueces pueden referirse a los casos cuando tengan repercusión pública y no comprometan su deber de reserva, manteniéndose en los límites de lo indispensable para satisfacer el interés público que despierta la labor judicial.

En cuanto al patrimonio personal de los jueces, establece que éste “se mantiene a resguardo de la curiosidad pública. Sin embargo, el cumplimiento de la declaración jurada al acceder al cargo posibilita el necesario control”.

Con respecto a las sanciones, prevé la simple recomendación, y la recomendación con elevación al Tribunal Superior de Justicia (a los efectos de su ponderación y resolución en el marco de las facultades constitucionalmente asignadas).

b) Aspecto institucional

El Tribunal de Ética Judicial, que funciona en el ámbito del Poder Judicial de la provincia, está integrado por cinco miembros, designados por el Tribunal Superior de Justicia (a propuesta de las instituciones que los representan): un magistrado propuesto por el Tribunal Superior de Justicia, dos magistrados y dos abogados de la matrícula; igual número de miembros suplentes. Todos los miembros deben estar jubilados de la función al momento de la designación.

Sus funciones, además de las medidas correctivas, son: evacuar consultas escritas de magistrados y funcionarios o del propio Tribunal Superior de Justicia; interesarse reservadamente de oficio, en comportamientos de magistrados y funcionarios que considere *prima facie* que constituyen conductas previstas en el código; intervenir en las denuncias que se le presenten o en las de comportamientos que resultaron advertidos luego de una información oficiosa por presuntas incorrecciones deontológicas; proponer al Tribunal Superior de Justicia la actualización o revisión de las reglas que constituyen el código, y efectuar los aportes que en la materia puedan hacer a la mejor realización de este.

2. OTROS PAÍSES

2.1. Estados Unidos

a) Aspecto normativo

El Código de Conducta para los Jueces Federales de los Estados Unidos fue adoptado inicialmente por la Conferencia Judicial del 5 de abril de 1973, y fue conocido como Código de Conducta Judicial para los Jueces de Estados Unidos.

En su sesión de marzo de 1987, la mencionada Conferencia eliminó la palabra “judicial” del nombre del Código. En su sesión de septiembre de 1992, la Conferencia Judicial adoptó revisiones sustanciales del Código. La Conferencia Judicial de marzo de 1996 introdujo algunas nuevas modificaciones. Este último es el documento al que nos referimos aquí, el cual incluye un extenso “Comentario” a cada uno de los Cánones.

El Código vigente a nivel federal enumera los siguientes cánones: 1) El juez deberá mantener la integridad e independencia de la rama judicial. 2) El juez deberá evitar comportamientos impropios y aspecto de comportamientos impropios en todas las actividades. 3) El juez deberá desempeñar las funciones del cargo con imparcialidad y diligencia [puede consultar a otro juez o al personal del tribunal; incluso puede asesorarse con un experto desinteresado o *amicus curiae*]. 4) El juez puede dedicarse a actividades extrajudiciales para mejorar la ley, el sistema legal y la administración de justicia. 5) El juez deberá reglamentar las actividades extrajudiciales para reducir al mínimo el riesgo de conflicto con las funciones judiciales. 6) El juez deberá presentar regularmente informes de la remuneración recibida por actividades relacionadas con la ley y extrajudiciales. 7) Un juez deberá evitar participar en actividades políticas. Ciertas disposiciones del código parecen ubicar al juez en un lugar privilegiado dentro de la sociedad, pero a su vez sujeto a un alto grado de responsabilidad y exposición; así, el comentario al canon 2 expresa: “Un juez ha de esperar ser objeto de escrutinio público constante. Un juez ha de aceptar por tanto restricciones que pudieran ser consideradas como onerosas por el ciudadano ordinario y deberá hacerlo libre y voluntariamente. La prohibición contra conducta inapropiada o aspecto de conducta inapropiada se aplica a la conducta tanto profesional como personal de un juez”. Resulta interesante también ver cómo define el código este concepto de “conducta inapropiada”: existirá conducta inapropiada “[...] si la conducta crearía en mentes razonables, con conocimiento de todas las circunstancias pertinentes que una indagación razonable divulgaría, una percepción de que la capacidad del juez de cumplir las responsabilidades judiciales con integridad, imparcialidad y competencia se ve mermada”. No hay mayores precisiones sobre la idea de “imparcialidad”: en el cánon correspondiente (el 3), lo único que se dice al respecto es que el juez “no deberá dejarse llevar por intereses partidistas, clamor público o miedo de crítica”. Con respecto a la posibilidad del juez de realizar actividades extrajudiciales, el código es bastante amplio: en el canon 5 establece que: “Un juez podrá escribir, conferenciar, enseñar o hablar sobre temas no jurídicos, y participar en las artes, los deportes y otras actividades sociales y recreativas, si dichas actividades no obstructivas no desdicen de la dignidad del cargo del juez ni interfieren con el desempeño de sus funciones judiciales”. Sí se prohíbe de manera muy rigurosa todo tipo de actividad política.

Los Estados han dictado sus propios Códigos de conducta o ética judicial que, por lo general, son muy similares al código para los jueces federales. Analizaremos, brevemente y a título ejemplificativo, el Código de Conducta Judicial de Texas. En su preámbulo aclara que no pretende ser una guía exhaustiva de conducta para los jueces, puesto que éstos deberán actuar conforme a sus propios valores y patrones éticos; la intención del código, sin embargo, es establecer principios básicos y ofrecer una guía que ayude a los jueces a establecer y mantener altos estándares de conducta judicial y privada. En ese sentido, enumera ocho cánones: 1) Mantener la integridad e independencia del Poder Judicial. 2) Evitar conductas impropias y la apariencia de conductas impropias en todas las actividades del juez. 3) Desarrollar las tareas que incumben al cargo judicial en forma imparcial y diligente. 4) Llevar a cabo las actividades extrajudiciales minimizando el riesgo de conflicto con los deberes judiciales. 5) Abstenerse de participar en actividades políticas impropias. Los cánones 6, 7 y 8 definen los sujetos a los que se aplica el código, el término con que estos cuentan para comenzar a cumplir con este, y establece normas de interpretación (aclarando terminología) del código, respectivamente.

b) Aspecto institucional

A nivel federal hay consejos judiciales en cada uno de los 13 circuitos federales, que están facultados para revisar demandas contra los jueces federales a fin de sancionar las violaciones al Código de Conducta Judicial. No pueden destituir al juez.

A nivel estatal, en los 50 Estados se ha establecido una agencia de gobierno permanente para poner en vigor los dictados del Código de Conducta Judicial. Imponen una gama de sanciones, desde una simple advertencia hasta la destitución. Existen también (en 34 Estados) comités asesores, integrados por abogados, jueces, y legos, que proporcionan asesoría a los jueces con relación a sus responsabilidades éticas y profesionales. En algunos de los Estados, las agencias de conducta judicial tienen la autoridad de emitir opiniones de asesoría a los jueces.

Nuevamente a título ejemplificativo, analizaremos la situación en el Estado de Texas. En 1965, mediante una enmienda a la Constitución estatal, se creó la Comisión Estatal de Conducta Judicial, una agencia estatal independiente cuya función es investigar las acusaciones de inconducta o incapacidad judicial y, en caso de verificarlas, disciplinar a los jueces. Dicha comisión está integrada por once miembros, que cumplen mandatos no remunerativos de seis años: cinco jueces designados por la Suprema Corte, dos abogados designados por la *State Bar of Texas* (Colegio o Asociación de Abogados) y cuatro ciudadanos designados por el gobernador de Texas (que no sean ni jueces ni abogados). Luego de una investigación que debe respetar las normas del debido proceso y el derecho de defensa del

juez, la comisión, con una mayoría de 6 votos, puede optar por: rechazar la acusación, ordenar una advertencia o censura (privada o pública), exigir una mayor capacitación en determinada área, o incluso proponer la suspensión o destitución del juez a la Suprema Corte.

2.2. PERÚ

a) Aspecto normativo

El Código de Ética del Poder Judicial del Perú, aprobado por la Corte Suprema de Justicia de la República el 14 de octubre de 2003, tiene como fines asistir a los jueces ante las dificultades de índole ética y profesional que enfrentan, así como ayudar a las personas a comprender mejor el papel de la judicatura.

Establece que el juez debe encarnar un modelo de conducta ejemplar basado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honorabilidad e integridad, que se traduzca en la transparencia de sus funciones públicas y actividades privadas.

Aunque el código no define expresamente el concepto de “independencia”, sí ofrece algunas pautas al afirmar que el juez debe ejercer sus funciones “libre de interferencias y rechazará con firmeza cualquier intento de influencia jerárquica, política, social, económica o de amistad, de grupos de presión o de cualquier otra índole [...]”.

Con respecto a la actividad política, se establece que “el juez debe evitar ser miembro o participar en grupos, organizaciones o encuentros de carácter político que pudieran afectar su imparcialidad en asuntos de carácter jurisdiccional”.

Se estimula un contacto fluido del juez con la sociedad en lo que hace a su actividad: “Cuando no está sujeto al secreto o reserva de la información que conoce, por razón de su cargo, el juez puede, a su libre criterio, proporcionar todas aquellas sobre la actividad judicial, para un adecuado conocimiento de ella por la colectividad. Realiza ello en salvaguarda de la imagen de la justicia, a través de una oficina especializada del Poder Judicial, cuidando de no adelantar criterio u opinión sobre el fondo de las cuestiones jurisdiccionales a su cargo”.

En lo relativo a la transparencia patrimonial, se dispone que el juez debe garantizarla, informando regularmente sobre sus bienes e ingresos.

b) Aspecto institucional

El código crea un Comité de Ética Judicial, integrado por un vocal supremo titular en actividad, que lo presidirá (elegido por acuerdo de Sala Plena de la Corte

Suprema de Justicia), y cuatro magistrados de cualquier instancia, cesantes o jubilados (elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia). El comité responde a consultas éticas de los jueces en forma escrita u oral. Dichas respuestas no son jurídicamente vinculantes y son independientes de la aplicación de medidas disciplinarias o de cualquier sanción legal. Ante la comprobación de una falta ética, el comité puede: a) recomendar en privado las pautas de conducta a seguir; o b) llamar la atención, en privado o en público, según las circunstancias, sin perjuicio de hacer las recomendaciones pertinentes. Cuando la gravedad del acto observado trascienda el mero reproche ético y, a juicio del comité, existan elementos de responsabilidad disciplinaria, debe remitir lo investigado al órgano de control.

VENEZUELA

a) *Aspecto normativo*

Venezuela posee un Código Orgánico de Ética y Disciplina del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, aprobado por ley el 16 de octubre de 2003.

Establece como principios éticos fundamentales, para lograr la confianza pública en la integridad e independencia del juez y en el sistema de justicia: el respeto a la dignidad de la persona humana, la probidad, rectitud, transparencia, decoro, responsabilidad, imparcialidad, buena fe, búsqueda de la verdad y libertad de conciencia.

El juez o jueza tiene un compromiso permanente e irrenunciable con la sociedad democrática, con el goce y ejercicio de los derechos humanos y los principios fundamentales proclamados por la Constitución; deberá ser independiente e imparcial, observar una conducta pública y privada decorosa y tener un patrimonio transparente.

Se vincula la idea de “independencia” con el hecho de que las decisiones de los jueces sólo podrán ser revisadas por los órganos jurisdiccionales competentes, y que en ningún caso un juez podrá ser sancionado disciplinariamente por sus decisiones o por los fundamentos de ellas (salvo que la alzada considere que incurrió en error grave). No se define el concepto de “imparcialidad”.

La conducta pública o privada del juez “deberá fortalecer la confianza de la comunidad en su integridad e imparcialidad para administrar justicia, debiendo evitar la realización de cualquier acto que lo haga desmerecer en la estimación pública y que pueda comprometer el decoro de su ministerio”.

El código impone la obligación de participar, por lo menos una vez al año, en cursos o actividades profesionales y de fortalecimiento ético promovidos y organizados por la Escuela de la Magistratura.

Es una causal de destitución participar pública o privadamente en actos de naturaleza política.

Con respecto a la transparencia patrimonial, el juez deberá mantener una vida pública y privada acorde con la decencia y dignidad de su investidura y con el producto de sus bienes e ingresos, cuya licitud estará en permanente disposición de demostrar.

b) Aspecto institucional

Se establece un complejo sistema, mediante la creación de tribunales, organizados en Tribunales Disciplinarios de Primera Instancia, Corte de Apelaciones y Corte Suprema Disciplinaria.

La Inspectoría Disciplinaria Judicial es el órgano instructor y acusador del procedimiento disciplinario.

Las sanciones que pueden imponerse son: amonestación escrita, con la advertencia al transgresor de la irregularidad en su conducta, para que se abstenga de reiterarla; suspensión del cargo, privando al infractor del ejercicio de sus funciones y del goce de sueldo durante el tiempo de la sanción (que no será menor de 30 días); y destitución del cargo.

2.4. ITALIA

a) Aspecto normativo

La Asociación Italiana de Magistrados y Fiscales aprobó el Código de Ética para Jueces y Fiscales, el 7 de mayo de 1994.

El código establece como principios y valores fundamentales de los jueces y fiscales en su vida pública la dignidad, corrección y respeto por el interés público, y en el ejercicio de sus funciones la falta de egoísmo, independencia e imparcialidad.

La idea de “imparcialidad” implica por un lado la superación de prejuicios culturales que puedan afectar la comprensión y evaluación de los hechos, como también la interpretación y aplicación de la ley, y por el otro la búsqueda de soluciones equitativas para todas las partes del proceso.

Se prohíbe la participación del juez en centros de poder políticos o comerciales.

Regula el régimen de incompatibilidades con la función judicial, como así también la conducta que deben observar los jueces dentro del tribunal.

Resultan interesantes las disposiciones relativas a la relación con los medios de comunicación: los jueces y fiscales deberán abstenerse de solicitar la publicación

de noticias concernientes a sus actividades judiciales. Asimismo, y siempre que no estén obligados por el secreto profesional, podrán dar información para garantizar la exactitud de ésta y respetar el derecho de los individuos a saber, o también en casos en que esté en juego la reputación de las personas. En dichos casos, los jueces y fiscales deberán abstenerse de dar preferencia a determinados contactos o redes de información.

b) Aspecto institucional

El código no prevé un órgano de aplicación ni disciplinario. Debemos remitirnos a los artículos 105 y 107, que se refieren al Consejo Superior del Poder Judicial, al que conciernen la designación, transferencia y medidas disciplinarias de los jueces. El artículo 107 establece que los jueces sólo pueden ser destituidos o suspendidos por decisión del Consejo, por alguna de las causales establecidas en la legislación relativa al Poder Judicial, y respetando las garantías para su defensa que surjan de dicha normativa.

2.5. CHINA

a) Aspecto normativo

China cuenta con un Código de Ética Judicial para Jueces de la República Popular China, aprobado el 18 de octubre de 2001.

Este dispone que el juez debe actuar con imparcialidad sustancial y formal en sus funciones, y que debe aparecer imparcial tanto a través de sus palabras y de su conducta (para evitar toda duda razonable del público). También con relación a la imparcialidad, el artículo 4 dispone que “Un juez debe resistir la influencia de las partes, abogados y otras personas o de sus contactos sociales, y debe manejar la situación de conformidad con las normas relevantes”, y el 11 establece que “El juez debe ser neutral durante el juicio”.

No se menciona expresamente el término “independencia”, pero puede inferirse del artículo 2, que establece: “Un juez debe llevar a cabo sus tareas sin interferencia de departamentos administrativos, organizaciones sociales o individuos y ninguna otra influencia más que la de las leyes”.

A diferencia del código italiano, el chino prohíbe a los jueces realizar comentarios en público o a los medios, por considerarlo perjudicial para la seriedad y respetabilidad de la sentencia.

Resulta interesante lo dispuesto en el artículo 17, que impone la obligación no sólo de respetar el código sino de denunciar las violaciones al mismo por parte de otros jueces que llegaran a su conocimiento.

El artículo 22 refiere que el estilo y estándar de vida del juez y de su familia debe ser coherente con su cargo e ingresos.

El artículo 29 impone al juez la obligación de informar sobre sus ingresos y patrimonio según lo dispongan las normas pertinentes.

Asimismo, el artículo 30 establece que el juez debe informar a los miembros de su familia acerca de los requisitos que hacen a la conducta judicial y a la ética profesional, y encomendarles que no violen las normas relevantes.

Para destacar también es el capítulo 5, en especial los artículos 35 a 37, que disponen que el juez debe tener una rica experiencia social, una comprensión profunda de la realidad social, debe tener autodisciplina, cultivar un criterio moral que responda a parámetros elevados, y actuar como modelo de observancia de virtudes públicas y familiares.

Con respecto a las actividades extrajudiciales, el artículo 39 establece que éstas no deberán causar una duda razonable de parte del público acerca de la imparcialidad y honestidad del juez, no podrán afectar el cumplimiento de sus funciones ni causar un impacto negativo en lo que hace a la confianza que genera el tribunal.

b) Aspecto institucional

Los tribunales de los diferentes niveles están encargados de aplicar y supervisar la implementación del código en sus respectivas salas. La Corte Suprema es responsable de explicar el código.

3. CONCLUSIONES

De la comparación de los diferentes códigos mencionados, y siempre con una intención más descriptiva que prescriptiva, es posible extraer una serie de similitudes y diferencias, enumeradas a continuación.

a) Similitudes

- Todos los códigos analizados establecen como principios fundamentales que hacen a la ética judicial la independencia y la imparcialidad. Algunos (Estados Unidos, Perú y Venezuela) suman a éstos la integridad.
- La mayoría de los códigos, ya sea en forma directa o indirecta, contienen la idea de que un juez no debe sólo ser ético, sino parecerlo. En este sentido, debe “evitar comportamientos impropios y aspectos de comportamientos impropios” (Estados Unidos), debe erguirse en un “modelo de

conducta ejemplar” y “evitar la incorrección y la apariencia de incorrección” (Formosa, Perú), debe “ser y parecer imparcial e independiente” (Santa Fe), debe “mantener y promover la confianza pública” (Corrientes), actuar con “transparencia” (Venezuela) y “parecer imparcial a través de sus palabras y sus conductas” (China).

