

ÉTICA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

ÉTICA E INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

SESIONES DE JUECES DE SUPERIORES
TRIBUNALES DE LAS PROVINCIAS
ARGENTINAS

Copyright © 2003 by ARGENJUS
Tucumán 1471 (1050) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher

I.S.B.N. 950-9659-01-0



**Junta Federal de Cortes
y Superiores Tribunales de Justicia
de las Provincias Argentinas**

Av. Leandro N. Alem 1074, 2º piso
(C1001AAS) - Buenos Aires- Argentina
Tel. (5411) 4313 4660/ 6330
E-mail: jufejus@ciudad.com.ar



ARGENJUS
ARGENTINA JUSTICIA

Av. Leandro N. Alem 1074, 2º piso
(C1001AAS) - Buenos Aires- Argentina
Tel. (5411) 4313 4660/ 4815 6655
E-mail: info@argenjus.org.ar
www.argenjus.org.ar

COMISIÓN DIRECTIVA DE LA JUNTA FEDERAL
DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES
DE JUSTICIA DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS

- Período 2002/2004 -

PRESIDENTE

Dr. Alberto Ítalo Balladini (Río Negro)

VICEPRESIDENTES

Dr. Luis Alberto Absi (Misiones)

Dr. Pedro Jorge Llorente (Mendoza)

Dr. César Ernesto Oviedo (Catamarca)

SECRETARIO

Dr. Rafael Francisco Gutiérrez (Santa Fe)

PROSECRETARIO

Dr. Fernando S. L. Royer (Chubut)

TESORERO

Dr. Eduardo Manuel Hang (Formosa)

PROTESORERO

Dr. Juan Carlos Ardoy (Entre Ríos)

VOCALES

Dr. Guillermo Alberto Posadas (Salta)

Dr. Ramón Ricardo Ruarte (La Rioja)

Dr. Alfredo Carlos Dato (Tucumán)

Dr. José Guillermo Catalfamo (San Luis)

Dr. Carlos Antonio Olivera (Santiago del Estero)

Dr. Ramón Rubén Ávalos (Chaco)

Dr. Fernando Augusto Niz (Corrientes)

Dr. Domingo Juan Sesín (Córdoba)

Dr. Enrique Osvaldo Peretti (Santa Cruz)

Dra. Clara Salazar (Santa Cruz)

Dr. Víctor Hugo Sodero Nievas (Río Negro)

Dr. Eduardo Fernández Mendía (La Pampa)

Dr. Arturo E. González Taboada (Neuquén)

Dr. Ricardo Jorge Klass (Tierra del Fuego)

REVISOR DE CUENTAS TITULAR

Dr. José Manuel del Campo (Jujuy)

REVISOR DE CUENTAS SUPLENTE

Dr. Ángel Humberto Medina Palá (San Juan)

COMISIONES DE APOYO

En el seno de la Comisión Directiva funcionan diversas Comisiones de Apoyo, que se integran de la siguiente manera:

Consultiva: integrada por los ex Presidentes de la Junta Federal, mientras se desempeñen como miembros de sus Cortes o Superiores Tribunales:

- Dr. Rodolfo Luis Vigo
- Dr. Jorge Horacio Nanclares
- Dr. Eduardo Omar Molina
- Dr. Alberto José Brito

Visita a Provincias

- Presidente y Miembros de la Comisión Directiva

Capacitación

- Dr. Ricardo F. Franco
- Dr. Eduardo Omar Molina
- Dr. Rodolfo Luis Vigo
- Dr. José Luis Pasutti
- Dra. Marta Poggiese de Oudin
- Dr. Ariel Gustavo Coll
- Dra. María Luisa Lucas
- Dr. Eduardo Fernández Mendía
- Dr. Mario Arturo Robbio
- Dra. Elvecia Gatica
- Dr. Jorge Horacio Nanclares

Actividad Académica

- Dra. Marta Catella

Relaciones Institucionales e Internacionales

- Dr. Gerardo González
- Dr. Luis Alberto Absi
- Dr. Jorge Horacio Nanclares

Administración Judicial – Estándar de Productividad

- Dr. Fernando S. L. Royer
- Dr. Alfredo Carlos Dato
- Dr. Héctor Tievas

Reforma Judicial y Proyecto Legislativo

- Dr. Jorge Horacio Nanclares

Estado Judicial

- Dr. Ricardo Jorge Klass
- Dr. Alberto I. Balladini

Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino

Con el propósito de la participación de la Junta Federal en las deliberaciones de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino, y en las Comisiones creadas en ese ámbito para debatir diferentes temas, se designaron a los siguiente Ministros de Cortes:

Capacitación Judicial

-Dr. José Luis Pasutti

Acceso a la Justicia

-Dr. Alberto Brito

Métodos Alternativos de Resolución

-Dra. María Luisa Lucas

Reducción de Demoras y Congestión de Tribunales

-Dr. Fernando Royer

-Dr. Alfredo Dato

Modelo de Juez

- Dr. Rodolfo Luis Vigo

- Dr. Eduardo Fernández Mendía

- Dr. Ramón Ávalos

ARGENJUS-ARGENTINA JUSTICIA

PRESENTACIÓN INSTITUCIONAL

Argenjus es un Consorcio de Organizaciones sin fines de lucro, fundado en marzo de 2000, dedicado a la capacitación, investigación y mejoramiento de la administración de Justicia.

Entre sus objetivos se encuentran:

- Mejorar el funcionamiento del Poder Judicial y de todas aquellas profesiones y actividades que prestan apoyo a la justicia;
- Reafirmar el concepto de que el sistema judicial incluye todas las actividades destinadas a la solución de conflictos incluso aquellas que buscan ese resultado fuera del ámbito del Poder Judicial;
- Facilitar el acceso efectivo de toda la comunidad al sistema judicial;
- Incentivar la participación y el interés comunitario en la administración de justicia;
- Colaborar con el afianzamiento de la independencia de los jueces y de la Justicia como Poder del Estado;
- Procurar una mayor eficacia y eficiencia en la utilización de los recursos y la modernización de los equipamientos;
- Propender a una mayor profesionalización de los recursos humanos del sistema judicial;
- Trabajar con todos los organismos internacionales, entidades u organizaciones similares de América y del resto del mundo;
- Intercambiar experiencias que sirvan para mejorar el sistema judicial, especialmente con los demás países de América.

AUTORIDADES

Dr. Ramón G. Brenna
Presidente

Dr. Abel Fleming
Vicepresidente 1º

Dr. Héctor M. Chayer
Secretario y Tesorero

ORGANIZACIONES ACTIVAS Y SUS REPRESENTANTES

ARQUIJUS

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ARQUITECTURA PARA LA JUSTICIA
Arq. Carlos Firvida

ASOCIACIÓN CONCIENCIA
Dra. Amalia Mattio

ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACIONAL
Dr. Raúl Madueño

ASOCIACIÓN DE MUJERES JUEZAS DE ARGENTINA
Dra. María Laura Garrigós de Rébori

FACA

FEDERACIÓN ARGENTINA DE COLEGIOS DE ABOGADOS
Dra. Josefina Orzábal

FAM

FEDERACIÓN ARGENTINA DE MAGISTRADOS
Dr. Edgardo J. Albriou

FORES

FORO DE ESTUDIOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
Dr. Héctor M. Chayer

FORO PARA LA RECONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL
Dr. Ricardo Gil Lavedra

FUNDACIÓN LIBRA

Dra. Gladys Álvarez – Dra. Elena Highton

JUFEJUS

JUNTA FEDERAL DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS
Dr. Alberto Ítalo Balladini

UNLA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS
Dra. Alicia Carr

ORGANIZACIONES ADHERENTES

APDH

ASOCIACIÓN PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS

FUNDEJUS

FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA JUSTICIA

ISEJUS

INSTITUTO SUPERIOR DE ESTUDIOS PARA LA JUSTICIA

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	1
SEMINARIO ÉTICA E INDEPENDENCIA JUDICIAL	7
1- PARTICIPANTES	7
2 - RESPONSABLES ORGANIZACIÓN	8
3 - GUÍA DE TRABAJO	9
IDEAS Y REFLEXIONES ACERCA DE LA ÉTICA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL	17
ÉTICA, INDEPENDENCIA, NEUTRALIDAD	17
LOS CÓDIGOS	18
Reforma y justificación	18
<i>Redacción</i>	18
Estructura y contenidos	19
Su interpretación	20
Funciones	20
Cumplimiento. Previsiones	21
Responsabilidad	21
LA ÉTICA EN LA SOCIEDAD Y EN LA FILOSOFÍA CONTEMPORÁNEA 1ª conferencia, Seminario de Ética e Independencia Judicial	23
1. INTRODUCCIÓN	23
2. ÉTICA POSITIVA. LA MORAL DE LOS SENTIMIENTOS	24
3. METAÉTICA. EL LENGUAJE MORAL	27