- Un denominador común entre la mayoría de los códigos (salvo los de Santa Fe e Italia, donde no se trata la cuestión) es la idea de que el juez debe observar una conducta ejemplar en todas sus actividades, tanto oficiales como privadas. Con sutiles diferencias en la redacción, esta obligación puede encontrarse en los códigos de Corrientes, Formosa, Santiago del Estero, Perú y China. Los de Estados Unidos y Venezuela no utilizan la palabra “ejemplar” o “modelo”, pero en el primer caso en su canon 2 prohíbe al juez todo comportamiento improPIO en todas las actividades, y en el segundo se sostiene que la conducta pública o privada del juez debe fortalecer la confianza de la comunidad en su integridad e imparcialidad para administrar justicia. Por último, es dable mencionar que el código de Córdoba da aún un paso más: además de exigir “honrabilidad en la vida pública y privada” del juez, advierte que todo ciudadano que decida ejercer la magistratura debe saber que “la sociedad espera de él un comportamiento ejemplar”.
- Todos los códigos mencionados (con excepción del de China, que no contiene disposiciones sobre el tema) prohíben todo tipo de actividad política por parte del juez.
- Casi todos los códigos (salvo el de Italia) contienen algún tipo de disposición relativa al patrimonio de los jueces y a la necesidad de transparentarlo. Los de Corrientes, Formosa y Perú imponen la obligación de presentar declaraciones juradas periódicamente. Los de Santa Fe, Santiago del Estero y China remiten a las normas pertinentes. En el caso de Estados Unidos, a nivel federal es obligatoria la presentación regular de informes sobre la remuneración percibida, mientras que a nivel estatal en algunos Estados existe dicha obligación y en otros no.
- La mayoría de los códigos (con la excepción de los de Italia y China) prevén la formación de órganos (consejos, comités) de asesoramiento y consulta para que los jueces puedan evacuar dudas sobre temas éticos; las respuestas de dichos órganos son privadas, salvo que el juez autorice su publicación. Por lo general, estos órganos están integrados por abogados o jueces (en actividad, o retirados), por lo que el grado de apertura con respecto a otras profesiones o instituciones externas es prácticamente nulo.

b) Diferencias

- Si bien todos los códigos mencionan como principios rectores la independencia e imparcialidad, estos conceptos no se encuentran definidos en todos los casos. Y en los casos en que sí se intenta una conceptualización, ésta no es siempre coincidente. Con respecto a la independencia, los códigos de Santa Fe, Perú y China (con diferentes matices) entienden que es fundamental la posibilidad de ejercer sus funciones y tomar decisiones sin interferencias ni presiones; el de Venezuela, en cambio, toma como criterio que las decisiones del juez sólo puedan ser revisadas por los órganos jurisdiccionales competentes y que no pueda sancionarse disciplinariamente al juez por sus decisiones o por los fundamentos de ella. En cuanto a la imparcialidad, las diferencias en las definiciones esgrimidas son aún más notorias: el código de Corrientes entiende que ésta consiste en “atender con ecuanimidad a todas las partes en conflicto” y “dar igual trato a todas las personas, excluyendo las preferencias discretionales”; los de Santa Fe y Córdoba hablan de una “igualitaria distancia respecto de las partes”; el de Estados Unidos impone al juez “no dejarse llevar por intereses partidistas, clamor público o miedo de crítica”; el de Italia menciona la superación de prejuicios culturales y la búsqueda de soluciones equitativas para todas las partes; y el de China considera que ser imparcial implica resistir la influencia de las partes y sus abogados y ser neutral durante el juicio.
- Algo similar ocurre en lo que respecta a la relación del juez con los medios de comunicación: no todos los códigos tratan este tema en forma expresa, pero los que lo hacen adoptan posturas diferentes. Así, mientras en los casos de Corrientes y Perú se promueve una relación fluida, aclarando que ésta debe ser “apropiada, de mutua seriedad y responsabilidad”, debiendo los jueces “mantener el debido decoro, mesura y sentido de oportunidad”, los códigos de Italia y el de Santa Fe establecen como principio la abstención (de divulgación de información), y como excepción (y siempre que no estén obligados por el secreto profesional) la posibilidad de dar información para garantizar la exactitud de ésta y respetar el derecho de los individuos a saber, o también en casos en que esté en juego la reputación de las personas. China, en el extremo contrario del de Corrientes y Perú, prohíbe expresamente a los jueces “realizar comentarios en público o a los medios, por considerarlo perjudicial para la seriedad y respetabilidad de la sentencia”.
- En cuanto a la obligatoriedad de hacer pública la situación patrimonial del juez, por un lado encontramos la postura restrictiva de Córdoba (“el

patrimonio personal de los jueces se mantiene a resguardo de la curiosidad pública”; sin embargo, los jueces deben cumplir con la presentación de la declaración jurada para acceder al cargo) y, por el otro, las posturas amplias de Venezuela (“el juez debe estar siempre dispuesto a demostrar la licitud de su patrimonio”) y la de Formosa (el juez debe mantener sus declaraciones juradas a disposición del público).

- Con respecto a los órganos de aplicación y sancionatorios, las diferencias son muchas. En algunos casos directamente no se prevén (Italia, China, Formosa y Santiago del Estero). En otros, existen pero tienen facultades limitadas, como ser la elaboración de dictámenes que luego son elevados a un órgano judicial superior (Santa Fe) o la aplicación de sanciones ante la comprobación de faltas menores (Perú). En el caso de Estados Unidos, la diferencia se presenta según el nivel del que se trate; mientras a nivel federal la gama de sanciones va desde el apercibimiento hasta la suspensión, a nivel estatal ésta incluye la destitución. Cabe destacar, por último, que Venezuela es el país que con más detalle y esquematización trata el tema disciplinario ante el incumplimiento de lo dispuesto en su código.
- En cuanto a los órganos de asesoramiento en cuestiones éticas, también existen marcadas diferencias. Algunos códigos (Corrientes, Venezuela, Italia y China) no contienen ninguna disposición sobre el tema. Los códigos de Formosa, Santa Fe, Santiago del Estero, Córdoba, Perú y Venezuela sí prevén la formación de comités o consejos de asesoramiento, cuya integración está reservada a jueces o abogados retirados o en actividad, sin permitir el acceso a profesionales de otras disciplinas o ciudadanos comunes. Sólo algunos códigos de Estados Unidos (el de Texas, por ejemplo) acuerdan la participación en dichos órganos, además de jueces y abogados, de ciudadanos “legos”.

C a p í t u l o 8

OBSERVACIONES PARA UNA ÉTICA DE LOS JUECES

En este capítulo me voy a referir al nivel 5 de las capas de normatividad ética que he diferenciado en la *Introducción*. Consecuentemente con lo expresado allí me abstendré de todo intento de enunciar estándares normativos para la profesión judicial, los cuales existen por cierto en la tradición de la profesión, estén o no formulados en un código, y su explicitación o reformulación solamente puede ser el resultado de la reflexión y el debate abierto de los propios jueces. Me limitaré aquí, por lo tanto, a tener en cuenta la información presentada en el capítulo anterior sobre los códigos existentes y a introducir algunas reflexiones y comentarios sobre algunas orientaciones de esa normativa, cuya proyección trasciende el núcleo íntimo de la *cebolla* y compromete conceptos o principios más generales. Pero antes quiero aludir a los nuevos escenarios que diseñan la evolución de las democracias contemporáneas, en el contexto de los cuales las atribuciones y responsabilidades de los jueces están cambiando de manera significativa. Algunos códigos de ética judicial parecen ignorar estos nuevos escenarios y atenerse a las representaciones más tradicionales de la función judicial, pero en otros se reflejan algunas de las transformaciones en curso.

1. NUEVOS ESCENARIOS DE LA JUSTICIA

La moralización de la política y la juridización de la moral (así como de la vida social y de la política) son fenómenos llamativos de la época del final del siglo XX y comienzos del XXI. Se trata por cierto de fenómenos cuyo significado conlleva una gran ambigüedad. Bajo un aspecto, esta evolución puede considerarse, por ejemplo, como síntomas del final de los resabios anacrónicos de épocas arcaicas, transmitido a las Repúblicas por la tradición monárquica de la modernidad, según la cual el Estado y los gobernantes, como el Rey, no están sujetos a los

códigos morales de los vasallos, ni a la justicia, porque el soberano no litiga en un tribunal formado por sus súbditos. Los políticos actuales, en cambio, deben pagar caro las inmunidades que mantienen en el ejercicio de la función pública, transitando durante años por los despachos de los jueces después de haber fenecido sus mandatos. La clase política está bajo sospecha. Ellos se saben vigilados y esta situación los perturba. Algunos se defienden acusando a los jueces de buscar notoriedad mediante el procesamiento de los hombres públicos, o de lavar su propia trayectoria e intentar legitimarse llevando a prisión a los mismos personajes a los que deben su carrera y a quienes protegieron mientras estaban en el poder. En algunos casos será ciertamente así. El relieve que cobran algunos pequeños jueces se mide por la envergadura de los personajes que ellos han procesado. Pero el fenómeno general es más complejo y los miembros de la clase política que se ven acosados por la justicia saben que quienes están detrás de las denuncias o delaciones que los llevan a los tribunales son sobre todo sus propios adversarios o enemigos políticos. La mayoría de los jueces que abren procesos espectaculares contra políticos importantes, no se atreverían a hacerlo si no estuvieran respaldados (o presionados) por otros miembros de la misma clase política que detentan ahora el poder. Los moralistas y predicadores de la moral pública se rasgarán las vestiduras y dirán que esta línea de argumentación está encubriendo el problema real, que es la corrupción y el robo perpetrado desde la función pública. En algunos casos habrá ciertamente mucho de esto. No se trata de minimizar el problema de la corrupción, sino de llamar la atención sobre otro hecho, que puede llegar a causar más daño moral y político que el robo. El hecho es que la justicia y la ética son *usadas como un medio* más de las luchas de poder, para destruir a los adversarios en las internas de la clase política. A este juego están expuestos también los propios jueces. Como en todos los juegos competitivos de suma cero, en los juegos de poder unos ganan y crecen en la opinión pública (que es *ante quien* se escenifica el espectáculo) en la medida en que desestimian y hacen perder credibilidad a los otros. Cuando se hace de las cuestiones morales y jurídicas el eje de las campañas electorales, ello se tiene que interpretar además como síntoma de incompetencia, de falta de profesionalismo, y de la carencia de ideas y de propuestas políticas consistentes. En las dos últimas elecciones presidenciales en la Argentina, por ejemplo, no hubo debates políticos sustantivos, solamente eslóganes moralizantes y descalificación moral de los adversarios. El escenario de estas estrategias de las luchas de poder sólo en parte es el espacio circumscripto y reglado de la justicia; el centro de la escena pasa más bien por los medios de comunicación, los cuales juegan un rol activo y se constituyen como fiscales acusadores en los procesos. Con frecuencia son los propios medios los que descubren los hechos presuntamente delictivos o reciben las denuncias y llevan a cabo la primera investigación periodística de los casos de corrupción o mal desempeño de la función pública. En un

aspecto importante esta acción de los medios es evidentemente positiva y se convierte en colaboradora de la justicia, porque es gracias a ellos que muchos delitos que hubieran quedado encubiertos en la trastienda política aparecen a la luz pública y pueden ser juzgados. El hecho de que la acción de los funcionarios políticos y judiciales esté bajo la lupa de la observación y la crítica es un control democrático que puede influir en el sentido de un mejoramiento de las prácticas y del funcionamiento del sistema político y judicial. Pero, ¿quién controla a estos controladores? El funcionamiento de estos fiscales informales de la democracia, las motivaciones y objetivos de sus denuncias carecen, a su vez, de todo control democrático. La pretensión moralizadora de la crítica de los medios tiene que ser sometida a la misma hermenéutica de la sospecha y del desenmascaramiento que ellos emplean contra los funcionarios públicos. Lo cierto es que los medios y sus agentes periodísticos no son árbitros imparciales sino parte del juego, ya sea como jugadores interesados, o como fichas que se dejan jugar e instrumentalizar en los juegos de poder que *usan a la justicia y a la ética como armas* de la lucha política. Sus críticas y denuncias no son, por cierto, políticamente inocentes. Como empresas privadas, además, los medios se orientan por sus propios intereses comerciales. Si los procesos judiciales ocupan un lugar tan importante en los medios y estos invierten tiempo y dinero en cubrirlos, o en generar investigaciones propias, es también porque el público consume estas informaciones, y las empresas de comunicación social tienen garantizado un buen retorno. Este aspecto tiene también su lado positivo, porque es efecto del interés público sobre la moralidad de la política y los problemas de justicia.

En este escenario que se ha esbozado está claro que el “activismo judicial”, o el nuevo protagonismo de los jueces, fenómeno que se observa de manera igual, o más acentuada incluso, también en Europa y en EE. UU.¹ no es el resultado de una evolución interna del derecho y de la administración de la justicia, o de una transferencia de poder a los jueces, sino de una transformación de los espacios públicos y una consecuencia de la profunda decadencia y descrédito de la política y del autismo de la dirigencia en las democracias existentes. La sociedad ve a la política y a este Estado como la causa, o como parte sustancial de sus problemas, y no como la herramienta de la posible solución; las otras clases sociales juzgan incluso a la clase política como su enemigo principal. Y hay signos de que esta conciencia de la contradicción antagónica de los intereses de clase está incubando nuevas formas de resentimiento social y de un odio de clase focalizado contra las corporaciones del *establishment*, políticas, sindicales, empresarias. En esta situación el centro de gravedad del ejercicio de la ciudadanía tiende a desplazarse a otros campos exteriores a lo político, como la ética y el campo de los derechos. En

¹ Cf. A. Garapon, o. cit. pp. 27–32. Mi exposición en este punto se inspira en parte en el citado autor.

el contexto de la fractura existente entre la clase política y la sociedad civil, y frente a la pérdida de la independencia y representatividad popular de las instituciones políticas de la república, que han cobrado especial gravedad en nuestro país, pero no son por cierto fenómenos específicamente argentinos, “el lugar simbólico de la democracia tiende a emigrar del Parlamento a la Justicia. La justicia se convierte en *el lugar de exigibilidad* de la democracia, porque ofrece potencialmente a los ciudadanos la capacidad de interpelar a sus gobernantes, de tomarles la palabra y hacerles respetar las promesas contenidas en la ley” (Garapon, 1997, p. 42).

Los jueces no pueden evadir enteramente los nuevos roles que les asigna la sociedad, y deben asumir nuevas responsabilidades en este contexto. Pero no me parece tampoco, sin embargo, que pueda haber remedios judiciales para el funcionamiento inaceptable de las instituciones políticas. Los problemas políticos de esta democracia que tenemos generan también serios problemas a la justicia, que se ve desbordada, y a la economía que se paraliza por falta de inversiones, o se achica y entra en quiebra por la fuga de capitales. En la Argentina, como consecuencia de los juegos irresponsables de las luchas de poder entre los políticos, y de la inestabilidad y la ingobernabilidad que ello ha generado, se ha producido finalmente en el cambio de siglo la gran crisis económica que ha sumergido a gran parte de la población en unos niveles de pobreza y exclusión social impensables en un país como el nuestro.² Estos problemas políticos solamente pueden tener soluciones políticas, pero la justicia *debe asumir también la responsabilidad* de tomar las decisiones de alto impacto político y económico que son de su competencia sobre los conflictos judiciables que se producen en esta situación. Quiero dejar planteados aquí algunos interrogantes: ¿Ha estado la justicia a la altura de las circunstancias? ¿Ha demostrado el valor, o la fortaleza necesaria para asumir sus responsabilidades en medio de esta dramática crisis argentina? ¿Se ha preguntado la institución cómo ha visto y cómo juzga la sociedad el papel (o el no papel) que ha jugado la justicia en medio de la tragedia? Estas me parecen las preguntas verdaderamente serias y fundamentales sobre las que tiene que reflexionar la ética judicial hoy.

2. LOS JUECES Y EL PODER

Si se acepta la descripción de la deriva política contemporánea que acabo de esbozar, hay todavía dos maneras de interpretarla. Una es la comprensión de esta situación como resultado de una crisis de lo político y de la democracia. Es la que

² Cf. J. De Zan, “La exclusión del otro”, en *Erasmus. Revista Latinoamericana de intercambio cultural*, V, nº 2, Río Cuarto, 2003. pp. 143–164.

yo comparto y está esbozada en el apartado anterior. La otra ve en esta tendencia la maduración lógica de la idea del liberalismo político. El discurso judicial trata a las partes como individuos, y en esta relación la dimensión colectiva de lo político queda neutralizada, o se torna insignificante. En oposición al sistema totalitario, que disuelve las singularidades en la unidad del interés colectivo y de un proyecto común, la democracia presupone una sociedad que “se sostiene en una secreta renuncia a la unidad, en una sorda legitimación de la rivalidad entre sus miembros, en un abandono tácito de la esperanza de la unanimidad [...] y que asume hasta el final este desgarramiento interior”.³ En la democracia liberal la unidad es un equilibrio frágil, nunca consolidado y siempre revisable; esta construcción se apoya fundamentalmente en los derechos, y se realiza mediante la justicia. Del Estado se reclama ante todo *neutralidad* e *imparcialidad*, virtudes distintivas del sistema judicial. La expresión teórica más potente de una filosofía política concebida en estos términos es la obra de John Rawls, *Una teoría de la justicia*. Algunos de los críticos plantean la discusión con Rawls precisamente en este terreno, por ejemplo John Gray.

Para Rawls, igual que para Dworkin, F. A. Hayek y R. Nozick, la filosofía política es una rama de la filosofía del derecho, la rama que se ocupa de la justicia y de los derechos fundamentales. La meta de la filosofía política es una Constitución ideal [...] Los liberales legalistas aspiran a evitar el conflicto sobre la buena vida recurriendo a las ideas de justicia y de los derechos. En esto se demuestran pertenecientes a un linaje que se remonta a Kant, quien intentó desarrollar una filosofía política basada en el derecho [...] En el *Liberalismo político* no se deja nada de importancia a la decisión política [...] La institución central del “liberalismo político” de Rawls no es una asamblea deliberativa, como un parlamento, sino un tribunal de justicia. Todos los temas centrales se sustraen a la deliberación política, para ser adjudicados por un tribunal supremo [...] De hecho la doctrina de Rawls es un tipo de legalismo antipolítico.⁴

Independientemente del mencionado debate sobre la teoría de la justicia, el activismo de los jueces, orientado a promover (o a obstaculizar) determinadas tendencias u objetivos políticos mediante su interpretación y aplicación del derecho, o las crecientes demandas de decisión judicial que les plantea la sociedad, han encendido las alarmas sobre los peligros o las deformaciones de la democracia que acarrearía un cogobierno de los jueces. Se suelen señalar dos modelos existentes de articulación institucional de la justicia con la política: el primero, *burocrático*, estructurado de manera jerárquica y fuertemente integrado en el aparato estatal,

³ M. Gauchet, “L’expérience totalitaire et la pensée du politique”, en *Esprit*, nº 7–8, 1976, p. 16 (citado en Garapon, p. 44)

⁴ John Gray, *Las dos caras del liberalismo*, Barcelona, 1993, pp. 24–29, cf. nota 6.

que caracteriza a los sistemas de derecho continental europeo; el segundo, que se puede denominar *aristocrático* y profesional, más conectado a la corporación de los abogados, es más típico de los países del *Common Law*. No obstante sus diferencias, ambos modelos podrían derivar en el sentido señalado, en la posición dominante de una nueva clerescía legalista separada de la sociedad y poseedora de un saber y un lenguaje incomprensible para los legos (como el latín de los antiguos clérigos), cuyo poder escapa a todo control democrático.

La misma crisis de la democracia o de la política sin más, que hemos mencionado en los párrafos anteriores, y los graves problemas de calidad institucional que aquejan a algunos cuerpos fundamentales de la estructura del Estado republicano, ha dado lugar en las últimas décadas al surgimiento de una fuerte corriente de pensamiento político que ha revisado las raíces históricas y funcionales de la situación presente y ha propuesto, con diferentes variantes, un nuevo modelo de democracia que se identifica con la idea de la “democracia deliberativa”. En este contexto teórico, algunos autores han planteado también una fuerte crítica frente a la tendencia al crecimiento inédito del poder de los jueces, y la discusión de una de sus causas fundamentales, que es la facultad de control de constitucionalidad de las leyes. Esta línea de pensamiento, que tiene cierta escuela en EE. UU., está representada entre nosotros por R. Gargarella. Es claro que desde el punto de vista de una teoría de la democracia en la cual la legitimidad de las decisiones vinculantes tiene que apoyarse en la voluntad de la mayoría, el poder de los jueces de invalidar las decisiones mayoritarias del Legislativo no parece fácil de justificar, aunque uno entienda que este poder le ha sido delegado a los jueces por la misma mayoría del pueblo que, en la asamblea constituyente, ha instituido al Parlamento como poder legislativo.

¿Cómo podemos aceptar que la última palabra constitucional quede en manos de un grupo de personas (pongamos una mayoría de cinco jueces dentro de la Corte Suprema) que nosotros no hemos elegido, y sobre los cuales carecemos de casi todo control? ¿No abrimos así la posibilidad de que la voluntad del pueblo quede desplazada por la voluntad de cinco técnicos o expertos a quienes no conocemos ni podemos controlar? [...] Considerando este tipo de problemas, muchos autores han comenzado a hablar del *carácter contramayoritario* de la revisión judicial de las leyes (Bickel, 1978).⁵

La argumentación de este autor se mueve en el terreno de la teoría política y del derecho constitucional, y se apoya en estudios bien documentados de historia institucional, sobre todo norteamericana, que mostrarían que este poder de revi-

⁵ R. Gargarella, *Crítica de la Constitución*, C. i. Buenos Aires, 2004, p. 68. En el capítulo 3 de este libro condensa el autor las conclusiones de su obra mayor sobre este tema: *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

sión tiene una raíz conservadora, o elitista, y presupone que para tomar la decisión correcta en estas cuestiones constitucionales no es necesario (o quizás no es prudente) consultar a la ciudadanía. Su posición se apoya además en la tradición de pensamiento que entiende que “todos los posibles afectados por una determinada decisión deben tomar parte del proceso deliberativo para la toma de dicha decisión” (Gargarella, 1996, p. 13). Este principio es un presupuesto fundamental de la idea normativa de la democracia deliberativa, tiene que ver con el respeto de la autonomía de las personas, y se conecta con el principio metódico del discurso moral, que he propuesto aquí en el capítulo 2. No es pensable sin embargo su aplicación directa y sin mediaciones institucionales a la toma de las decisiones políticas en las actuales sociedades complejas y en los grandes Estados modernos. Gargarella intenta deslindar también correctamente su propuesta de una interpretación o instrumentación de este principio de tipo “*radical populista*”. Pero por otro lado manifiesta un gran escepticismo sobre la calidad democrática y la transparencia de las mediaciones político-institucionales existentes, especialmente en la Argentina. Este diagnóstico pesimista, y el pronóstico poco alentador sobre el progreso de la democratización de la política, aconseja finalmente, no obstante los reparos teóricos, mantener el control externo de legitimidad constitucional de las decisiones políticas por parte del Poder judicial. El debate abierto me parece no obstante una contribución importante al objetivo compartido de exigir la apertura o acercamiento a la sociedad civil por parte de los poderes del Estado, incluyendo el judicial, y buscar las formas de expandir el poder democrático y el control ciudadano sobre ellos.

La crítica de las condiciones insatisfactorias de la democracia existente podría ser ampliamente justificada mediante el análisis del funcionamiento de los órganos políticos del Estado, que basta aquí con mencionar, como los excesos del presidencialismo, la falta de independencia de los otros poderes frente al Ejecutivo, la escasa representatividad y calidad institucional del Parlamento, etc. Gargarella concluye el capítulo sobre el Poder Judicial de su libro más reciente con estas consideraciones: “En contextos como el nuestro, en el que las ramas políticas del gobierno aparecen tan vulnerables frente a la crítica democrática, todas las reformas que se dirijan a limitar el poder de los jueces, y que al mismo tiempo dejen a salvo el cuestionable poder de las demás ramas del gobierno (poder que entonces resultaría expandido, gracias a las restricciones fijadas al Poder Judicial), deberían ser reformas a mirar con alta sospecha” (2004, p. 86). Yo creo además que los derechos de los ciudadanos estarán mejor garantizados si se mantiene y se hace efectiva la cuestionada facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos del Poder Ejecutivo. La preocupación de Gargarella por el, para él, excesivo poder de los jueces, tiene su justificación a partir de un estereotipo de la personalidad y el *modus operandi* de estos funcionarios, que es proba-

blemente representativo. Pero esta realidad del personal judicial se puede y se tiene también que modificar, mejorando su calidad mediante procedimientos más rigurosos y exigentes de selección de los candidatos, con participación de la opinión pública, perfeccionando por ejemplo el método de consulta implementado por el actual gobierno para los ministros de la Corte. Y sobre todo en la medida en que el modelo de una personalidad desconocida, aislada e imprevisible, evolucione en el sentido de una mayor inserción y responsabilidad social y política.

De todos modos, tampoco podemos hacernos excesivas ilusiones sobre la efectividad del control de constitucionalidad mientras cada nuevo gobierno busque la forma y las excusas para decidir una nueva conformación de la Suprema Corte, como ocurre en la Argentina desde hace muchas décadas. Lo que es dudoso, además, es si alguna vez “las ramas políticas del gobierno” y, en general, las instituciones políticas, dejarán de ser altamente sospechosas de confiscar para sí el poder que la democracia les confía como administradores de la cosa pública. Yo me inclino a pensar, teniendo en cuenta la experiencia de toda la historia humana, que ese es el destino de toda institucionalidad en general, y especialmente de este “mal necesario” que es el Estado.⁶ Esta perspectiva puede ser pesimista, pero no debe inhibir el juicio sobre la situación actual de la política en la Argentina como especialmente insatisfactoria y necesitada de una reforma en serio. En cualquier caso siempre será prudente prever y hacer efectivo un *doble control*, el control recíproco entre los poderes institucionales, y el control directo del poder democrático no institucionalizable de la opinión pública, de las asociaciones libres de la sociedad civil y de los movimientos sociales con sus diferentes formas de manifestación y de acción, que incluye la presencia masiva en las calles como la hemos visto, y no sin alguna eficacia, en los últimos tiempos en la Argentina.

La independencia de los jueces no debería interpretarse tampoco, sin embargo, como desconocimiento de las políticas votadas por el pueblo, o como la (imposible) incomunicación de los jueces con el gobierno elegido por la mayoría. “El problema es hacer que la influencia de la política sobre la justicia sea transparente, más que negarla virtuosamente”, escribe Garapon (1997, p. 260). En este sentido, la justicia debe estar abierta a las orientaciones políticas democráticamente legitimadas por los consensos sociales. Más aún, los jueces como ciudadanos calificados *deben participar* activamente en la construcción de estos consensos democráticos, prestando especialmente su contribución profesional para que, desde su génesis en la base social y en la opinión pública, la construcción de los proyectos políticos respete y expanda los derechos fundamentales. También es

⁶ Cf. J. De Zan, “Filosofía y política en Hannah Arendt”, en *Cuadernos del Sur*, Revista de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2003.

deber profesional de los jueces proteger los derechos de los individuos y de las minorías frente a los representantes de la mayoría en el gobierno.

Los problemas políticos discutidos en este punto resultan finalmente banales si no se los relaciona con la situación que más profundamente debe preocuparnos en estos días, de la pobreza, la desocupación y la exclusión social, que ha transformado a esta Argentina en *una sociedad dividida y violenta*.⁷ Pero las cuestiones políticas aquí planteadas tienen mucho que ver con el origen de estos graves problemas y con la falta de una adecuada respuesta del Estado. Los planes de asistencialismo pueden paliar el hambre, pero no resuelven, sino que subrayan la vergonzosa e indignante cuestión moral de la exclusión de los grandes sectores sociales marginados, y generan problemas nuevos de muy difícil solución. Esta situación resignifica cualquier otro tema que se quiera pensar, pero especialmente el de un libro como este sobre *La ética, los derechos y la justicia*.

3. ACLARACIONES SOBRE LOS ESTÁNDARES DE ÉTICA JUDICIAL

El Código de Conducta de los Jueces Federales de los EE. UU. incluye, en el comentario al canon 1, esta interpretación del tipo de normas que están contenidas en él: “Los cánones son *normas de la razón*”. Como ese documento ha tenido una importante influencia en el avance de la tendencia a la codificación escrita de los cánones de la conducta judicial, me parece significativo aclarar el estatuto de este tipo de reglas.⁸ Para comenzar hay que tener presente la diferencia entre reglas o leyes teóricas y reglas o leyes prácticas. Las primeras, como la ley de la gravedad, para dar un ejemplo paradigmático, se construyen a partir de la observación de ciertas regularidades observadas, son a posteriori, y permiten inferir predicciones probables o hipotéticas. El fracaso de las predicciones se interpreta como falsación de la hipótesis. En el caso de las reglas prácticas, en cambio, su formulación puede ser anterior e independiente de su cumplimiento en los hechos. Sólo se puede decir por lo tanto que *hay que*, *se tiene que*, o *se debe* seguir tales reglas, por tal o cual razón o motivo. El cumplimiento o incumplimiento de la regla no prueba nada sobre su validez o invalidez. Sólo en el caso de las reglas prácticas tiene sentido hablar de normas, para las cuales se han elaborado también definiciones más precisas que permiten su diferenciación dentro del género de las reglas prácticas. Las leyes se suelen entender como reglas que no tienen excepciones.

⁷ Cf. J. De Zan, “La sociedad dividida”, en *Violencia, instituciones y educación*”, vol. colectivo. Editado por D. Michelini y otros, Fundación ICALA, Río Cuarto, 2002; también, del mismo autor: “Decir que no”, en *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, nº 10, 2002, y “La filosofía de la liberación de los setenta y la Argentina del siglo XXI”, en *Erasmus*, V, nº 1-2, 2004.

⁸ Para estas definiciones, cf. Ernst Tugendhat, *Lecciones de ética*, Barcelona, 1997, pp. 41-47.

Hay tipos muy diferentes de reglas prácticas. Uno es por ejemplo el de las reglas sociales, cuyo incumplimiento acarrea como consecuencia algún tipo de reproche o de sanción por parte del grupo social. Otra clase es la de las reglas de un juego, como el ajedrez, por ejemplo. Si uno quiere jugar ajedrez *tiene que* mover las piezas conforme a la regla de este juego. Uno podría inventar otra manera de mover, pero entonces estaría jugando otro juego, porque éste se define por sus propias reglas. Para algunos autores las reglas del lenguaje son de este tipo.

El otro tipo de reglas prácticas que interesa destacar aquí es, precisamente, el de las llamadas *reglas o normas de la razón*. La expresión es de raíz kantiana, aunque Kant empleaba otro lenguaje. El hablaba de “imperativos”, como “*mandatos de la razón*” que dirige a la voluntad. “Todos los imperativos se expresan por medio de un *debes*, o *tienes que*, y muestran así la relación de una *ley objetiva de la razón* que ordena a la voluntad [...]” (*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Col. Austral, Madrid, 1993, p. 60). Estas reglas, o leyes *de la razón*, prescriben ciertas acciones *como racionales, o razonables* con respecto a lo que uno *es*, a lo que *desea ser*, o a lo que *quiere hacer*. No es racional o razonable obrar de manera inconsistente con lo que uno es, con la propia identidad, o con los fines que uno mismo se propone lograr. Se habla por lo tanto en este sentido de reglas de la *razón* en cuanto explicitan las conductas que son consistentes con las condiciones constitutivas del propio sujeto, con sus convicciones y con los propios fines de la acción. Se puede decir que esta clase de reglas son autónomas, porque no provienen de la decisión de una voluntad ajena, sino de la razón del propio sujeto de la acción. Las normas morales y las reglas técnicas son, en este sentido, reglas de la razón. Comenzando por las últimas: las reglas que Kant llamaba “de habilidad”, pero especialmente las reglas de la técnica, que tienen un soporte de conocimientos científicos y ya han sido experimentadas, son sin duda las más racionales para hacer determinadas cosas. Las reglas de la razón se pueden enunciar en la forma de oraciones condicionales, por ejemplo, “si queremos que el puente resista un peso de tantos kilos tenemos que tender vigas de tanto espesor”; “si quieres llegar a ser un buen pianista tienes que tocar seis horas diarias”; “si quieres llegar a ser un buen juez tienes que perfeccionar tu conocimiento del derecho”. Otra clase de regla de la razón que puede distinguirse de las reglas técnicas son las que Kant llamó reglas de “sagacidad”, o de prudencia (quizás los dos últimos ejemplos anteriores podrían incluirse aquí). Estas dos clases de reglas de la razón son las que examina el tipo de “discurso pragmático”, ya expuesto en el capítulo 2.1. Kant no hablaba de “reglas”, como ya se dijo, sino de “imperativos”, y los definió de esta manera:

Todas las ciencias tienen alguna parte práctica que consiste en problemas que ponen algún fin posible y en imperativos que dicen como puede conseguirse ese fin. Estos pueden llamarse en general imperativos de *habilidad*. No se trata de si el fin es racional o bueno, sino sólo de lo que hay que hacer para conseguirlo [...] Ahora bien, la habilidad para elegir los medios conducentes al

mayor bienestar propio posible, puede denominarse *sagacidad* (*Klugheit*) [...] Todos los imperativos mandan, ya sea *hipotética*, ya sea *categóricamente*. Los primeros representan la necesidad práctica de una acción [o el *tener que* hacer tal cosa] como medio para conseguir otra cosa que se quiere de hecho o puede quererse [la “necesidad práctica” esta condicionada en este caso a la *hipótesis* de que efectivamente se quiera ese fin]. El imperativo categórico sería, en cambio, el que se representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria [en el sentido de obligatoria] [...] Este último es un imperativo que, sin poner como condición ningún propósito a obtener por medio de cierta conducta, manda esa conducta inmediatamente [como en sí misma buena, o como la forma correcta de obrar]. Tal es el imperativo *categórico* [...] La primera clase de imperativos podrían también llamarse *técnicos*; los de la segunda clase, *pragmáticos*, y los de la tercera, *mORALES*”. (*o. cit.*, pp. 61 y 63-64).

Las normas morales son reglas de la razón que se relacionan con la identidad más profunda de la persona en cuanto tal. Prescriben las conductas que son consistentes con la condición humana, de animal que tiene *logos*, como decía Aristóteles. (“Logos” se ha traducido por *razón*, pero significa en griego también *palabra*, lenguaje, y es la raíz de *diálogo*). A diferencia de las reglas técnicas, las normas morales no se expresan en oraciones condicionales, como indicación de los medios que se tienen que emplear *si se quiere* obtener un determinado fin, sino que tienen una forma incondicional. Una norma moral no enuncia lo que uno tiene que hacer *si quiere* tal fin, sino lo que uno *debe querer*, y como debe obrar, cualquiera sean los fines exteriores (o no morales) que pretenda. Uno debe respetar los principios morales, no como *medio para* obtener algún fin, sino *por sí mismos*, porque indican *la forma correcta de ser y de obrar*. Estas determinaciones definitorias de las reglas morales tienen que ver con el sentido moral de *bueno*, que no es un predicado relativo a otra cosa, como cuando digo que algo es *bueno para* la salud, o *para* la economía, etc. *Bueno* y *malo* en sentido moral (y los otros predicados morales como *justo-injusto*, *correcto-incorrecto*, etc.), no son predicados relativos a cosas, u objetos, sino que se atribuyen primariamente a personas, a los propios sujetos de la acción y del lenguaje (y no juzga su aptitud o idoneidad particular *para algo*, sino su calidad humana como persona: “hombre bueno”, o “decente”, “buena persona”). En tal sentido, “bueno” y “malo” son valoraciones gramaticalmente absolutas, porque los juicios morales tampoco son relativos al propio sujeto que los enuncia, como expresivos de su subjetividad, como cuando digo que algo *me desagrada*, sino que tienen una pretensión de validez objetiva y universal. Según otras teorías, como el utilitarismo, sin embargo, la racionalidad de la moral se relaciona con los fines más generales e importantes, como la felicidad o la utilidad general.

En cuanto a las reglas sociales, se pueden diferenciar aquí tres clases. 1) Las normas jurídicas se caracterizan por un efecto de coerción respaldado por el poder público. En el campo del derecho penal el incumplimiento de las normas trae apenada la sanción externa o la pena correspondiente, prevista dentro de una jurisdicción. En las definiciones tradicionales las reglas del derecho se suelen caracterizar también porque, entre otras determinaciones, a diferencia de las reglas de la razón, serían heterónomas. La idea normativa de una democracia deliberativa y radical tendría que cuestionar esta determinación. 2) Las reglas convencionales ejercen “una presión social difusa”, y la sanción por su incumplimiento consiste en algún tipo de reproche o exclusión de un determinado círculo social. 3) La moral se presenta también como una clase de reglas sociales. Puede tratarse de una moral que rige por efecto de la tradición, o de una moral convencional. No siempre es fácil diferenciar las normas de esta moral de las otras reglas sociales convencionales. Pero también hay normas de la moral crítica, posconvencional, que se hallan incorporadas en la sociedad moderna como reglas sociales. Este aspecto de la moralidad social positiva ha sido tratado más ampliamente en el capítulo 3.1.

Las normas de una ética profesional, como la ética judicial, son también reglas de la razón en cuanto prescriben las conductas que son *consistentes con la función* social de esa profesión. El profesional está moralmente obligado a todo aquello que es razonable para el buen desempeño de las funciones y responsabilidades profesionales que ha asumido, para el cumplimiento de los fines de la profesión, o para los bienes sociales que tiene bajo su tutela. En estos campos de la ética aplicada a las profesiones, lo moral está en estrecha conexión con los modelos y los estándares de excelencia de la práctica profesional, como se ha explicado en el capítulo 6.1. Es claro que para ser un buen profesional no basta con ser una buena persona, y podría decirse que esta no es no es una condición indispensable. Se requiere sobre todo “tener oficio”, dominio de las reglas, eficiencia y maestría en la práctica profesional. Se podrían formular incluso las siguientes paradojas: 1) alguien puede ser una buena persona en el sentido moral, pero ser, al mismo tiempo, desde el punto de vista técnico, un mal profesional y, a la inversa: 2) alguien puede ser moralmente reprochable en muchos aspectos de su vida personal y de su calidad humana, pero ser al mismo tiempo *muy profesional*, y técnicamente excelente. Yo no encuentro objeciones a la última proposición en términos generales, y abstractamente considerada. Sin embargo, en algunas profesiones sociales, como la del docente y la del juez, las exigencias de la propia función profesional se conectan muy estrechamente con la calidad moral de la persona, por razones obvias que no necesito explicitar aquí. La primera proposición, en cambio, me parece inconsistente e inaceptable porque la responsabilidad y la rectitud de la conducta plantean a todo profesional ante todo la exigencia moral básica de ser competente en el ejercicio de su profesión. Y una buena persona, que ha incorporado la

rectitud moral como cualidad o virtud fundamental, si no posee ni se siente capaz de adquirir la debida competencia para una función, naturalmente no la asume, o renuncia y deja su lugar a otros que tengan la aptitud que se requiere para hacer bien las cosas. Puede pensarse que la actitud de autocrítica que presupone mi aseveración es muy rara, y que es poco realista plantearla como una exigencia moral. Yo pienso que es tan rara y poco realista como la moral misma, ni más, ni menos; y que no requiere una especial capacidad de autocrítica, la cual sí puede ser más escasa, porque la buena disposición moral conlleva mucha apertura, actitud de diálogo y humildad para escuchar a los demás. El hombre que no es soberbio, o arrogante, es accesible a la crítica y tiene siempre buena oportunidad de saber, en el diálogo con los demás, cuántas veces se equivoca. En este sentido la moralidad tiene mucho que ver con la posibilidad de conocer la verdad en general, y también, en especial, la verdad sobre nosotros mismos.

Según algunos autores, los códigos de ética profesional, o institucional, están a mitad de camino entre la ética y el derecho.⁹ En rigor, la ética no es codificable. Conforme al concepto de la ética, y a las diferencias con el derecho que he expuesto en la Primera Parte de este libro, en la medida en que los códigos de ética judicial son dictados, supervisados o aprobados por el Poder Judicial, o por el Legislativo (y quizás no puede ser de otra manera), y que prevén algún tipo de sanciones externas, estamos ante una cierta forma de juridización de normas o reglas disciplinarias. Este carácter híbrido de dichos códigos se acentúa por el hecho de poder diferenciar un texto normativo (esto es, el código propiamente dicho) y una función institucional (es decir, las atribuciones de un órgano o ente encargado de la interpretación y de la aplicación de tales normas), como se ha visto en el capítulo anterior. En principio la Ética en sentido estricto no admite otro órgano de aplicación que la propia razón, la conciencia moral y la voluntad autónoma del propio actor. Enseguida agregaré sin embargo algunas restricciones a este principio para el caso de la ética aplicada a las profesiones. Con estas observaciones no se quiere de ninguna manera desacreditar a los códigos de ética judicial (son los propios afectados quienes tienen que debatir sobre la conveniencia práctica de imponerse tales códigos fijados por escrito); de lo que aquí se trata es solamente de relativizar, desde el punto de vista de la Ética, la relevancia propiamente moral de estos instrumentos.