	Pág.
4. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ÉTICA EN LA SOCIEDAD PLURALISTA	30
5. EL CONTRACTUALISMO. LA ÉTICA DE LOS SOCIOS	32
6. EL UNIVERSALISMO. UNA ÉTICA PARA TODOS	38
7. LAS ÉTICAS PROCEDIMENTALES	42
ÉTICA Y FUNCIÓN PÚBLICA	
2ª conferencia, Seminario de Ética e Independencia Judicial	51
1. INTRODUCCIÓN	51
2. MORALIDAD EN LA ESFERA PÚBLICA Y EN LA VIDA PRIVADA	58
3. PROBLEMAS ÉTICOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	64
4. ÉTICA Y DEMOCRACIA	71
5. SOBRE LA MORALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS PARLAMENTARIOS	74
6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE ÉTICA JUDICIAL	80
7. APÉNDICE. UN CASO PARA PENSAR	84
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
SEMINARIO “ÉTICA E INDEPENDENCIA JUDICIAL”	
CONCLUSIONES	87
CONSIDERACIÓN PREVIA	87
APORTES DE LA DISCUSIÓN	87

PRÓLOGO

Luego de mi participación en las XIV Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina que se realizaron entre el 4 y el 6 de septiembre de 2003, en Termas de Río Hondo (Santiago del Estero), se imponen algunas reflexiones al respecto, considerando oportuno este espacio como el apropiado para compartirlos con ustedes como prólogo de este trabajo.

Mi primera inquietud fue ¿por qué necesitamos seminarios, encuentros, talleres, disertaciones para reflexionar sobre la ética cuando en realidad en cada acto de nuestra vida cotidiana debe estar presente? ¿Acaso ocurre que en estos tiempos nos hemos apartado de ella?

Creo que nuestro mundo ha llegado a un punto de inflexión. Y es deber de aquellos que ocupamos cargos con la responsabilidad de conducir uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial, de recrear estos valores que deben ser propios de la esencia de quienes somos responsables de la realización de la Justicia y como primeros garantes del cumplimiento de las normas.

Es necesario rescatar en nuestro imaginario colectivo ese valor tanpreciado y sentir que nuevamente se escuchan en nuestra sociedad las voces de nuestros próceres de ayer cuando señalaban: “El primer deber de un magistrado es fomentar por todos los medios posibles la pública felicidad. Su poder se consolidará por la gratitud pública, y las naciones recogerán el fruto de su cuidado y vigilancia”. Mariano Moreno.

“Sirvo a la patria sin otro objeto que el de verla constituida, ése es el premio al que aspiro” (Manuel Belgrano).

Debemos recobrar un corazón virtuoso donde el honor y la grandeza sea la esencia que nos envuelva porque si no, no puede haber empresa que llegue a buen puerto.

Pero nada de esto se logra sin un consenso; los jueces debemos enviar un mensaje claro a la sociedad que nos ha conferido el poder de *imperium* y a la que les prestamos servicio, una verdadera señal

de nuestro interés en recuperar la credibilidad de la gente imponiéndonos actos concretos para ello, no sólo meras declamaciones.

La ética enmarca cotidianamente la tarea del juez; debemos mostrarle a la ciudadanía que los jueces estamos a la altura de las exigencias que esta sociedad adulta nos demanda.

¿Cómo responder entonces a ese deber para con el ciudadano?

Con actos concretos. Autolimitándonos en todo aquello que pueda generar la más mínima sospecha de una conducta no deseada, que se pueda visualizar como un apartamiento de la ética, en todos los ámbitos de nuestra vida, es aquello que denominamos el decoro de los jueces.

Tener una decisión independiente al momento de tomar nuestra resolución jurisdiccional.

Proceder al inmediato apartamiento en una causa donde pueda existir alguna causal que pueda poner en peligro nuestra imparcialidad, para ello existen los mecanismos procesales con que cuentan nuestros códigos de procedimiento.

El tener una conducta transparente en todos nuestros actos funcionales, sin procedimientos ocultos que la sociedad pueda mal interpretar.