Me ha resultado interesante y digna de consideración la descripción y valoración que hace W. MacKay (1995, pp. 8-12) de la forma como se realizó la revisión de 1990 del Código Americano, como una experiencia que puede servir de

⁹ Cf. Victoria Camps, "Moral pública y moral privada", en J. S. Avarezunde (ed.), *Actas del 2º Congreso Nacional de Bioética Fundamental y Clínica*, Madrid, 1999, p. 54.

modelo. Mostró en primer lugar que un código tiene que ser comprendido como un documento revisable, que evoluciona y se actualiza. El comité nombrado a tal efecto coordinó un estudio de los códigos existentes, de la literatura específica y datos estadísticos. Mantuvo audiencias públicas y realizó consultas a instituciones y expertos. Los jueces de los diferentes niveles, federales y estatales, fueron encuestados. El proceso se extendió a lo largo de tres años y la revisión fue el resultado de un esfuerzo cooperativo de parte de los jueces, las instituciones vinculadas a la justicia y el público en general. El mencionado autor considera que este tipo de proceso abre un espacio de confrontación y discusión de los puntos de vista y actitudes personales y puede ser una buena oportunidad para superar el aislamiento moral de los miembros de la profesión, que les permita aprovechar la experiencia de otros colegas y tener en cuenta las opiniones del público para evaluar las conductas, resolver las situaciones que deben enfrentar, o detectar problemas sobre los que no habían reflexionado. La opinión de que la moral es una cuestión privada, íntima, de la conciencia personal, tiene razón en un punto, en cuanto a la valoración y el juicio moral en situación del contexto concreto de acción, que hace que la decisión en cada caso sea siempre un acto de responsabilidad personalísima. Pero esta opinión se equivoca si lleva la presuposición de que la conciencia individual es autosuficiente y no tiene necesidad de escuchar y pensar los puntos de vista y las valoraciones de los demás. Hay que decir además, y de manera general que, como he mostrado en el capítulo 2, la moral es una institución social fundamental, y que no puede haber criterios de moralidad meramente subjetivos y privados.

Las instancias de consulta y discusión de problemas éticos de la profesión deberían ser permanentes, y tener algún grado de institucionalidad, con la participación de los posibles afectados, que aporten *puntos de vista independientes* de los intereses corporativos, más ligados a la realidad social, y de expertos de otras disciplinas no jurídicas, que puedan aportar una comprensión informada por la investigación y la reflexión sobre las perspectivas teóricas de las disciplinas relacionadas con los distintos campos de aplicación (por ej. sociología, ciencia política, antropología, psicología, filosofía, economía). En el capítulo 1.9. he definido la “Ética aplicada” a los diferentes campos de actividad de las distintas profesiones (éticas profesionales), en concordancia con la gran mayoría de los autores que se han ocupado del tema, como campos de cooperación interdisciplinaria. Este requisito de la *interdisciplinariedad* de las perspectivas parece indispensable si se tienen en cuenta las innovaciones constantes de la ciencia, que obligan a redefinir conceptos (como los de vida y *muerte* biológica, y los conceptos de la genética y la embriología, para mencionar un ejemplo relevante de este campo), los avances de las tecnologías, cuyas aplicaciones son muchas veces de consecuencias muy difíciles de prever (por ejemplo, para el equilibrio ecológico), y los delicados equi-

librios de la economía y las finanzas globalizadas, que no están previstos por lo general en la legislación vigente. Además, la complejidad de las sociedades contemporáneas, y los nuevos problemas que plantean los procesos acelerados de cambio cultural, social, económico y político, tornan obsoletas a muchas instituciones tradicionales de la vida social y del derecho; el descentramiento de la posición del Estado en la sociedad posmoderna y los roles diferentes, pero no menos importantes, que tiene que asumir la política en los contextos de integración regional y global, etc., desbordan masivamente la información y los puntos de vista teóricos que puede aportar por sí mismas las propias disciplinas jurídicas.

4. LA JUSTICIA Y LOS MEDIOS

Los códigos de ética judicial vigentes que he podido mirar muestran una especial preocupación, y con buenos motivos, por la relación de la justicia con los medios de comunicación. Los medios, sobre todo la televisión, no se limitan a informar ni a criticar la actuación de la justicia, sino que intervienen directamente en el curso del acontecer judicial y extrajudicial. Algunas veces inician la investigación antes que los casos *hayan* llegado a los tribunales (los jueces se enteran de los delitos por los diarios y conocen a los testigos por la televisión). Las investigaciones periodísticas verifican y certifican las informaciones, interrogan a los testigos, muestran incluso a veces al acusado y le dan la oportunidad de ejercer públicamente su defensa, etc. No solamente llegan a tener una intromisión significativa en la justicia y ejercen una presión que puede superar la capacidad de resistencia de muchos jueces, sino que remedan a veces con anticipación, con mucho más realismo y ante un público inmensamente mayor, todo el ritual del proceso judicial, su escenografía, los roles de los actores oficiales y la lógica procedural, llegando a poner en escena personalmente a los acusados y acusadores. Las partes pueden aprovechar este doble escenario que se les ofrece: el lugar institucional de la justicia, y el no lugar, múltiple, virtual, de gran movilidad y ubicuidad de los medios, para desplegar diferentes estrategias de defensa, que se trasvasan inevitablemente de un escenario al otro, y hacer jugar alternativamente, según su conveniencia, la prensa contra la justicia, o la justicia contra la prensa. Esta suerte de competencia con la institución jurisdiccional, que pretende ofrecer una representación más verídica que las ficciones procedimentales del proceso formal, priva a la democracia de la simbólica de la institución judicial, o se apropiá de ella en un *avant première* que carece de toda presunción de imparcialidad y de controles responsables. “Los medios representan la ilusión de la democracia directa, el sueño de un acceso a la verdad libre de toda mediación procedural o institucional” (Garapon 1997, p. 71). Lo cierto es que en la actual sociedad mediática *la realidad* no se constituye como tal (o no se determina solamente) en la institución, sino en el espacio público configurado por los medios. La justicia como acontecimiento

instituido que se construye mediante sus propios procedimientos, y el poder no instituido, libre de procedimientos, pero igualmente constituyente de realidad de los medios, necesitan equilibrarse y no debe permitirse que estos últimos sean por sí mismos la expresión dominante, a la vez los escenógrafos y los actores que monopolizan el espacio público de la realidad social. Pero *el requerido equilibrio no se puede realizar en la democracia mediante censuras o limitaciones de la libertad de los medios, sino mediante el uso formal de estos por la institución judicial a través de los jueces*. En estas condiciones los jueces se verán enfrentados probablemente, cada vez más, con nuevas responsabilidades y formas de *presencia en los espacios públicos*. No se trata de fomentar el protagonismo personal de los jueces mediáticos. Pero tampoco se podrá preservar ya la retracción y *la ausencia de la justicia, o el vacío de poder judicial ante el público*, porque la lógica del vacío es inexorable, como lo saben muy bien los políticos y otros actores sociales y culturales. Quizás también los jueces tendrán que aprenderlo, porque el vacío de su falta de presencia lleva necesariamente al reemplazo de la justicia en lo público por otros actores que están prontos a llenar ese vacío.

Yo creo que el involucramiento de los medios en la justicia es en sí mismo un avance positivo, porque el interés de los medios es un reflejo del interés de la sociedad por la justicia, institución fundamental del sistema republicano. Está bien que los medios transmitan toda la información, canalicen las críticas de la sociedad civil, actúen como órganos informales de control, e incluso colaboren con la investigación judicial. Lo que me parece preocupante es que lleguen a usurpar el lugar simbólico de la justicia. Y creo que los responsables de esta institución deberían preguntarse si la evolución de la dinámica comunicacional en este aspecto y los nuevos roles que asumen los medios en este campo, no son una consecuencia del vacío que ha dejado la institución judicial en el espacio público de la comunicación social. A fin de cubrir este vacío y desplazar el protagonismo pseudojudicial de los medios podría imaginarse que los procesos judiciales adopten una escenificación adecuada para su trasmisión en vivo y en directo. Se evitarían con ello muchas deformaciones de los remedios mediáticos de los procesos y el público tendría toda la información de fuente más segura y confiable. Además, la institución tendría una importante fuente de financiamiento adicional para contribuir a resolver la precariedad de sus recursos de funcionamiento. Las opiniones en este sentido no pueden ser discutidas aquí. Basta decir que la discusión debería sopesar con prudencia también los riesgos de introducir de manera sistemática las cámaras en las audiencias públicas, como el riesgo de que se imponga en el proceso judicial la lógica del espectáculo, y de que la representación se convierta en lo sustancial, cobrando mayor importancia que lo que se representa, porque en los medios el acontecimiento consiste en la representación misma, o en el hecho de la comunicación con el público. *Transparencia y distanciamiento de las presiones del*

público son dos condiciones importantes de una ética de la justicia, dice Garapon. Pero estas dos condiciones se repelen y es preciso buscar un equilibrio que preserve a ambas al mismo tiempo.

Es necesario marcar las diferencias esenciales que deben preservarse. La sentencia jurisdiccional consta de dos partes: la parte resolutiva o dispositiva que contiene el juicio propiamente dicho, y los considerandos que han de exponer todas las razones y motivos por los cuales el juez ha dicho lo anterior. Esta exposición es parte esencial de la sentencia. Una sentencia que carece de justificación es arbitraria y está sujeta a revocación o anulación. En una emisión de televisión, en cambio, se formulan juicios, se dice y se muestra todo, menos los motivos por los cuales se hace todo eso. No sabemos si es para divertir, informar, vender... La pragmática de los lenguajes es muy diferente. Lo que hace el juez al decir su sentencia es aplicar el derecho (o crear una norma individual), y la fuerza ilocucionaria de su expresión está explícita en su lenguaje. El comunicador social puede estar haciendo en cambio muchas cosas diferentes con su discurso. El caso es que no lo dice, o da a entender otra cosa diferente de lo que está haciendo en realidad con el televidente crédulo e indefenso. "En la pantalla todo el mundo adquiere visibilidad, menos lo que se encuentra detrás de las cámaras". En el proceso judicial la descripción de los hechos se ajusta a procedimientos probatorios estrictamente controlados que tienen que ser expuestos y sometidos a la crítica y a las objeciones de la defensa; en los medios, los discursos y las decisiones a las que obedece la construcción de la realidad permanecen siempre como lo *no dicho*, que escapa a toda discusión. La distinción entre imagen y realidad queda encubierta. La imagen pretende bastarse a sí misma y no se presenta como una puesta en escena, sino como la realidad que se muestra a sí misma sin mediaciones. Es preciso desenmascarar este "mito de la transparencia".

Los medios lo vuelven todo transparente, menos el lugar de donde procede esa transparencia, es decir, ellos mismos [...] Los medios muestran una realidad pero enmascaran, a su vez, el lugar de poder de donde procede esa imagen que ellos muestran [...] Siempre hay mediaciones [tanto en la justicia como en los medios, por ejemplo], pero cuando no se las menciona y se las expone a la luz pública, estas mediaciones quedan en manos de personajes invisibles, por lo tanto irresponsables. Nunca las sociedades han invocado tanto la transparencia, y nunca han sido tan opacas para sí mismas (Garapon, 1997, p. 91).

La descripción esbozada de las prácticas de los medios de comunicación no tiene por objeto desprestigiar la importante función que ellos desempeñan como contrapoder irremplazable en el funcionamiento de la democracia moderna, sino denunciar el mito de la transparencia, destruir la ingenuidad de los consumidores de imágenes y promover una actitud crítica frente a la realidad construida en el

espacio público de la sociedad. Esta actitud crítica es una condición indispensable para una relación madura de los jueces con los medios. Cada vez más necesaria, la relación de la justicia y los medios quizás no suprima nunca enteramente la conflictividad que se manifiesta en los reproches (muchas veces justificados) que hacen los medios a la administración de la justicia, y la descalificación de los jueces, también justificada muchas veces, del tratamiento sensacionalista o tendencioso que hacen los medios de los procesos judiciales. Esta ambigua relación no excluye sin embargo la colaboración recíproca, que puede ser muy productiva no sólo por la información que pueden trasmisir los medios a la justicia, sino por el apoyo de la opinión pública a través de los medios en las causas en las que están involucrados poderosos intereses económicos, políticos, etc. La productividad del trabajo de los medios y los beneficios para la vida democrática y para la justicia no debe esperarse sin embargo de una especial virtud de los comunicadores sociales sino, como en el ejemplo del panadero de Adam Smith, del empeño que ellos ponen en el cuidado de sus intereses.

Los medios solo asumen un papel esencial como contrapoder porque su lógica no es política, sino comercial [...] Es vano contraponer la mala lógica del mercado a la buena lógica pública [o de la política]. El verdadero desafío que plantean las relaciones entre los medios y la justicia es el de conjugar dos lógicas heterogéneas: la del mercado y la de la cosa pública (Garapon, 1997, p. 93).

5. PROBLEMAS DE LA TRANSPARENCIA

Entre los considerandos que suelen invocarse a favor del dictado de códigos de ética en el ámbito del Poder Judicial, cabe mencionar especialmente el objetivo de producir en la opinión pública el efecto demostrativo de la apertura o de la voluntad de transparencia, y la preocupación por asegurar la integridad de los jueces, como medios para obtener mayor confiabilidad ante el público. Es decir que estos documentos no están dirigidos solamente a los propios jueces, sino que quieren ser al mismo tiempo un mensaje a la sociedad. Refiriéndose a la situación canadiense, escribe W. MacKay: “En la medida en que crecen las investigaciones y denuncias de los medios, y la confianza pública se ve erosionada por los escándalos judiciales, la cuestión de la ética judicial ha llegado a ser un asunto de la mayor importancia para los jueces” (1995, p. 6). En algunos casos puede generarse sin embargo una reacción o estrategia defensiva de sentido inverso. Puede pensarse que la apertura de un proceso interno de deliberación sobre la ética judicial, y la adopción de códigos de regulación de las conductas morales en el contexto de una ola de cuestionamientos de los medios de comunicación, será vista como una autocrítica que concede la razón a estos cuestionamientos, muchas veces injustificados y motivados por la búsqueda marketinera del escándalo. Este es un proble-

ma que se plantea actualmente en todas las profesiones sociales, y especialmente en los diversos campos de la función pública, en los cuales los agentes con responsabilidades son puestos a la defensiva. Con respecto a esta situación es preciso analizar críticamente ambos lados del problema.

La exigencia de la mayor *transparencia* de los procesos de toma de decisiones en la administración pública y en el ejercicio de los poderes del Estado tiene el rango de una exigencia moral de primer orden. Las deliberaciones reservadas y el secreto de Estado solamente pueden justificarse en casos excepcionales, como se ha visto en el capítulo 5. Es lógico por lo tanto que a este deber de los funcionarios políticos, legislativos y judiciales, le corresponda el derecho de los ciudadanos y de los medios de comunicación a observar por dentro (este es el significado de la palabra *transparencia*), a discutir y a criticar, etc. Estos derechos son esenciales a la democracia. Bien sabemos sin embargo que, no solamente en países como el nuestro, sino incluso también en las democracias liberales que se toman como modelo, las prácticas de los altos funcionarios, en los tres poderes del Estado, están todavía muy lejos del cumplimiento adecuado de esta exigencias de *transparencia y publicidad*. No obstante la persistencia de prácticas poco transparentes como resabios no democráticos enquistados en las instituciones del Estado, el principio de la *publicidad de los actos de gobierno y de la administración* no es discutido en general en el ámbito de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y existen normativas expresas que ordenan el cumplimiento de estos principios en dichos ámbitos. En los códigos de ética judicial, en cambio, como se ha visto en el capítulo anterior, existen opiniones muy divergentes, no sólo sobre la apertura al público, o a los medios, sino incluso sobre la conveniencia de que los propios jueces hagan uso de una amplia libertad de expresión fuera del tribunal.

Los códigos de ética judicial de Sudáfrica y de Namibia, por ejemplo, prescriben como una cuestión de principio que: “Un magistrado no debe permitir, sin una especial autorización superior, que el proceso en su tribunal sea televisado [...] o que se tome fotografías y se utilicen cámaras de televisión o aparatos similares durante el proceso en el tribunal, así como en los tiempos de receso o inmediatamente anterior y posterior a las sesiones”.¹⁰ Conforme a lo dicho precedentemente cabría preguntar si no es más aceptable en cambio una cláusula inversa, *que permita en casos especialmente fundados*, con la debida autorización, este tipo de restricciones. El Código de Ética para los Jueces de la República Popular China, de octubre de 2001, prescribe en cambio en el cap. 1. art. 6º que “El juez debe llevar a cabo todo el proceso judicial de manera abierta y objetiva, *aceptando la*

¹⁰ Citado en Wayne Mackay, p. 15.

supervisión del público. Esta prescripción no se extiende a los casos que, de acuerdo a la ley, no pueden tener un juicio público”, y en el art. 15: “Un juez debe evitar toda influencia *impropia* de parte de los medios o del público durante el proceso”. La prescripción de evitar influencias externas del espacio público está acotada a las que son “*improperias*” (el destacado es nuestro).

Los argumentos, por cierto muy atendibles, que desaconsejan una aplicación inmediata y sin recaudos del principio de transparencia en el ámbito judicial tienen que ver, por un lado, con las cuestiones de la vida privada de las personas, cuya intimidad se debe proteger, y por otro lado con los riesgos del mal uso de la información en función de los más diversos intereses sectoriales, políticos, o ideológicos. “La publicidad de la actividad judicial en una democracia debe estar al servicio de la comprensión (*Verstehen*)¹¹ de las buenas razones que justifican las decisiones judiciales, y no para facilitar el *modus operandi* de los grupos de intereses”.¹² Este es el otro lado del problema. Una de las peores cosas que le pueden pasar a la ética misma es que se convierta en un arma de ataque para destruir la autoridad de quienes desempeñan funciones de responsabilidad social. Este es por cierto un *uso inmoral de la ética*, que pervierte su propio sentido. A los discursos de los predicadores morales que abundan en las páginas de los diarios y en las pantallas de televisión se les debe aplicar la hermenéutica de la sospecha, y pre-guntar por los intereses al servicio de los cuales está su predica. La utilización política de la ética como instrumento de propaganda o de provocación del escándalo y la calumnia es una práctica tanto o más inmoral que los hechos que se denuncian, en la que incurren con demasiada frecuencia los políticos en sus campañas y también los comunicadores profesionales. La moral se ha convertido en un poderoso medio de manipulación de la opinión pública. La otra forma simétricamente opuesta de corrupción de la ética es su utilización como máscara o escudo protector frente a la crítica, el “fariseísmo de los sepulcros blanqueados”. El desafío o el riesgo de los códigos de ética profesional es el de *ser o ser vistos* por los clientes de los servicios de las respectivas profesiones, como meros instrumentos de esta estrategia orientada a salvar las apariencias y a proteger a los miembros de la corporación. La vinculación directa que W. MacKay observa en algunos países entre la preocupación de los jueces por la creciente atención de los medios sobre la actividad de la justicia y las iniciativas para sancionar códigos de ética judicial, puede ser motivo de sospechas en tal sentido, las cuales podrían verse

¹¹ Entiendo aquí la expresión *Verstehen*, vinculada con la *publicidad* o la *comunicación* en el preciso sentido de la tradición hermenéutica alemana, como el resultado de una interlocución abierta, en la que ambas partes (en este caso, los jueces y el público) aprenden y se pueden corregir a partir de la confrontación de sus opiniones o puntos de vista, y no como una estrategia meramente pedagógica, ex cátedra.

¹² H. Schambeck, *Richteramt und Ethik*, Berlín, 1983, cap. 3.

confirmadas mediante una lectura crítica de algunos cánones. El método para deshacer este tipo de sospechas (justificadas o injustificadas), es el de aplicar en los procedimientos de los códigos de ética profesional, con las menores restricciones posibles y conforme a las modalidades propias que se requieran en cada campo, las propias exigencias éticas generales de transparencia y publicidad.

6. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Hay diferentes opiniones acerca de los límites y de cuándo y dónde puede o debe expresarse el juez públicamente, sobre qué temas le está permitido hablar a un juez, y cuándo debe guardar silencio. Una concepción tradicional diría que puede decir muy poco fuera del tribunal, mientras que debe ejercer toda su libertad de expresión dentro del mismo. Como se ha visto en el capítulo anterior, los códigos de ética judicial reflejan estas diferencias de criterio. Algunos no establecen ningún tipo de prescripciones o recomendaciones. La mayoría adopta criterios muy restrictivos, pero hay otros casos en que se promueve una apertura normal en la comunicación pública, con la aclaración de que ésta debe ser “apropiada, de mutua seriedad y responsabilidad”, debiendo los jueces “mantener el debido decoro, mesura y sentido de oportunidad”. Aún en los casos en que se establece como principio la abstención de divulgación de información, se admite como excepción la posibilidad de hacer públicas las aclaraciones necesarias para garantizar la exactitud de la información y corregir las deformaciones tendenciosas de los medios. Pero estas previsiones parecen orientadas más bien a justificar o defender la actuación del tribunal que a satisfacer el derecho de la sociedad a conocer la verdad.

El Código de conducta judicial norteamericano prescribe en el canon 3 A (6) que fuera de la corte un juez no puede hacer comentario público (*public comment*) sobre un caso abierto en su tribunal. Esta prohibición es mencionada por algunos autores como antecedente de la tesis de que la justicia está mejor servida por el silencio que por el discurso de los jueces fuera del tribunal, o su exposición mediática. El comentario al citado canon (que forma parte del propio documento) marca sin embargo unos límites bien precisos y razonables a la restricción de la libertad de expresión de los jueces: límites de tiempo, de tema, de función y de espacio, que se orientan claramente a evitar la recusación por prejuicamiento: “Un juez deberá evitar comentario público sobre los méritos de *una acción pendiente, o inminente* [...] Esta prohibición no se extiende a las declaraciones públicas hechas en el curso de las funciones oficiales del juez, a la explicación de los procedimientos del tribunal, o a una presentación erudita hecha para fines de educación jurídica”. Una vez que el juez ha fallado, este código no le impone restricciones sobre el caso, y tampoco sobre otros asuntos de interés público. Faltan todavía prescripciones positivas sobre la apertura y la obligación de los jueces de

comunicar a la sociedad, en un lenguaje llano y prescindente de la jerga profesional, su pensamiento jurídico y los criterios que aplican en sus decisiones, etc. Podría decirse además que en la estipulación final del comentario citado aflora un sesgo paternalista y corporativo, porque al hablar de “presentación erudita” parece limitar la comunicación al ámbito académico de los propios juristas, y la restringe todavía más con la acotación de un objetivo *educativo*, preservando de esta manera la asimetría de la relación comunicativa que mantiene el juez sobre el estrado, con lo cual presupone que solamente sus oyentes pueden aprender de su sabiduría, la cual no necesita en cambio confrontarse y aprender también de las posibles críticas del público. Pero todo el texto está referido a *una acción pendiente, o inminente*, en el tribunal.

El disenso se plantea con respecto a las intervenciones públicas de los jueces fuera de las situaciones especificadas por el citado canon. En sus “Comentarios sobre la conducta judicial”, el Consejo Judicial Canadiense parece apoyar la posición de quienes abogan por una abstención absoluta, que privaría a los jueces de su libertad de expresión, y justifica esta postura con el siguiente argumento: si los jueces expresan y sostienen públicamente sus pensamientos sobre diferentes asuntos o conflictos sociales que son o pueden llegar a ser materia judicable, les resultará después mucho más difícil dejar de lado sus opiniones cuando esas cuestiones entran en juego en casos que se presentan ante el tribunal. “*And what of the perception of the litigants and public?*”, se pregunta el citado documento. El *conocimiento* público de las opiniones del juez sobre los asuntos de interés general lo privaría de las condiciones de independencia e imparcialidad a los ojos de los posibles futuros litigantes, los cuales tienen el derecho de “exigir un juez que no sea un declarado oponente al punto de vista que ellos van a presentar ante el tribunal. Si un juez que ha sostenido públicamente un punto de vista personal emite más tarde una sentencia que se apoya en el mismo punto de vista, no tenderán a concluir, la parte que ha perdido el juicio y el público en general, que las concepciones personales del juez, públicamente expresadas, han afectado su imparcialidad?”.¹³ El Consejo Judicial Canadiense parece estar más preocupado por las apariencias que por cuáles son las opiniones que de hecho tienen los jueces. Lo que resulta inquietante es que los jueces expresen públicamente sus opiniones, no el hecho de que las tengan. Las preguntas que deben formularse son: ¿qué ha de preocupar más a quien acude, o es llevado, al tribunal: el conocimiento o el desconocimiento previo de la manera de pensar del juez? No tiene derecho el justiciable a saber quién es en verdad el individuo que lo juzga?

¹³ Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct*, Cowansville Que., Yvon Blais, 1991; citado en Wayne MacKay, 1995, p. 17.

El modelo de la figura del juez que está en el trasfondo de este tipo de posición parece ser la de un ermitaño solitario, retirado del mundo, o la de algún tipo de vida monacal regida por un voto perpetuo de silencio. Pero esas formas de vida religiosa tenían otro significado enteramente diferente. En la sociedad actual, como se ha señalado, sería imposible reclutar para la función judicial personalidades calificadas, con buena formación cultural y política, que aceptaran semejantes condiciones de vida equivalentes a un exilio interno de la vida pública. El tipo de argumentaciones como la citada mantiene una gran ambigüedad, porque son reticentes en cuanto a sus presupuestos. Para hacer plausible el punto de vista que se pretende sostener con tales argumentos habría que presuponer una de estas tres alternativas: a) que los jueces no tienen (o no deben tener) un pensamiento propio; b) que si lo tienen, deben mantenerlo oculto, disimularlo o encubrirlo, de tal manera que la opinión pública pueda creer que los jueces están despojados de toda concepción del mundo y de la vida, y de toda clase de prejuicios o posiciones propias sobre las cuestiones que se plantean en los debates abiertos en los espacios públicos de la sociedad civil; c) el otro presupuesto, más refinado, en el que podría apoyarse el argumento, es el que sostiene que los jueces en sus razonamientos y decisiones profesionales pueden y deben hacer abstracción, o tomar distancia, de su propio pensamiento y valoración sobre las cuestiones sustantivas de fondo que están implicadas en los casos sometidos a su tribunal. Es muy dudoso que el juez, como cualquier otra persona, pueda hacer esto realmente. Y en el caso improbable de que pudiera hacerlo, ¿cómo es posible el control de esta sobrehumana imparcialidad si nadie conoce las opiniones del juez? El recurrente precepto del *recato judicial* que se encuentra en casi todos los códigos, puede transformar al juez en un personaje misterioso e imprevisible, incluso para sí mismo. Porque quien no confronta sus prejuicios en un espacio público, ni siquiera sabe él mismo que los tiene. Solamente *los otros* en sentido fuerte (no los familiares y allegados que frecuentamos en el círculo íntimo de los amigos morales) nos permiten diferenciarnos y saber realmente quiénes somos.

La tesis de la neutralidad del profesionalismo judicial ha sido ampliamente cuestionada por la teoría crítica y por el realismo jurídico, tal como se ha expuesto en el capítulo 4. Lo que me interesa plantear ahora, en relación con el problema que estamos discutiendo en este lugar, es que el estándar del juez que debe callar sus opiniones y no le está permitido confrontarlas resulta cuestionable tanto desde el punto de vista de los propios jueces, como desde el lado de los destinatarios del servicio de justicia. Comenzando por este último lado de la cuestión, me parece clara y convincente, aunque abiertamente desafiante de la doctrina tradicional, la posición que sostiene W. MacKay (1995, p. 17):

Es crucial para la administración de la justicia el conocer dónde están parados individualmente los jueces (o cuáles son sus posiciones) con respecto al amplio campo de las cuestiones sociales y políticas. Una vez que se ha reconocido

que los jueces tienen sus propias opiniones sobre los asuntos sociales y políticos, es claro que los litigantes obtendrán un mejor servicio de justicia si conocen por adelantado las perspectivas del juez.¹⁴ Conforme a esto, la garantía de la libertad de expresión [de la que no pueden ser privados los jueces como ciudadanos] debería expandirse y proteger las expresiones de los jueces fuera de los tribunales, manteniendo, por supuesto, el cuidado de no prejuzgar los casos que tienen entre manos [...] Toda expansión del libre discurso de los jueces debe ir acompañada de mecanismos efectivos de responsabilidad para el caso de abuso de esta libertad. Libertad de expresión y responsabilidad de los jueces deben ir siempre juntas [...] La creciente conciencia pública de la influencia judicial incrementa la necesidad de que los jueces sean más abiertos con respecto a sus perspectivas y puntos de vista [...] La gente quiere saber quiénes son estas personas".¹⁵

Un ciudadano privado puede decidir conducirse con absoluta *prudencia* en los espacios públicos de la sociedad civil para evitar los riesgos de tener que confrontar sus opiniones, y no emitir ninguna clase de opiniones que pueden ser controvertidas, o aparentar estar de acuerdo con todos para evitar los costos de los inevitables desacuerdos con los otros. Esta "prudencia" es cuestionable desde el punto de vista de la ética de la ciudadanía democrática. Si todos, o la mayoría de los ciudadanos, se refugiaren en esta cómoda posición abstencionista, se produciría un vaciamiento de los espacios públicos, la construcción de la opinión pública quedaría en poder de unos pocos políticos profesionales, o de alguna otra corporación, y la democracia se extinguiría por abandono de las responsabilidades cívicas de la ciudadanía política. La ideología del individualismo liberal y su manera de concebir la democracia representativa, o delegativa, ha favorecido en términos generales un modelo de sociedad fragmentada en la que los individuos se retraen a sus actividades privadas o profesionales y, con el cuestionable principio de que "el pueblo no gobierna ni delibera sino a través de sus representantes", lamentablemente convalidado por la triste reforma constitucional de 1994, ha reducido los deberes y los derechos cívicos de la participación política y del ejercicio de la ciudadanía al instante de la visita periódica y solitaria del individuo al cuarto oscuro, donde todo está precondicionado, salvo la poco eficaz libertad de decir que no.¹⁶ Pero este modelo ha sido fuertemente cuestionado en la teoría política contemporánea. Por

¹⁴ Es previsible que muchos jueces opondrán fuertes reparos contra esta aseveración. El camino lógico para despejar la duda sería una encuesta entre los abogados litigantes y sus clientes. Este procedimiento pondría en evidencia que los reparos obedecen a la autoprotección de los oponentes y no a los intereses de los justiciables.

¹⁵ Cf. del mismo autor: "Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges be Seen and not Heard?", *Nat. J. of Const. Law*, 159, 1991, 3.

¹⁶ Cf. J. De Zan, "Decir que no", en *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, nº 10, 2002, y en *El Cardo*, Revista de la Facultad de Ciencias de la Educación de la UNER, Paraná, 2002.

las mismas razones generales, si los jueces no están exentos de los deberes y derechos de la ciudadanía, y no pueden ser privados del derecho de votar en las elecciones, tampoco pueden ser despojados ni deben abstenerse de participar haciendo uso público de la palabra y de la libertad de opinión como ciudadanos independientes, pero pensantes, en los múltiples espacios públicos de la sociedad civil. Pero hay además, como se ha dicho, buenas razones profesionales específicas que fundamentan un compromiso y una exigencia más fuerte en este caso particular que para el ciudadano común.

7. LOS PREJUICIOS Y LA HERMENÉUTICA

Si la independencia y la imparcialidad son condiciones muy difíciles de alcanzar, y nunca se alcanzan plenamente, la imposición de la censura a la libertad de expresión (o la autocensura) clausuran toda posibilidad de aproximarse a ellas. Los prejuicios operan en cierto modo a nuestras espaldas, detrás de la propia conciencia, de tal modo que el sujeto no llega a enfrentarse con ellos y a conocerlos como tales mientras no los *expone* a la crítica de *los otros*, es decir, mientras no arriesga sus opiniones en un espacio en alguna medida *extraño* a su propio gremio, o grupo social, porque *entre nosotros* compartimos por lo general los mismos prejuicios, y por eso *nos entendemos*: esto es lo constitutivo de *un nosotros*. Incluso autores que han planteado correctamente el problema de la independencia interna para el juicio imparcial, no han tenido en cuenta que estas no son cualidades de los individuos aislados, sino que se construyen intersubjetivamente, y por lo tanto requieren mucho diálogo y confrontación. Cito como ejemplo las expresiones del filósofo del derecho alemán Karl Larenz:

Los más difíciles de enfrentar son los prejuicios *subliminales*, que el juez ni siquiera sabe que tiene, o de los que no sabe la influencia que pueden ejercer en su sentencia. Ante todo hay que decir con toda frialdad que ningún hombre y, por lo tanto, ningún juez está completamente libre de prejuicios (en el sentido de ideas preconcebidas), cualquiera sea su origen y su educación. Cada hombre está marcado en su modo de entender las cosas, sea por su origen social, por su entorno vital, por la educación cultural recibida, por sus experiencias personales y profesionales y por otros muchos factores más. La *independencia de pensamiento* no es congénita para nadie, y tampoco se adquiere con la instrucción, sino que exige el trabajo *solitario*¹⁷ del hombre durante toda su vida [...] El saber que los jueces, como los demás hombres, no están libres de prejuicios, ni de condicionamientos relacionados con su origen y entorno vital, no justifica, sin embargo, la conclusión de que tales prejuicios son

¹⁷ El subrayado del adjetivo “*solitario*” (sorprendente en este lugar) es nuestro.

absolutamente insuperables, porque detrás de la fachada de una argumentación jurídica se ocultan siempre —la mayor parte de las veces sin que los propios jueces tengan conciencia de ello [...].¹⁸

Una mejor comprensión de este mismo problema, y de la manera de tratar con él, es la que nos brinda, por ejemplo, la hermenéutica de Gadamer. Los verdaderos problemas de interpretación con los que se enfrenta la hermenéutica, dice Gadamer, se plantean cuando nos encontramos con textos, o acontecimientos que no podemos comprender inmediatamente, que se prestan al malentendido, o nos resultan extraños porque pertenecen a otra cultura que ya no es la nuestra. Es entonces que se hace necesario el trabajo de interpretación metódica. Cuando queremos entendernos entre nosotros, con otros miembros de nuestro propio círculo, simplemente hablamos, nos comunicamos y nos entendemos sin un trabajo especial de interpretación, porque compartimos los mismos presupuestos. Si nos enfrentamos en cambio, por ejemplo, con una lengua antigua y enteramente desconocida, no es posible ninguna interpretación. El lugar de la hermenéutica está en ese *lugar intermedio*, entre la familiaridad y la extrañeza. El modelo para aclarar el acontecimiento de la comprensión y de la experiencia hermenéutica es el de la *traducción*, el trabajo de verter un texto de la lengua original en la que fue escrito, a otra diferente, que es la nuestra o, más ampliamente, la articulación del sentido de un texto, o de un acontecimiento, en el universo de discurso del intérprete. El intérprete tiene ya su lengua y su discurso; siempre se accede a la comprensión desde alguna *lengua*, que es la propia (es decir: desde una tradición y una estructura de prejuicios). El dominio de una lengua (en el sentido amplio, ya indicado) es una de las precondiciones de toda comprensión, como de la traducción. “Todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio (o en el ámbito) de un lenguaje que pretende dejar hablar al objeto, pero que es, al mismo tiempo el lenguaje propio del intérprete”.¹⁹ No es pensable una interpretación desde ninguna parte. Un intérprete sin un lenguaje propio es una imposibilidad lógica. La tarea de la hermenéutica, como la traducción, es comprender el sentido de las expresiones, acciones o acontecimientos, y decirlo de nuevo (decodificar el sentido y recodificarlo en otro lenguaje), hacerlo inteligible en un medio simbólico diferente de aquel en el que se constituyó originariamente como significante. De este tipo es también, en parte, la tarea del juez que tiene que interpretar y comprender en su propio contexto y lenguaje, tanto *los casos*, como *los textos* de los precedentes jurídicos (*doble hermenéutica*) y traducirlos a su propio lenguaje y el de los tribunales superiores para exponer los fundamentos de su sentencia. El *lenguaje*

¹⁸ K. Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985, Civitas, p. 183.

¹⁹ H.-G. Gadamer, *Verdad y Método I*, Salamanca, 1993, p. 467.

propio del juez no está formado solamente de la gramática de una lengua común y un léxico jurídico, conlleva toda una precomprensión de la realidad y de los textos que él interpreta, lo que Gadamer llama “una estructura de prejuicios”.

Lejos de la norma de que para escuchar a alguien o hacer una lectura no se puede acceder con prejuicios sobre el contenido, y es posible olvidar todas las opiniones propias; la apertura a la opinión del otro, o del texto, implicará siempre ponerla en relación con el conjunto de las propias opiniones, o relacionarla con ellas [...] Una conciencia formada hermenéuticamente debe estar dispuesta a acoger la alteridad del texto. Pero tal receptividad no supone la neutralidad, ni la autocensura sino que implica una reapropiación selectiva de las propias opiniones y prejuicios [...] Heidegger reconoce que la comprensión está determinada permanentemente por el movimiento anticipatorio de la precomprensión [...] Desenmascarar un prejuicio supone evidentemente anular su validez, ya que mientras siga dominándonos un prejuicio no lo conocemos ni lo pensamos como juicio. Pero no será posible desvelar un prejuicio mientras actúe permanentemente y a nuestra espalda, sin saberlo nosotros, sino solamente cuando él es, por así decirlo, provocado [...] El mejor modo de aclarar el propio prejuicio es hacer uso de él [abiertamente]. Entonces contrastará con otros prejuicios y hará que también ellos tengan que explicarse.²⁰

En el modelo de la comprensión de Gadamer se tiene en cuenta ante todo la hermenéutica de textos, y especialmente de los textos canónicos que revisten una forma de autoridad, como los textos de los clásicos, de los códigos, y de la Sagrada Escritura. Si bien desde el siglo anterior la hermenéutica filosófica —especialmente en Dilthey— no se concentraba ya en la comprensión de textos que había trabajado con la interpretación del sentido de las expresiones de la acción y de los acontecimientos humanos en general, la hermenéutica jurídica ha prestado poca atención a esta ampliación de la hermenéutica filosófica, y se ha seguido entendiendo a sí misma como hermenéutica de los textos del derecho.

Sería demasiado ingenuo y peligroso responsabilizar (moralmente) al juez de dar una interpretación de la ley y de los hechos libre de prejuicios y valoraciones, y exigirle que debe evitar toda precomprensión de las normas y acontecimientos. Puesto que el juez no podría nunca satisfacer adecuadamente semejante exigencia, porque él no está situado fuera de la sociedad ni de la historia, esta exigencia o recomendación lo llevaría en la praxis a la convalidación de las tácticas judiciales de encubrimiento y silenciamiento (de los verdaderos motivos de sus decisiones). El modelo tradicional del juez me parece poco

²⁰ H.-G. Gadamer, *Verdad y Método II*, Salamanca, 1998, pp. 68–69.

creíble y por lo tanto insostenible en la sociedad actual. En la medida en que los jueces se decidan a despedirse de aquella representación acartonada de sí mismos, el significado de todo esto para la praxis judicial es el desocultamiento y la puesta de su precomprensión sobre la mesa, haciéndola de esta manera comunicable y controlable, y viéndose obligados a un proceso más explícito y completo de reflexión y argumentación.²¹

Puesto que, como lo ha mostrado Heidegger y la tradición hermenéutica posterior, “la precomprensión es una condición de posibilidad de toda comprensión”, no es posible simplemente despojarnos de ella, porque forma parte de nuestra propia identidad social, cultural, intelectual y personal. Por lo tanto también la rectitud de la comprensión judicial solamente puede producirse mediante el adecuado procedimiento que ponga en juego y contraste sus prejuicios, a fin de poder reconocerlos como tales y someterlos a la crítica y el control intersubjetivo.