Una verdadera "austeridad republicana" que muestre al ciudadano que somos parte de la sociedad que nos eligió para brindar el servicio de justicia.

Capacitándonos permanentemente para poder brindarle al ciudadano el MEJOR JUEZ.

Desde el ejemplo de cada día lograr el cambio cultural necesario y así retomar la ruta de la ejemplaridad. Es un camino agreste, de trabajo, de esfuerzo, que exige un permanente examen de conciencia para encontrar la fuerzas internas que puedan mantener el rumbo.

En definitiva se pretende de nosotros un verdadero compromiso institucional que abarca todos los órdenes de nuestra vida. La función de juez es una actividad dignificante y una entrega al servicio del bien público.

Ahora sí se impone otra pregunta, ¿qué sanción se le impone al magistrado que transgrede las normas éticas que deben acompañar su labor?

Justamente en el encuentro se suscitó esta problemática, la cuestión sancionatoria. Cabe destacar a este respecto que la sanción se encuentra ínsita en la misma norma ética, y lo que se pretende es que el magistrado modifique su conducta.

Retomemos entonces aquel camino recorrido por nuestros próceres, y que hoy la sociedad nos reclama en forma permanente.

Quiero finalizar este prólogo con una frase de mi colega y amigo: doctor Bernabé Chirinos, extraída de su libro recientemente publicado sobre “El Estado Judicial de los Jueces en la República Argentina”, que señala —al momento de definir el perfil de juez— lo siguiente: “La selección del juez no debe limitarse exclusivamente a considerar sus aspectos profesionales: es un hombre de sólidas convicciones, de juicio justo y seguro, de sentido práctico y ecuánime, coherente consigo mismo en todas las circunstancias, hombre de doctrina clara y sana, de designios firmes y rectilíneos, hombre sobre todo, capaz en virtud de la autoridad que emana de su conciencia pura, de ser guía y dirigente en su ámbito...”.

Dr. Alberto I. Balladini
Presidente de la Junta Federal
de Cortes y Superiores
Tribunales de Justicia
de la República Argentina

ÉTICA E INDEPENDENCIA
DEL PODER JUDICIAL

SESIONES DE JUECES DE SUPERIORES TRIBUNALES
DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS

SEMINARIO ÉTICA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

29 Y 30 DE MAYO DE 2003
CIUDAD DE SANTA FE, PCIA. DE SANTA FE

1- PARTICIPANTES

APPELLIDO Y NOMBRE	ORGANISMO
1. Ardoy, Juan C.	Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Entre Ríos
2. Badano, Eduardo José	Federación Argentina de la Magistratura
3. Balladini, Alberto I.	Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Río Negro
4. Battaíni, María del Carmen	Juez del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur
5. Bertteloti de Schaller, Laura E.	Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Entre Ríos
6. Brito, Alberto J.	Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Tucumán
7. Caballero, Adolfo	Presidente de la Corte de Justicia de la Pcia. de San Juan
8. Caminos, Miguel Ángel	Presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional
9. Catella, Marta	Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Misiones
10. Carlín, Miguel A.	Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Entre Ríos
11. Chirinos, Bernabé	Vicepresidente 1º, Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social
12. Dato, Carlos A.	Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Tucumán
13. De Leiva, Amelia S.	Ministro Vicedecano de la Corte de Justicia de la Pcia. de Catamarca
14. Falistocco, Roberto H.	Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Santa Fe

APELLIDO Y NOMBRE	ORGANISMO
15. Fernández Mendia, Eduardo	Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de La Pampa
16. Gastaldi, María Angélica	Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Santa Fe
17. Gutiérrez, Rafael F.	Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Santa Fe
18. Kozameh, Ernesto	Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Santiago del Estero
19. Moyano, Carlos Eduardo	Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Mendoza
20. Negri, Héctor	Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires
21. Netri, Mario	Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Santa Fe
22. Pettigiani, Eduardo	Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires
23. Robbio, Mario A.	Vicepresidente del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur
24. Simonelli, Carlos	Ministro del Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. de Corrientes
25. Spuler, Eduardo G.	Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Santa Fe
26. Vigo, Rodolfo L.	Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Pcia. de Santa Fe

2 - RESPONSABLES ORGANIZACIÓN

1. Aguirre, Zulema	ARGENJUS
2. Brenna, Ramón	ARGENJUS
3. Chayer, Héctor	ARGENJUS
4. González, Cristina	Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas
5. Steffen, Manfred	Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer
6. Woischnik, Jan	Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer

3 - GUÍA DE TRABAJO

Es indudable que en Occidente la autoridad en general sufre una fuerte crisis de legitimidad y de desconfianza por parte de la ciudadanía. El Poder Judicial no escapa a ese fenómeno que ha generado preocupación especialmente entre sus integrantes, conscientes de que la autoridad de un juez está ligada a la confianza ciudadana que requiere para ejercer su *imperium*. Entre las vías recorridas a los fines de enfrentar ese problema y procurar recuperar el necesario respaldo social, diversos Poderes Judiciales han recurrido a la sanción de Códigos de Ética Judicial en donde se establecen principios, deberes y prohibiciones que apuntan a perfilar lo que sería el “buen” o “mejor” juez para esa sociedad en ese tiempo. En ese camino contamos con antecedentes muy diversos como los de los Poderes Judiciales de Estados Unidos, Italia, Costa Rica o diversas provincias argentinas. También merecen ser referenciados: el Estatuto Universal, el Estatuto Europeo del Juez y debe destacarse que en la VI Reunión de las Cortes Iberoamericanas celebrada en Tenerife en mayo del 2001 se adoptó el llamado “Estatuto del Juez Iberoamericano” que incluye un expreso capítulo sobre “Ética Judicial”.

Inspirados en esa lógica parece apropiado reflexionar sobre la Ética Judicial y la posibilidad de establecer Códigos de Ética Judicial, para lo cual resulta necesario procurar el mayor consenso posible. El establecimiento de tales Códigos a través de un mero acto de autoridad debilita sus positivos efectos tanto hacia dentro del Poder Judicial como hacia fuera. Se trata entonces de intentar que sean los mismos jueces los que asuman el requerimiento de enviar un mensaje a la sociedad que les ha conferido el *imperium* y a la que le prestan su servicio, que ellos están preocupados e interesados por recuperar o potenciar la credibilidad plena y a esos fines están decididos a autoimponerse un código de conductas que intente consolidar o mejorar el mejor servicio de justicia y el consiguiente control sobre el mismo.

A los efectos de promover el diálogo sobre la ética judicial se indican seguidamente algunas cuestiones, a modo de interrogantes que intentan brindar una especie de introducción al debate, sin perjuicio de los comentarios, ampliaciones y precisiones que emerjan.

1. **¿La ética es algo racional?** Particularmente durante el siglo XIX y hasta la segunda guerra mundial, la ética padeció una fuerte hostilidad desde el campo científico en tanto se la vinculaba con lo irracional (recuérdese la postura de un Kelsen con su emotivismo axiológico y afirmando que la justicia era un “ideal irracional”). Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XX se generan diversos intentos por recuperar la razón para la ética, y ahí

se inscriben las éticas del diálogo, del consenso y procedimentales, amén de las tradicionales invocaciones a valores objetivos. Es que pareciera contraintuitivo admitir que atento a que resultan problemas y discusiones irracionales o meramente emotivas, se puede con la misma justificación defender la democracia o la dictadura, los derechos humanos o su negación. En definitiva en estas discusiones sobre ética o valores, básicamente caben tres grandes posturas: los escépticos (lo valioso lo pone cada sujeto), los intersubjetivistas (lo valioso se establece intersubjetivamente) y los objetivistas (lo valioso está dado al hombre quien puede conocerlo y reconocerlo acertadamente o erróneamente). Sin duda, es una discusión apasionante y siempre actual, que los jueces no pueden soslayar. Las partes invocan la justicia y los jueces aducen en respaldo de sus decisiones “razones de justicia”, e integran “un poder y un servicio de justicia”. En consecuencia, se debe ser consciente del alcance que tienen esas invocaciones para cada uno y obrar en consecuencia.