El citado texto de Hassemer se puede interpretar como una fuerte crítica de la falsa moral en la que pueden verse atrapados los jueces en la búsqueda de la independencia y la imparcialidad de juicio. En la medida en que los miembros de una corporación se mantienen fieles a una anacrónica tradición venerable que ya no se puede sostener, se ven forzados a vivir en la hipocresía para poder salvar las apariencias. Pero como la sociedad moderna aborrece la hipocresía y les toma la palabra, los miembros de la profesión se verán forzados a sobreactuar la mentira de sus vidas y de su profesión, y a construir y declamar solemnemente un discurso protector. Una rápida lectura de los códigos de ética profesional puede despertar en las personas ajena a la corporación fácilmente esta sospecha.

La exigencia hermenéutica del diálogo y la confrontación de opiniones y la teoría intersubjetiva de la justificación racional mediante procedimientos discursivos, no pueden eliminar sin embargo (ni lo pretenden) el momento personalísimo de recogimiento y de soledad de la decisión del sujeto responsable. Después de haber escuchado y confrontado todos los argumentos en pro y en contra de un determinado curso de acción, puede ser que subsistan desacuerdos más o menos amplios y profundos, y sin embargo no se puede prolongar el debate y hay que tomar la decisión en condiciones de incertidumbre. La teoría de las decisiones racionales ofrece modelos matemáticos para el cálculo de posibilidades de la decisión más correcta, pero no obstante la enorme simplificación del concepto de racionalidad con el que trabaja esta teoría, no logra eliminar la incertidumbre. En algunos casos la democracia prevé el recurso al principio de la mayoría. Pero en las decisiones del Poder Ejecutivo y de los jueces (así como en tantos otros casos de la vida cotidiana) el responsable tiene que decidir finalmente “en solitario”. Y

²¹ Winfried Hassemer, “Juristische Hermeneutik”, en *ARSP*, vol. 1986, LXXII/Heft 2, Stuttgart, pp. 221-222.

tampoco el procedimiento democrático de la votación elimina este momento de la decisión individual, ritualizada mediante el secreto del voto a puerta cerrada en el “cuarto oscuro”. Pero este acto final tiene sentido si los ciudadanos han podido participar primero de un proceso deliberativo amplio y abierto en el que se confrontaron y pudieron ser evaluados todos los programas y los candidatos propuestos. El espacio central y decisivo de la democracia no es el cuarto oscuro sino, para decirlo en la lengua fundadora de la política, el *agora*, el espacio público y abierto del debate participativo de los ciudadanos. (Auxiliares y amplificadores, pero no sustitutos del espacio público real de lo político pueden y deben ser hoy los espacios virtuales de los medios de comunicación).

Hay un punto ciego en todo funcionamiento social. Paradójicamente, en una democracia, este lugar debe situarse en una posición de la mayor visibilidad posible, lo que no quiere decir que pueda ser transparente. Para la justicia ese momento es la deliberación del tribunal, que está rodeada de ciertas garantías procesales y la prohibición de que asista cualquier otra persona distinta de los jueces. Este episodio del proceso, que se considera central, es secreto (Garapon, 1997, p. 78).

En el momento culminante, después que se han agotado la discusión y el consejo, toda persona que tiene que tomar decisiones importantes y difíciles que afectan a otros, queda sola con su conciencia, y no puede dejar de experimentar el peso de hacerse cargo de la responsabilidad moral de su decisión. Tampoco los jueces pueden estar inmunes de esta experiencia. El silogismo jurídico que se apoya en las premisas del derecho y la ley no es un ejercicio lógico, un cálculo que juega con variables vacías; aquí se juega con acciones y personas en conflicto, con sus derechos, sus sentimientos y su libertad. En el momento final de la sentencia, después que se han escuchado todos los argumentos jurídicos de los abogados de las partes, cuando todo el proceso está terminado, queda el espacio de la reflexión personal del juez, y en este lugar el derecho mismo también enmudece. En los casos difíciles puede haber buenas razones de ambas partes (toda una biblioteca jurídica a cada lado, como suele decirse). El juez debe acallar todavía la voz de sus propios prejuicios e inclinaciones, tomar distancia en cierto modo de sí mismo para buscar el punto de vista moral de la imparcialidad. La razón pública en el sentido de Rawls se decide finalmente y se apoya, en cada caso, en un punto que es el más íntimo, la reflexión y la conciencia moral de un individuo solo.

Anexo

A n e x o

ENCUESTA A LOS JUECES

Parte de la investigación realizada para la producción de este libro ha sido una encuesta a los jueces de diferentes jerarquías, fueros y jurisdicciones de la República Argentina. Se distribuyeron 250 formularios. El contacto con los señores jueces se realizó a través de distintas entidades vinculadas a la judicatura, que respaldaban la confidencialidad del cuestionario y la utilización de los datos con la sola finalidad de esta investigación.

No obstante los respaldos institucionales que tuvo la encuesta, se obtuvo una respuesta escasa, que no ha alcanzado al 10% del universo encuestado. Este resultado es ya en sí mismo muy significativo. Me reservo sin embargo la interpretación del significado del bajo porcentaje de respuestas obtenidas.

Las respuestas recibidas constituyen una muestra que puede considerarse bien significativa en varios sentidos. Reflejan algunos problemas con los que se enfrenta la profesión judicial y las opiniones de los señores jueces sobre los temas consultados. Algunas respuestas son muy reticentes, revelan una actitud que podría caracterizarse con la expresión con que Ortega y Gasset definía un rasgo del argentino: “hombre a la defensiva”; estas respuestas reflejan además la preocupación por transmitir una imagen neutra, a veces acartonada. Otras en cambio son más francas y se explayan en la trasmisión de experiencias de la práctica profesional y de las ideas de los propios jueces.

Se reproduce en primer término en este anexo el texto completo de la encuesta que se distribuyó; en segundo lugar se exponen los contenidos de las respuestas ordenadas a cada una de las preguntas. En este caso se ha procurado relatar y reflejar con la mayor fidelidad las expresiones de los propios jueces, sin interpretarlas o valorarlas, ni agregar comentarios. Finalmente se presentan algunos resultados porcentuales.¹

¹ Estos trabajos han sido realizados por Alejandro Turjanski, con la supervisión del autor.

1. ENCUESTA SOBRE "LA ÉTICA EN EL PODER JUDICIAL"

Esta encuesta es anónima, está dirigida a jueces y tiene la única finalidad de relevar datos y opiniones que serán empleados como insumo en un estudio sobre "Ética y toma de decisiones en el poder judicial" encargado por la Fundación Konrad Adenauer al Dr. Julio De Zan, investigador del CONICET especializado en ética. Son objetivos de este estudio:

–explicitar las implicaciones y el compromiso moral de las decisiones de los jueces en el ejercicio de su potestad; –analizar los problemas y los dilemas morales más relevantes de las decisiones judiciales; –hacer un estudio comparado de antecedentes normativos o de acciones institucionales, nacionales e internacionales, sobre ética judicial y –proponer lineamientos y alternativas para la implementación de acciones y estrategias para el mejoramiento de la calidad y la confiabilidad de la administración de justicia en Argentina y América Latina.

Se ruega responder en hojas aparte, encabezar cada punto con el número correspondiente de la pregunta y dejar dos o más espacios entre cada punto.

- 1) ¿Cuál es el tipo de dudas o problemas éticos que se le plantean al juez en el ejercicio de su función? ¿Cómo procedió usted en esos casos? ¿Realizó algún tipo de consulta?
- 2) ¿Le ha ocurrido alguna vez considerar que la aplicación de una determinada ley al caso concreto fuera éticamente objetable? De ser así, ¿qué camino tomó?
- 3) ¿Con qué frecuencia ha declarado en su carrera la inconstitucionalidad de una norma? ¿Cuentan los jueces con suficiente libertad para fallar en ese sentido?
- 4) ¿Se ha enfrentado con situaciones que comprometen la independencia del Poder Judicial (por ej. presiones de otros poderes del Estado, de grupos de poder, de las partes, o de la opinión pública)? Dispone el juez de suficiente respaldo en estas situaciones? ¿Cómo se resuelven, según su conocimiento, en distintos casos?
- 5) ¿Qué procedimientos o alternativas sugeriría para que los jueces puedan sentirse más respaldados al tomar decisión en situaciones como las mencionadas, u otras?
- 6) ¿Considera que sería útil y aceptable algún tipo de comité de asesoramiento ético y valoración de la conducta judicial? ¿Cuál debería ser a su entender el grado de apertura a la sociedad y la composición de dicho comité?
- 7) La lentitud en la justicia, ¿le plantea a los jueces un problema ético en lo que respecta a la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones?
- 8) ¿Considera usted que la delegación de funciones por parte del juez genera algún grado de responsabilidad moral por falta de intervención personal en el proceso judicial?

- 9) ¿En qué áreas y con qué modalidad cree usted que debería llevarse a cabo la capacitación, actualización y perfeccionamiento en la función judicial?
- 10) ¿Cree usted que la judicatura conlleva exigencias morales especiales en el ejercicio de la función y en la vida personal del juez? ¿Qué aspectos considera relevantes?
- 11) Otros datos y consideraciones que puedan ser significativos para la ética judicial, según su criterio.

RESPUESTAS DE LOS JUECES

1. *¿Cuál es el tipo de dudas o problemas éticos que se le plantean al juez en el ejercicio de su función? ¿Cómo procedió usted en esos casos? ¿Realizó algún tipo de consulta?*

En cuanto a la primera parte de la pregunta, un primer grupo de respuestas afirmó explícitamente y de manera taxativa que sin dudas existen problemas éticos en sentido estricto que se plantean en el ejercicio de la judicatura. Otros lo dieron a entender claramente aludiendo a cuáles fueron los problemas planteados.

Entre las respuestas positivas, la mayoría alude a situaciones y casos puntuales, destacando que las dudas o problemas éticos que se plantean al juez normalmente están en relación con los temas a decidir, los cuales muchas veces no encuentran solución adecuada en la simple interpretación de las leyes, por lo que el juzgador debe optar entre lo que le indica su formación ética personal o una solución insatisfactoria del conflicto. Otra respuesta expresó que las dudas éticas están referidas a la equidad de una resolución determinada, en aquellos casos en los que la aplicación de la norma no le parezca al juez la reacción adecuada. También se relacionó el problema de la pregunta con la existencia de algún tipo de “pedido” a favor de tal o cual. Otra dificultad tiene que ver con la neutralidad en las decisiones respecto a las partes y litigantes a las que no siempre los códigos procesales dan acabada respuesta a través del mecanismo de excusaciones y recusaciones.

Otras de las respuestas positivas a esta pregunta (las menos) plantearon problemas de carácter más general. Alguna alude a la cambiante normativa procedente de circunstanciales vaivenes de la política, cada vez más aleatoria, menos armónica, y a la vez imperfecta en la redacción de las leyes, por obra de legisladores poco o nada idóneos, o motivados por determinados intereses. También la gestión de los ejecutivos deja en manos del juez este tipo de problemas y produce el fenómeno de la denominada “judicialización” de la economía y la política. El juez

debe aplicar la ley, y a la vez ser crítico de ella, o finalmente no aplicarla, recurriendo a interpretaciones que remitan a la preservación de los derechos y garantías fundamentales (no necesariamente declarando la inconstitucionalidad).

En otra respuesta que se refiere a la situación general de la justicia se sostuvo que los problemas éticos que se le plantean a un juez con mayor frecuencia se encuentran vinculados a la administración de los recursos escasos en la situación de saturación de casos a resolver, que obligan al juez a decidir criterios de prioridad. Esta valoración previa de los casos y la decisión sobre el orden en que habrán de procesarse y resolverse, representa un problema ético mayor a veces que los que se plantean en el modo en que serán resueltos. La escasez de recursos condiciona la acción, y en tal sentido el juez actúa a partir de la fijación de criterios selectivos en los que debería priorizar valores como la libertad, etc., resolviendo en primer lugar aquellas cuestiones en las que se encuentran más gravemente comprometidos los valores jurídicos fundamentales. La respuesta deja abiertos dos tipos de problemas: a) la jerarquización de los valores a priorizar, que queda a discreción del juicio moral del juez, y b) la exclusión de otros criterios de prioridad que dependen de factores de poder e influencia.

En este orden general se planteó también un tipo de objeción moral al funcionamiento general del sistema judicial en cuanto tal, especialmente en el ámbito penal. En esta otra respuesta se sostuvo que el principal problema ético que sufre el juez es del tipo de “el malestar en la cultura” que produce el hecho de formar parte de un sistema de control social formal cuya principal sanción se cifra en la privación de *libertad* de los individuos captados por él, cuando, en términos estadísticamente relevantes, la abrumadora mayoría de los delitos procesados por dicho sistema son ataques de mediana o pequeña entidad contra la *propiedad* privada, circunstancia que, *per se*, muestra una desproporción en la jerarquía de los bienes en juego. Si a eso se añade que, también en términos globales, los autores de esos delitos son adolescentes o jóvenes de sexo masculino, marginados del aparato productivo o componentes de los estratos sociales más bajos, es difícil soslayar las críticas de las diversas corrientes de pensamiento que han formulado graves objeciones morales contra este mecanismo represivo, las cuales pocas veces son tenidas en cuenta. (Se mencionaron, a título de ejemplos, autores como: Michel Foucault, Alessandro Baratta y los criminólogos Massimo Pavarini y Dario Melossi). Ahora bien, a ese problema ético, que se reactualiza cotidianamente, el juez intenta solventarlo con el auxilio de la teoría del delito, que brinda márgenes, a quien quiera frecuentarlos, para reputar que la conducta de determinado imputado queda fuera del ámbito penal, sea cuando se estima que ha obrado en una situación de justificación, sea cuando se considera que actuó inculpablemente, por hallarse reducida su capacidad de autodeterminación.

En contraste con las respuestas reseñadas en primer término, otros encuestados se limitan a manifestar escuetamente que *nunca* se les plantearon personalmente dudas o problemas éticos en el ejercicio de la profesión. La mayoría de las respuestas negativas han sido escuetas y no agregaron comentarios. Otras expusieron las razones que explican esta respuesta negativa, por cuanto, en principio, los jueces deben decidir según la ley y la adecuada interpretación que se haga de ella, de modo que no debería haber espacio para dudas o problemas éticos. También se hizo referencia en algún caso a que el planteamiento de este tipo de cuestionamientos depende de las reglas de conducta que cada uno se ha fijado para su vida, porque ello necesariamente incide en la concepción que se tiene de la función pública y, en este caso, de la función judicial.

En tercer lugar, se pueden agrupar los que admitieron que sí se les han planteado cuestiones del tipo de la primera pregunta de la encuesta al momento de decidir, aunque no en forma habitual, sino puntual o esporádica. Los orígenes de los problemas planteados han sido en algunos casos a raíz de conductas manifiestamente contrarias a la ética por parte de otros pares, que son de público y notorio conocimiento, aún del Supremo Tribunal de Justicia, sin que se tome medida alguna al respecto, lo que evidentemente perjudica a todos. También se enfrentan los jueces con influencias y pedidos, especialmente de parte de otros poderes, que generan dificultades.

Frente a estos problemas, las posturas a seguir que surgen de las respuestas fueron variadas: tomar una decisión convencido de que se lo está haciendo conforme a una razonable y justa aplicación del derecho; o bien en el caso de cuestiones éticas en el trato con los integrantes de los otros poderes, ajustar la actuación a situaciones que no dieran lugar a otra interpretación que no fuera la protocolar (la actuación a través de asociaciones de magistrados permite superar muchos obstáculos).

Con respecto al tema de las consultas para la formación de criterios sobre los problemas éticos de la profesión, también hubo diferentes matices: algunos jueces no realizan consultas, aunque sí aconsejan si las reciben de otros pares, y tocan el tema en reuniones con otros jueces buscando escuchar otras opiniones; otros prefieren madurar la decisión en soledad algunos días, porque entienden que si se consulta a un colega es una señal de debilidad, y si se hace lo propio a un superior lo obliga a anticipar su opinión; por último, otros sí optan por comentar dichos problemas y consultarlos con sus colegas (y esencialmente con su conciencia). También se hizo la diferencia según el tipo de órgano judicial implicado: un juez individual no debería realizar consultas, mientras que el colegiado no puede evitar el intercambio.

Finalmente algunos encuestados expresan que, en general, no realizan consultas a colegas, salvo sobre temas puntuales, pero es de destacar que consideran

importantes las oportunidades para el intercambio de ideas en congresos y eventos académicos en los que se presentan ponencias, o en encuentros más privados en los que se debaten cuestiones relacionadas con esta primera pregunta de la encuesta.

2. *¿Le ha ocurrido alguna vez considerar que la aplicación de una determinada ley al caso concreto fuera éticamente objetable? De ser así, ¿qué camino tomó?*

Muchos jueces contestaron negativamente, aunque a alguno a veces le haya parecido injusto. Otros jueces dieron sus razones para abstenerse por principio de esta decisión, o dijeron que no se le ocurrían casos concretos que no encuentren otra solución.

Entre los que dieron una respuesta afirmativa, se puntualizó que, en la Argentina, cuatro provincias autorizan a declarar la inconstitucionalidad de oficio. Se aportaron también opiniones y datos de los caminos tomados, los cuales ponen en evidencia una gran diversidad de conductas.

En algún caso se ha planteado excepcionalmente la contradicción entre la ley y una manifiesta injusticia en su aplicación al caso concreto, pero se considera que la Constitución nacional, rectamente interpretada, permite hacer prevalecer la justicia. Otros jueces consideran también que existe un margen en cuanto a la interpretación de la ley dentro del cual se puede mover la decisión, pero la ley no puede ser ignorada salvo que sea inconstitucional; muchas veces pareció que determinada solución resultaba inadecuada al caso concreto, pero salvo casos extremos, como se entiende que el juez no es legislador, se aplicó en lo penal la norma de la forma más benigna (tanto desde el punto de vista probatorio como el de adecuación a determinada norma y, en algún caso, se llegó a solicitar conmutación de penas al Ejecutivo).

Otros respondieron que el camino tomado fue el de declarar inaplicable al caso dicha ley o —en ciertos casos— declararla lisa y llanamente inconstitucional. Esto sería posible porque nuestra Constitución nacional —como casi todas las del derecho contemporáneo— es una suerte de decálogo de ética social y jurídica, de manera que, si se hace una proyección de sus principios sobre cada caso que se juzga, el examen de constitucionalidad de la ley que cuadraría aplicar indicará si es una ley constitucional pero inaplicable al caso concreto, o bien, si es una ley que entra en contradicción en sus términos con el texto constitucional, caso en el cual corresponderá declararla inconstitucional.

En general, los que advirtieron este tipo de objeción ética optaron por diversas alternativas: plasmarla en la sentencia o en algún voto disidente; tratar de morigerar sus efectos mediante una interpretación que consideraran más adecuada

en función de principios de equidad y generales de derecho, armonizándola con otras disposiciones legales; dejar a salvo su opinión; utilizar otra ley o analogías derivadas de otras normas.

3. ¿Con qué frecuencia ha declarado en su carrera la inconstitucionalidad de una norma? ¿Cuentan los jueces con suficiente libertad para fallar en ese sentido?

Las respuestas en cuanto a la frecuencia revelan un uso bastante prudente de esta facultad por parte de los jueces; algunos nunca lo hicieron, como se ilustra en la tabla de porcentuales correspondiente, al final de este anexo. Hay quien entiende que el control de la constitucionalidad debe ser ajeno al Poder Judicial, mientras otro, por el contrario, menciona que, si bien el número de leyes que ha declarado inaplicables o inconstitucionales es bajo, la cantidad de oportunidades en que se pronunció en base a tal postura se cuentan por centenares.

Ha constituido una situación de excepción el período de gobierno 2001-2003 en alguna provincia, por las violaciones reiteradas, crónicas, de aquel período en el que se originó una verdadera “catarata” de inconstitucionalidades de decretos. Se considera que la solución debió estar a cargo de otros órganos de poder, mediante responsabilidad política de los gobernantes (verbigracia juicio político).

Con respecto a la libertad que tienen los jueces para dictar la inconstitucionalidad, por lo general se contestó que es suficiente, sin agregar ningún comentario. Aunque hubo excepciones: algún juez comentó que en los últimos tiempos, la crítica mediática a las decisiones judiciales, muchas veces inspirada por intencionalidades políticas, le han permitido observar, en distintos magistrados, cierta dificultad para actuar con absoluta libertad. Ha habido amenazas de un gobernador con iniciar juicio político a magistrados por tomar una y otra decisión. Actualmente en algunos lugares, y en ciertos casos, los jueces no solamente carecen de libertad (salvo que estén dispuestos a perder el cargo), sino que se ven obligados a decidir según instrucciones y conveniencias de los otros poderes.

4. ¿Se ha enfrentado con situaciones (por ej. presiones de otros poderes del Estado, de grupos de poder, de las partes, o de la opinión pública) que comprometen la independencia del Poder Judicial? Dispone el juez de suficiente respaldo en estas situaciones? ¿Cómo se resuelven, según su conocimiento, en distintos casos?

Algunos jueces negaron haberse enfrentado con este tipo de situaciones. Otros sí afirmaron haber recibido presiones, que son mayores en el orden provin-

cial, ya sea de otro poder del Estado, de las partes, de grupos de poder, o bien de los medios de comunicación. La mención de la presión recibida de los medios es recurrente en muchas de las respuestas. Se siente como muy fuerte la presión que, de manera global, se ejerce desde los medios de comunicación, y se señala que en algunos casos se ha observado que los jueces se han dejado influenciar, adoptando las resoluciones exigidas, que no siempre reflejan tampoco un genuino interés de la opinión pública.

En algún caso se han recibido amenazas personales, no exentas de violencia. En otro se ha tenido que enfrentar la apertura de juicio político.

En cuanto al respaldo, la mayoría opina que casi siempre es insuficiente, y ocasional o esporádico, tanto de parte sus pares, de los superiores y de la propia Asociación, aunque hay apoyos en algunos casos por parte de algunos colegas y por personas o agrupaciones no gubernamentales. En varios casos aparece como muy marcada la experiencia de soledad y falta de respaldos del juez cuando debe enfrentar casos en el que están en juego poderosos intereses.

Por último, las formas de resolver estos casos fueron: en soledad la mayoría de las veces, para lo cual se requiere mucha firmeza y estar dispuesto a poner en juego el cargo. Las presiones se resuelven según la aptitud del juez para neutralizarlas. Otro camino mencionado en algunos casos es el de buscar el apoyo de la opinión pública, tratando de esclarecer e informar. Hacer conocer dichas presiones a la sociedad. En todos los casos en que se han expliado en consideraciones al respecto se destaca el deber moral de abstraerse de las presiones recibidas y dictar sentencia según la conciencia, tratando de mantener informado al público y de explicar claramente los fundamentos.

Es recurrente la demanda de mayor solidaridad y apoyo de la institución judicial. Según uno de los encuestados lo importante es la solidaridad entre los propios jueces, que muchas veces no existe; ante la resolución de un conflicto político, muchos son temerosos para tomar intervención y se excusan por cualquier causa, lo que obviamente perjudica y sobrecarga a otros magistrados. Creo que falta en algunos casos un mayor compromiso con nuestra función.

5. *¿Qué procedimientos o alternativas sugeriría para que los jueces puedan sentirse más respaldados al tomar decisión en situaciones como las mencionadas, u otras?*

Se ofrecieron varias respuestas diferentes que enuncian una gran variedad de propuestas frente al problema planteado, las cuales se pueden agrupar de la manera siguiente:

- *Los propios jueces*, mediante su formación y perfeccionamiento pueden adquirir una mayor capacidad de resistencia a las presiones externas.
- *El poder judicial*. Un mayor apoyo y acompañamiento de los órganos de gobierno del Poder Judicial. Hasta que no cambie la cultura de la organización judicial concebida verticalmente, será muy difícil proponer y ejecutar iniciativas que efectivamente respalden la actuación judicial (que es distinto de sentirse respaldado, ya que esto es meramente subjetivo).
- *La organización del Estado*. El fortalecimiento institucional de las estructuras del Estado. La reforma del Estado y la instrumentación de políticas que permitan delinear claramente las responsabilidades y funciones de cada poder. La real implementación (aunque sea difícil) del respeto absoluto a lo que dicen la Constitución y la ley, por parte de todos los actores que puedan verse involucrados (órganos de gobierno, incluidos los jueces, partes, y medios de difusión).
- *Los derechos de los ciudadanos*. El verdadero ejercicio del derecho constitucional a estar informado sería una ayuda para el problema planteado; hacer conocer dichas presiones a la sociedad.
- *La creación de órganos específicos*. Una oficina judicial de prensa que públicamente informe acerca de cada caso, posibilidades, ley vigente, etc., en “defensa” de la actuación judicial (obviamente, cuando ésta sea la adecuada). La creación de un comité u órgano consultivo integrado por jueces.
- *Asociaciones*. El asociacionismo judicial (sin incurrir en sectarismo, ni en defensa corporativa; la experiencia de un colectivo de jueces independientes y progresistas, a la manera de Jueces para la Democracia, de España, o Magistratura Democrática, de Italia, ha dado buenos resultados); mayor solidaridad entre los colegas y mayor compromiso con la función;
- *Procedimientos*. La implementación del juicio por jurado.

Se ha mencionado como *un problema adicional* el que se genera mediante la existencia de “estructuras sustitutivas”, devenidas en “foros de discusión” y de “cuestionamiento”, que resuelven anticipadamente lo que el juez debe resolver, en las que, según esta opinión, han hegemonizado el discurso sectores antidemocráticos. En estas situaciones los magistrados se sienten a merced de los movimientos de opinión que, en muchos casos, presionan de manera violenta sobre ellos. Se requiere la búsqueda por medios idóneos de que el primer juzgamiento del caso sea hecho por un juez.

6. ¿Considera que sería útil y aceptable algún tipo de comité de asesoramiento ético y valoración de la conducta judicial? ¿Cuál debería ser a su entender el grado de apertura a la sociedad y la composición de dicho comité?

Los jueces que contestaron negativamente a la pregunta esgrimieron algunas razones como las siguientes: que las personas que realizan conductas éticamente reprochables no tienen inclinación a consultar en primer lugar; que no sería útil, sino que en cambio deberían enseñarse principios de ética aplicada a la praxis jurídica en la Universidad y en el Consejo de la Magistratura (para las faltas de ética de los jueces, existen procedimientos y sanciones muy concretas); que resultaría un cómodo recurso para que los jueces descansen sus decisiones en el dictamen del comité, en lugar de asumir plenamente la responsabilidad por las resoluciones adoptadas; que la premura con que deben adoptarse ciertas decisiones, por ejemplo, en la instrucción preparatoria, no da margen a la búsqueda de asesoramiento; que sería algo inútil y aparatoso.

Entre los que sí entendieron que la existencia de algún tipo de comité sería útil, algunos aclararon que se debería permitir el contralor por la sociedad; otros sostuvieron, entre otras cosas, que: el Consejo de la Magistratura, con la ley vigente, podría ocuparse del tema; que dicho comité podría ser abierto a la sociedad (compuesto por los sectores comprometidos y la ciudadanía, a través de las ONG); que tales órganos de control deberían constituirse con ciudadanos probos y legos, magistrados retirados y abogados jubilados; los jueces no podrían faltar en dicho comité, que no debería tener facultades sancionatorias.

Otras respuestas, por el contrario, manifestaron reparos o abierta oposición a la *apertura* de este tipo de órganos para la ética judicial, o a la participación en ellos de personas ajena a la profesión. La creación de comités o comisiones de asesoramiento ético o de valoración de conducta judicial puede resultar útil en la medida en que se constituyan como organismos institucionales propios de los jueces (de lo contrario, tendería a favorecer la disolución institucional); debería cumplir funciones sólo de asesoramiento, con decisiones no vinculantes, y estar integrado por pares; este comité también podría hacer conocer a la comunidad las funciones específicas de los jueces; la apertura a la sociedad no resulta relevante ya que serán leyes aplicadas por jueces para jueces; podría ser útil, pero preocupa su uso con “otros” fines (el bien o el mal no están en la herramienta, sino en su empleo); podría ser, únicamente dentro de las asociaciones de magistrados, no con participación amplia de la sociedad, debiendo componerse de jueces en actividad.

Alguna respuesta ha sido particularmente crítica incluso frente a la propia pregunta de la encuesta. Se ha argumentado que resulta curioso que en un país en

el cual la evasión impositiva resulta incalculable, el trabajo en negro es una regla, los tribunales de ética de los colegios públicos profesionales están sospechados de ser inútiles o instrumentos de extorsión, y la corporación de prensa carece de decálogos éticos de actuación, siempre existan personas que se ofrecen a valorar la ética de los demás. En rigor, el Poder Judicial tiene normas y reglamentos de conducta ética, como así también organismos de control para ello que deben ser fortalecidos pero no sustituidos.

7. La lentitud en la justicia, ¿le plantea a los jueces un problema ético en lo que respecta a la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones?

Como se aprecia en la tabla de porcentuales correspondiente, la gran mayoría de los encuestados contestó afirmativamente.

Ahora bien, las respuestas, aunque coincidentes en su núcleo, tuvieron matizadas diferentes que caben ser destacados.

Se opinó que, en efecto, la lentitud de la justicia genera no uno sino distintos planteos éticos, que no se limitan a “la eficiencia en el cumplimiento de las funciones”, sino que se extienden además a la concreta selección de casos a los que se les dará prioridad o sobre los que se concentrará la energía y el esfuerzo.

También se sostuvo que la lentitud en la justicia tiene un solo origen y dos aspectos. El origen es político, y los aspectos guardan relación con las designaciones y falta de órganos y medios. Los sistemas de selección de magistrados han sido modificados, pero sin embargo mantienen un alto porcentaje de intervención de los dos poderes políticos del Estado. El diseño de número de órganos, necesidad de su creación, modificaciones en los procedimientos que inciden en el tema y falta de medios para su adecuado funcionamiento, dependen también de los poderes políticos. Los integrantes del Poder Judicial no siempre son consultados, y cuando lo son, no siempre son escuchados. El juez que acepta su función y conoce estas limitaciones, redobla su esfuerzo y el de sus colaboradores para compensar la situación. Más que un problema ético es una carga moral muy difícil de sobrellevar.

Alguno de los encuestados aclaró que la lentitud puede provenir del procedimiento establecido, de la inactividad de las partes, muchas veces interesadas en la demora, o en la morosidad del juez, siendo esta última la que plantea sobre todo una cuestión ética de responsabilidad. Siempre tuvo como norma establecer un trámite diferenciado dando prioridad a las causas con detenidos, tratando de activar a las partes y apurando aquello que de sí dependa, obteniendo muy buenos resultados.

Otros optaron por desdoblar la respuesta: sí, en caso de que, objetivamente, el cúmulo de trabajo le impida cumplir en tiempo adecuado; no, en caso contrario. El juez debe organizar una gestión eficiente en su juzgado y brindar respuestas jurisdiccionales adecuadas con suficiente motivación, pero sin sobreabundar innecesariamente, dilatando la resolución de otros casos.

Por último, un juez consideró que el problema de la lentitud no tiene nada que ver con la ética, ya que se trata de cuestiones que tienen su fundamento en cuestiones ajenas a esa problemática.

8. ¿Considera usted que la delegación de funciones por parte del juez genera algún grado de responsabilidad moral por falta de intervención personal en el proceso judicial?

La mayoría de los jueces consultados entendió que, siempre y cuando no se deleguen funciones esenciales (como el dictado de la sentencia), y la delegación se realice dentro de ciertos límites y sujeta a control por parte del juez, dicha delegación no genera responsabilidad moral al juez delegante.

Una menor cantidad de jueces afirmó que la delegación siempre genera responsabilidad moral, aun dados los elementos mencionados en el párrafo anterior. Existen delegaciones de funciones que resultan decididamente inmorales. En materia penal, no recibir personalmente al imputado o delegar la decisión de su situación constituyen una severa irresponsabilidad en el juez.

Por último, una minoría reducida entendió que la delegación nunca genera problema de responsabilidad moral. No plantea problema ético, sino un problema real y un compromiso de acelerar los medios, con sus conocimientos e infraestructura (cuando funciona). Una delegación con control no genera responsabilidad alguna.

La divergencia de criterios morales de los jueces es muy grande en este caso, como respecto a la mayoría de las otras preguntas formuladas. Las respuestas han sido contradictorias, en muchos casos.

Mas allá de los criterios generales reseñados, pueden destacarse algunos puntos de las respuestas que merecerían otro análisis profundizado. Un Poder Judicial integrado por magistrados con experiencia, actualizados en sus conocimientos, con amor a su labor, permite despachos al día. Sin duda que la lentitud de la justicia genera no uno sino distintos planteos éticos que no se limitan a “la eficiencia en el cumplimiento de las funciones”, sino que se extiende además a la concreta selección de casos a los que se les dará prioridad o sobre los que se concentrará la energía y el esfuerzo.

Se dijo que hay jueces que hacen de la delegación funcional un mecanismo tan perverso que prácticamente no hacen más que firmar y poner su cara en las audiencias. La delegación de funciones es inevitable en ciertas cuestiones de mero trámite (y hasta esencial para que funcione el sistema), pero los jueces siempre deben tener conocimiento y adecuada comprensión y valoración de todo lo que se decide en su tribunal o juzgado. En materia penal, no recibir personalmente al imputado o delegar la decisión de su situación constituyen una severa irresponsabilidad en el juez.

En otros casos se aclaró que no corresponde generalizar. Hay fueros de la justicia que tramitan sus procesos con mayor celeridad que otros. Eso depende, en algunos casos, de defectos de implementación que son un grave problema, pero no un problema ético personal de un magistrado u otro. Un ejemplo: existen sólo diez defensores oficiales en la Capital Federal y otros diez adjuntos, para abastecer las defensas de pobres ante los 30 tribunales orales en lo criminal, que rondan 90% de los casos. El déficit produce demoras en la fijación de juicios que sólo se solucionarían si se creasen diez cargos más de defensores oficiales. Otro ejemplo: sólo existen tres jueces de ejecución para toda la justicia penal de la Capital.

También se afirmó que quien delega funciones no se desliga en modo alguno de toda su responsabilidad. Por otro lado, es claro que existen delegaciones de funciones que resultan decididamente inmorales, especialmente si se llega al extremo de que la decisión no sea ni siquiera conocida o evaluada por el juez.

9. ¿En qué áreas y con qué modalidad cree usted que debería llevarse a cabo la capacitación, actualización y perfeccionamiento en la función judicial?

Las respuestas obtenidas pueden enmarcarse en las siguientes líneas:

Una escuela judicial, con curso en el país y en el exterior, con intercambio de experiencias y actualización de conocimiento, sería una posible opción.

Deberían cubrirse todas las áreas. Con respecto a la capacitación, ésta dependerá de la rama de cada juez (aunque debe privilegiarse una sólida formación constitucional), y podría pensarse en posgrados vinculados a la magistratura que contengan no sólo profundización de las materias jurídicas, sino conocimiento de otras, como psicología, administración de recursos humanos y materiales, etc. Mientras que para la actualización y perfeccionamiento lo más adecuado serían talleres de corta duración sobre temas específicos.

Otras áreas relevantes son la de gestión (manejo de grupos de trabajo e implementación de adecuados sistemas), la de formación de recursos humanos, organización de la oficina judicial, y actualización axiológica, sociológica y normativa del derecho, las de liderazgo, argumentación, prudencia, y la de procedimiento.

Las asociaciones de magistrados y funcionarios, en coordinación con la Universidad nacional, y con el apoyo del Consejo de la Magistratura, también podrían encargarse de esta capacitación, actualización y perfeccionamiento. La capacitación debe tener el apoyo y contribución del Estado.

Asimismo, podría resultar útil promover reuniones públicas en las que los operadores de la justicia den a conocer sus problemas, sus inquietudes, sus falencias, y sean interpelados por la ciudadanía.

Es importante tener en claro que lo fundamental es capacitar *al hombre* que encarna la función judicial, ya que antes que un jurista, el juez debe ser un ser humano inteligente, sensible y dedicado a su función con cuerpo y alma.

De todas maneras, en las actuales condiciones de precariedad de trabajo, debe tenerse cuidado en esta materia pues el esfuerzo de capacitación, actualización y perfeccionamiento debe estar claramente dirigido a satisfacer, inicialmente, las urgentes y concretas necesidades de incrementar la eficiencia, o de lo contrario sólo profundizarán los altos índices de morosidad judicial.

10. ¿Cree usted que la judicatura conlleva exigencias morales especiales en el ejercicio de la función y en la vida personal del juez? ¿Qué aspectos considera relevantes?

Como se desprende de la amplitud del enunciado, hubo una extensa gama de respuestas.

Algunos jueces opinaron que las exigencias morales del juez son distintas a los demás funcionarios de cualquier órgano de gobierno, puesto que ser juez es un honor con enorme responsabilidad. De allí que la vida personal del magistrado debe ser prudente, sobria, sin estridencias, ni ostentaciones humanas las veinticuatro horas del día, y en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y laboral. El alcohol, el exceso en eventos deportivos, el circular con vehículos sin respetar las normas de circulación demuestran no estar a la altura de las circunstancias y del honroso —créase o no— cargo que se desempeña. Se es modelo de la sociedad. Modelo como ejemplo y conducta a copiar, no como modelo de ostentación.

Otros, en cambio, entendieron que la conducta debe ser adecuada a las normas éticas y sociales, y decorosa, pero no exigirse una conducta ejemplar. Aclaran:

ron que las exigencias morales del juez son “especiales” por la especificidad de la función, pero no en el sentido de “sobrehumanas”.

Algunos jueces enfatizaron que la moral que debe esperarse del juez es la moral pública: las acciones privadas de todos, inclusive la de los jueces, están reservadas a Dios o a la propia conciencia.

Las virtudes más deseables en un juez que se mencionaron, además de las ya apuntadas, fueron: honestidad, austerdad, equilibrio, probidad, capacitación, ecuanimidad, humildad, compasión, excelencia, responsabilidad, solidaridad y sencillez.

11. Otros datos y consideraciones que puedan ser significativos para la ética judicial, según su criterio.

Dada la dificultad para encuadrar y sintetizar estas respuestas, a continuación se indican algunas de las más interesantes.

La ética judicial no resulta ajena a un concepto de ética dominante en una comunidad en un momento dado. El debate sobre la ética en la Argentina nunca se ha dado seriamente y las discusiones particulares adolecen, habitualmente, del terreno adecuado para enraizar. En estas condiciones, donde la ética no-ética del denominado “neoliberalismo” gobierna los actos de las personas, alguien podría pensar que poner el acento y la preocupación en la ética de los funcionarios del Estado es el modo ideal de desviar la mirada del problema.

En el concepto de uno de los encuestados la ética está íntimamente ligada a los valores de la sociedad. De allí que si se regulan con normas positivas corren el peligro que no evolucionen con el transcurso del cambio de las épocas. ¿Quién puede negar que hemos vivido momentos, o épocas, en que los jueces debían resolver los mismos conflictos con respuestas distintas? (años 1972-76; 1976-83; 1983-87; 1990-94; 1995-2000; 2001-2003). La ética de hoy no es la ética de la década del sesenta. Mucho menos que la década del veinte, o la generación “del ochenta”. Reglar normas éticas significa crucificarlas en el tiempo, para convertirlas después de un tiempo en normas *inválidas, ineficaces*, con el descrédito que significa para la sociedad, y continuar con las normas inaplicables de nuestro querido país.

El sesgo de la concepción expresada en el párrafo precedente ha sido el argumento para apoyar una opinión crítica que no había sido solicitada específicamente en esta encuesta: nadie se opone a que se provea “el decálogo del juez”, como principios enumerados, pero no códigos como los de Santiago del Estero, Santa Fe o Córdoba. Por algo a nivel nacional no tuvo acogida. Más aún

cuando, entre las críticas al Estado, se ataca cada vez más la justicia, para quitarle legitimidad y credibilidad. Por ello no debe concretarse ningún documento que pueda afectar aún más la enorme presión que hoy sufren los jueces.

Si bien se alienta la sanción de decálogos que regulen o expliciten la conducta del “buen juez”, se entiende que deben ser claros, simples y generales. Tal vez la consulta, ante la duda sobre una conducta a seguir por el magistrado, sea lo mejor de este conjunto de normas. La sanción a una conducta no ética le corresponde al Tribunal Superior que cuenta con la potestad disciplinaria respectiva.

Se propicia la cultura del trabajo, la valoración de la educación, y el afecto a la búsqueda de la verdad y la justicia.

Otras cualidades destacadas son: transparencia en el ejercicio de la función, coherencia en sus decisiones, conocimiento de la realidad social y del ser humano, contracción al trabajo, condiciones para guiar y contener adecuadamente al personal que de él depende para posibilitar el mejor rendimiento del trabajo del grupo.

Se recomienda: “mayor contralor y mayores encuentros entre magistrados, sincerarnos y plantearnos las problemáticas a los fines de darles soluciones”.

3. RESULTADOS PORCENTUALES

PREGUNTA 2: ¿Le ha ocurrido alguna vez considerar que la aplicación de una determinada ley al caso concreto fuera éticamente objetable?

| <i>Respuesta</i> | <i>Porcentual</i> |
|------------------|-------------------|
| Sí | 52,9 % |
| No | 47,1 % |

PREGUNTA 3: ¿Con qué frecuencia ha declarado en su carrera la inconstitucionalidad de una norma?

| <i>Respuesta</i> | <i>Porcentual</i> |
|------------------|-------------------|
| Nunca | 10,5 % |
| Una sola vez | 15,8 % |
| Pocas veces | 57,9 % |
| Muchas veces | 15,8 % |

PREGUNTA 4: ¿Se ha enfrentado con situaciones (por ej. presiones de otros poderes del Estado, de grupos de poder, de las partes, o de la opinión pública) que comprometen la independencia del Poder Judicial?

| <i>Respuesta</i> | <i>Porcentual</i> |
|------------------|-------------------|
| Sí | 55 % |
| No | 45 % |

PREGUNTA 6: ¿Considera que sería útil y aceptable algún tipo de comité de asesoramiento ético y valoración de la conducta judicial?

| <i>Respuesta</i> | <i>Porcentual</i> |
|------------------|-------------------|
| Sí | 55 % |
| No | 45 % |

PREGUNTA 7: La lentitud en la justicia, ¿le plantea a los jueces un problema ético en lo que respecta a la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones?

| <i>Respuesta</i> | <i>Porcentual</i> |
|------------------|-------------------|
| Sí | 84,2 % |
| No | 15,8 % |

PREGUNTA 8: ¿Considera usted que la delegación de funciones por parte del juez genera algún grado de responsabilidad moral por falta de intervención personal en el proceso judicial?

| <i>Respuesta</i> | <i>Porcentual</i> |
|-----------------------------|-------------------|
| Sí, en todos los casos | 27,8 % |
| No, si se limita y controla | 66,6 % |
| No, en ningún caso | 5,6 % |

Bibliografía

Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio, *La comunidad que viene*, Pretextos, 1999.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Fráncfort, 1978 (trad. esp.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1989).
- *Teoría del discurso y derechos humanos*, Colombia, 1995.
- APEL, Karl-Otto, *Transformación de la filosofía* (1972), Madrid, 1985, 2 vol.
- *Estudios éticos*, Barcelona, 1986.
- *Diskurs und Verantwortung*, Fráncfort, 1988
- A. Cortina, J. De Zan y D. Michelini, *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991
- *Auseinandersetzungen*, Fráncfort, 1999.
- ARATO, Andrew, “Procedural Law and Civil Society. Interpreting the Radical Democratic Paradigm”, en M. Rosenfeld and A. Arato, *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley, California, 1998.
- ARENDT, Hannah, *La vida del Espíritu*, Madrid, 1984, p. 526.
- *¿Qué es la política?*, Barcelona, 1997.
- *Eichmann en Jerusalén*, 2^a ed., Barcelona, 1999.
- ARNIO, A., *Lo racional como razonable*, Madrid, 1991.
- AYER, A. J., *Language, Truth an Logic*, 2^a ed., 1946, (trad. castellana: *Lenguaje, verdad y lógica*, Eudeba, Buenos Aires).
- BARBER, Benjamín, “La democracia liberal y los costos del consenso”, en N. Rosenblum, *El liberalismo y la vida moral*, Buenos Aires, 1993.
- *Un lugar para todos*, Barcelona, 2000.

- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986
- *L'Età dei diritti*, Turín, 1990, (trad. española *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991.
- *El tercero ausente*, Madrid, 1997.
- BOURDIEU, Pierre, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, 1999.
- *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.
- CALSAMAGLIA, A., “Ensayo sobre Dworkin”, prólogo a la edición española de *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984.
- CAMPS, Victoria, “Moral pública y moral privada”, en J. S. Avarezunde (ed.), *Actas del 2º Congreso Nacional de Bioética Fundamental y Clínica*, Madrid, 1999.
- CANADIAN JUDICIAL COUNCIL, *Ethical Principles for Judges*, Ottawa, Ontario, 1998.
- CANIVET, G., “Le droit communitaire et l’office du juge national”, *Droit et Société*, 1992, nº 20-21.
- CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993.
- *Ética mínima*, Madrid, 1996.
- “Universalizar la aristocracia. Por una ética de las profesiones”, en *Actas del 2º Congreso Nacional de Bioética Fundamental y Clínica*, Madrid, 1999.
- CRUZ, Manuel, *Hacerse cargo*, Barcelona, 1999.
- DAHL, Robert, Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía vs. control, México, 1991.
- DE TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, Madrid, 1968.
- DE ZAN, J., “El saber y los valores en la filosofía de Max Scheler”, en *Stromata*, XXXV, nº 1-2, Buenos Aires, 1979.
- Apel y el problema de la fundamentación de la ética en la época de la ciencia” en *Stromata*, XLII, nº 1-2, Buenos Aires, 1986.
- “Pragmática del lenguaje y racionalidad comunicativa”, en *Stromata*, XLVI, Buenos Aires, 1988
- “Moralidad y eticidad, o Kant y Hegel”, en *Cuadernos de ética*, nº 7, Buenos Aires, 1989.
- *Libertad, poder y discurso*, Buenos Aires, Almagesto, 1993.
- “Racionalidad científico-tecnológica y cultura”, en D. Michelini y otros, *Racionalidad y cultura* (vol. col.), ICALA, Río Cuarto, 1993.
- “Etica y moral en J. Habermas”, en P. Britos, J. De Zan y otros, *Éticas del siglo*, Rosario, 1994.

- “Poder, pactos políticos y procedimientos democráticos”, en D. Picotti (comp.), *Pensar desde América Latina*, Catálogos, Buenos Aires, 1995.
- “Una teoría del estado de derecho” , en *Cuadernos de ética*, nº 19-20, Buenos Aires, 1995.
- “Pensamiento reconstructivo y mundo simbólico”, en *Tópicos* nº 4, Santa Fe, 1996.
- “Ética, derecho y política en K.-O. Apel y J. Habermas”, en D. Michelini y otros, *Eficiencia y justicia social*, Río Cuarto, 1996.
- “El problema ético y político de la época de la ciencia y de la técnica”, en C. Ruta y otros, *Saber del tiempo, tiempo del saber*, J. Baudino Ediciones, Buenos Aires, 1997.
- “Hermenéutica y reconstrucción racional”, en Mónica Cagnolini y R. Maliandi (comps.), *La razón y el minotauro*, Almagesto, Buenos Aires, 1998.
- “Wittgenstein y la ética”, en *Tópicos*, nº 7, Santa Fe, 1999.
- “Identidad y universalidad en Paul Ricoeur”, en *Erasmus*, Revista Latinoamericana Interdisciplinaria del ICALA, nº 1, Río Cuarto, 1999.
- *Panorama de la ética continental contemporánea*, Akal, Madrid, 2002
- “Decir que no”, en *Tópicos*. Revista de Filosofía de Santa Fe, nº 10, 2002.
- “La sociedad dividida”, en *Violencia, instituciones y educación* vol. Colectivo, editado por D. Michelini y otros, Fundación ICALA, Río Cuarto, 2002.
- *Panorama de la ética contemporánea*, Akal, Madrid, 2003
- “La exclusión del otro”, en *Erasmus*, V, nº 2, Río Cuarto, 2003.
- “Filosofía y política en Hannah Arendt”, en *Cuadernos del Sur*, Revista de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2003
- *La filosofía práctica de Hegel*, ICALA, Río Cuarto, 2003.
- “La filosofía de la liberación de los ’70 y la Argentina del siglo XXI”, en *Erasmus* V, nº 1-2, 2004.
- “E. Tugendhat: Filosofía analítica y fundamentación de la ética normativa”, *Teoría*, Tucumán, nº extraordinario en homenaje al Prof. Dr. Roberto Rojo, 2004.
- DELMAS MARTY, M., *Pour un droit commun*, Éd. Du Seuil, París, 1994.
- DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El “fundamento mítico de la autoridad”*, Tecnos, Madrid, 1997.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984.
- *Law's Empire*, Cambridge, Massachussets, 1986.
- *Ética privada e igualitarismo político*, (1990), Barcelona, 1993.
- *La comunidad liberal*, Bogotá, 1996.
- ELLSCHEID, G., W. HASSEMER (eds.), *Interessenjurisprudence*, Darmstadt, 1974.
- FALK, Richard, “Una revisión del cosmopolitismo” en M. Nussbaum, 1999.

- FARELL, M. D., “La ética de la función judicial”, en J. Malem, y otros, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L. y A. HORTAL ALONSO (comp.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Comillas, 2001.
- FISS, O., “Objectivity and Interpretation”, en *Stanford Law Review*, 34, 1982.
- FORNARI, A., en J. DE ZAN y otros, “Los fundamentos de la ética en la época contemporánea. Problemas y propuestas”, *Tópicos. Revista de filosofía de Santa Fe*, nº 3, 1995.
- FORST, R., *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg, “Hermeneutik als praktische philosophie”, en el libro del mismo: *Vernunft im Zeitalter der Wissenschaften*, Fráncfort, 1976, p.78 ss.
- GADAMER, H.-G., *Verdad y método I*, Salamanca, 1993.
- GADAMER, H.-G., *Verdad y método II*, Salamanca, 1998.
- GARAPON, A., *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*, (Paris, 1996), (trad. esp. *Juez y Democracia*, Madrid, 1997).
- GARCÍA PASCUAL, G., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, 1997.
- GARGARELLA, R., *La Justicia contra el gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Buenos Aires, 2004.
- GAUCHET, M., “L’expérience totalitaire et la pensée du politique”, en *Esprit*, nº 7-8, 1976.
- GRAY, John, *Las dos caras del liberalismo*, Barcelona, 1993.
- *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Paidós, Barcelona, 2000.
- GUARIGLIA, O., *Moralidad, Ética universal y sujeto moral*, Buenos Aires, FCE, 1996.
- GUARIGLIA, O., *Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico*, FCE, Buenos Aires, 2002.
- GUÉHENNO, Jean-Marie, *El fin de la democracia. La crisis política y las nuevas reglas de juego*, Barcelona, 1995.
- GÜNTHER, Klaus, *Der Sinn für Angemesenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Fráncfort, 1988.
- HABERMAS, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Fráncfort, 1981, 2 tomos, (trad. esp.: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, 1987).
- *Erläuterungen zur Diskursethik*, Fráncfort, 1991, (trad. española: *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, 2000).
- *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp. Fráncfort, 1992, (traducción española: *Facticidad y Validez. Contribuciones para una teoría discursiva del derecho y del estado de derecho democrático*, Madrid, 1998).

- “El Estado-nación europeo y las presiones de la globalización”, en *New Left Review*, nº 1, Barcelona, 2000.
- *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort, 1996, (trad. *La inclusión del otro*, Madrid, 1999).
- HAMPSHIRE, Stuart *Moral pública y privada*, (1978), México, 1983.
- HASSEMER, Winfried, “Juristische Heremeutik”, en *Archiv für Rechts- und Sozial-Philosophie* nº 72, LXXII/Heft 2, Stuttgart, 1986.
- HEGEL, G.W.F., *Filosofía del derecho*.
- HELD, David, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Democracy*. Polity Press, Londres, 1995.
- “Violencia y justicia en una era mundial”, diario *El País*, Madrid, 19 de septiembre de 2001.
- “Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty”, en *Legal Theory*, I, 2002.
- A. MCGREW, *Governing globalization. Power, authority and global governance*. Polity Press, Cambridge, 2002.
- HIERRO PESCADOR, J., “Ética”, en *Diccionario de filosofía contemporánea*, Salamanca, 1979.
- HOBBES, TH., *De Cive*, (trad. esp. *Sobre el ciudadano*, Trotta, 2002).
- HÖFFE, Otfried, *Derecho intercultural*, Barcelona, 1999.
- “¿Hay un derecho penal intercultural? Ensayo filosófico”, en *Erasmus*, nº 1, Río Cuarto, 1999.
- *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Múnich, 1999.
- HONNETH, Axel, *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Crítica, Barcelona, 1997.
- HUDSON, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, Madrid, 1974.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (Ak. Ausg., IV, 415), ed. española bilingüe, Ariel, Barcelona, 1996.
- KYMLICKA, Will, “La tradición del contrato social”, en P. Singer, *Companion to Ethics*, 1991, (trad. esp. *Compendio de ética*, Madrid, 2000).
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
- LENOBLE, Jacques, “Law and Undecidability”, M. Rosenfeld and A. Arato, en *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, Berkeley, California, 1998.
- LYOTARD, J.-Fr., *Tombeau de l'intellectuel*, París, 1984.
- MACINTYRE, A., *After Virtue*, New York, 1984; *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987.

- MACKIE, John L., *Ética. La invención de lo bueno y de lo malo*, (1977), Barcelona, 2000.
- MALAMUD GOTTI, J., *Los dilemas morales de la Justicia internacional. El caso Pinochet*, Ciepp/Miño y Dávila, Buenos Aires, noviembre de 2003.
- MALIANDI, Ricardo, *Ética, conceptos y problemas*, 3^a ed., Biblos, Buenos Aires, 2004.
- MAUS, I., *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Fráncfort, 1992.
- MICHELMANN, F., “Justificatio and the Justificability of Law”, en *Nomos*, XVIII, 1986.
- MOUFFE, CH., “Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal”, en *Tópicos. Revista de filosofía de Santa Fe*, nº 10, 2002.
- NAGEL, Thomas, “Los grandes crímenes modernos son crímenes públicos”, en Stuart Hampshire, 1983.
- “La crueldad en la vida pública”, en Stuart Hampshire, 1983.
- NEGRI, T., M. HARDT, *Multitud, guerra y democracia en la era del imperio*, Sudamericana, Buenos Aires, 2004.
- NINO, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidos, 1984.
- ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, (1926), Buenos Aires, 1949.
- PELLEGRINO, E. D., D. C. THOMASMA, *The virtues in medical practice*, New York/Oxford, 1993.
- PERELMANN, Ch., L.OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rethorique*, (1958), 2^a ed., Bruselas, 1970.
- PETERS, B., *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Fráncfort, 1991
- PIAGET, J., *El criterio moral en el niño*, Martínez Roca, Barcelona, 1984.
- PIEGLER, JOSEF, “Der Richter im Rechtstaat”, *Österr. Juristenzeitung*, 1965.
- POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, 1983.
- RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960.
- RAWLS, John, *Una teoría de la justicia*, (1971), México, 1979.
- *Political liberalism*, New York, 1993, (trad. *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996).
- *El derecho de gentes*, (1999), Barcelona, 2001.
- RAYNAUD, PH. y ST.RIALS (ed.), *Diccionario de filosofía política*, Madrid, 2001.
- RICOEUR, P., *Soi-même comme un autre*, 1990, (edic. castellana: *Sí mismo como otro*, México, 1996).
- RIUTORT SERRA, Bernat, *Razón política, globalización y modernidad compleja*, El Viejo Topo, España, 2001.
- (ed.), *Conflictos bélicos y nuevo orden mundial*, Barcelona, 2003.
- RORTY, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991.

- SCHAMBECK, Herber, “Richteramt und Ethic” en *Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte*, Band 15, Duncker and Humboldt, Berlin.
- SCHELER, Max, *El resentimiento en la moral*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, México, 1944.
- *El puesto del hombre en el cosmos*, Buenos Aires, 1964.
- SCHMITT, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, 1990.
- SHIENTAG, B. L., “The Virtue of Impartiality”, en G. R. Winters (ed.), *Handbook for Judges*, American Judicature Society, 1975.
- SINGER, Peter, *One World*, (2002), (trad. *Un solo mundo. La ética de la globalización*, Paidós, Barcelona, 2003).
- SOUZA SANTOS, B., *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, 2002.
- SUMNERS, R. S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982.
- TARELLO, G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1988.
- TAYLOR, Charles, “Propósitos cruzados: el debate liberal-comunitario”, en R. Rosenblum, *El liberalismo y la vida moral*, Buenos Aires, 1993.
- THOMAS, James Burrows, *Judicial Ethics in Australia*, The Law Book Company, Sydney, 1988.
- THOMPSON, Dennis, *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, 1999.
- TORBISCO CASAL, N., “Sobre la relevancia de la justicia internacional”, en Malamud Jaime, *Los dilemas morales de la justicia internacional. El caso Pinochet*, CIEPP/Miño y Dávila, 2003.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de Ética*, Barcelona, 1997.
- TULMIN, S., *Uses of Argument*, Cambridge, 1958.
- VALCARCE, Amelia, *Ética para un mundo global*, Madrid, 2002.
- VATTIMO, G., J. DERRIDA, *Diritto, giustizia e interpretazione. Anuario filosófico europeo*, Roma-Bari, Laterza, 1998.
- VIGO, R. L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- VIRNO, Paolo, *Gramática de la multitud*, Colihue, Buenos Aires, 2003.
- WALZER, Michel, “Political action: the problem of dirty hands”, en *Philosophy and Public Affairs*, 2, nº 2, 1973.
- *Thick and Thin. Moral Arguments at home and Abroad*, New York, 1994, (trad. esp. *Moralidad en el ámbito local e internacional*, (1994), Madrid, 1996).
- *Jus and Unjust Wars*, Harmondsworth, Penguin, 1980, (trad. esp.: Barcelona, Paidós, 2001).

- WAYNE MACKAY, A., "Judicial Ethics: Exploring Misconduct and Accountability for Judges", Dalhousie University, 1995, Discussion Paper for Commonwealth Chief Justices Roundtable Meeting, <<http://is.dal.ca/~cjei/mackay.html>>.
- WEBER, M., *Politik als Beruf. Wissenschaft als Beruf*; (trad. esp. *La política como vocación*, Madrid, 1975).
- *La ética protestante y el espíritu del capitalismo (Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I, pp. 1-202), Premia, México, 1981.
- WINCH, P., *The idea of a Social Science*, London, 1958.
- WINGERT, L., *Gemeinsinn und Moral*, 1993.
- ZOLO, Danilo, *Cosmópolis (Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial)*. Paidós, Barcelona, 2000.