2. **¿Cuál es la especificidad de la ética profesional?** La respuesta positiva que se ha dado a esta pregunta afirma que su objeto intenta definir no al profesional (por ejemplo, quién es juez o abogado o médico) sino al “mejor” profesional posible para esa sociedad y ese tiempo. De ese modo la ética fija conductas escogiéndolas dentro de las permitidas jurídicamente, pero fundándose en que a través de ellas se lograrán los mayores beneficios o se evitarán los mayores perjuicios. La ética profesional tiene por objeto material el profesional de que se trate (médico, juez o abogado), pero su especificidad reside en su objeto formal, en tanto éste se pregunta por cómo hacer de ese profesional el “mejor” profesional posible para esa sociedad y para ese tiempo. Un ejemplo —entre otros posibles— de la especificidad de la ética profesional es, pensando en la prescripción de la sanción penal, que mientras no dudemos de que ella funciona en el campo jurídico podría ocurrir que no la aceptemos en el campo de la ética (por ejemplo, si es posible volver a designar como juez a alguien que fue destituido por cohecho reiterado o algún otro grave y reiterado incumplimiento de los deberes jurídicos, pues puede sostenerse que sin perjuicio de haber quedado purgada totalmente su responsabilidad jurídica resulta imposible volver a darle una segunda oportunidad a los fines de atribuirle nuevamente el *imperium* y la autoridad propia de los jueces).
3. **¿Cuáles son los bienes que justifican los deberes éticos?** Se subraya que mientras la deontología se reduce (al menos etimológicamente) a un catálogo de deberes, la ética procura dar

razones de aquello que se establece como deber. Así, el deber resulta justificado en la medida que se invoquen bienes que con su cumplimiento resultan satisfechos o cubiertos, de lo contrario si no aparecen esos bienes respaldando al deber, éste no se encuentra justificado y en consecuencia resulta mero acto de autoridad o imposición. ¿Pero cuáles son los bienes posibles de ser aducidos para justificar deberes? Antes de responder habría que identificar el “bien” con un cierto perfeccionamiento o completitud que a su vez es fuente de felicidad para aquel que lo posee; así si logro ser un “buen” jugador de fútbol y no soy un “mal” jugador, o logro ser un “buen” juez y no un “mal” juez, encontraré en ese perfeccionamiento una fuente de felicidad que será proporcional al “bien” que está en juego. Pasando ahora a la pregunta por los diferentes bienes con los que se justifican los deberes éticos profesionales, y pensando particularmente en el juez, los deberes éticos judiciales se justificarán por el bien general de la sociedad (por ejemplo una sociedad que sabe que sus jueces se capacitan, no se intranquiliza por la posibilidad de tener que ir a tribunales), por el bien directo de los auxiliares judiciales, partes procesales y sus abogados (pensemos en el deber ético de la afabilidad del juez y cuantos beneficios pueden disfrutar esos colaboradores de ese buen talante), por el bien de los colegas (lo que hace de malo algún juez lo termina pagando todo el resto), por el bien del propio juez (exigiéndoles a los jueces capacitación, son ellos también beneficiarios desde su punto de vista personal) y por el bien del derecho (pues éste en manos de buenos jueces se beneficia, pero en manos de malos jueces se perjudica). En definitiva, sólo recurriendo a los bienes que están en juego en las éticas profesionales, se pueden justificar los deberes propios de ellas, sea que se trate del bien general de la sociedad, del bien sectorial de la profesión, del bien de los usuarios o del propio bien personal del profesional.

4. **El ineludible recurso a los “principios” que concentran la ética.** Una tentación en la que pueden incurrir los juristas es la de juridizar la ética procurando que su formulación se realice a través de la estructura propia de normas, de manera que se busque definir hipótesis de conductas a las que se les imputa ciertas consecuencias. Sin embargo, como lo confirman los diferentes Códigos de Ética profesional, ellos consagran principios que, por sus características constitutivas (por ejemplo el actuar sin ofender la “dignidad” de la profesión en cuestión), tienen una inevitable indeterminación en tanto no definen supuestos fácticos ni consecuencias, y así tienen una amplia capacidad de comprensión de conductas. Para suplir esa indeterminación no sólo ayu-

da la experiencia que se va acumulando en relación con la aplicación de los Códigos, sino también suelen establecerse Comisiones de consultas éticas, que se emiten en reserva frente a las dudas éticas planteadas —también en reserva— por los interesados. Lo importante de este mecanismo de consultas reside en que si luego aparece un problema respecto de aquella situación que provocó la duda y la consulta, el interesado cuenta con la respuesta como para defender la decisión que adoptó.

5. **Un Tribunal de Ética ad hoc y un proceso de responsabilidad ética.** Pareciera que la especificidad de la ética exigiría un proceso de responsabilidad breve, actuado y flexible, en donde se trate la denuncia y se procure establecer si existió o no la falta denunciada. El Tribunal de Ética debe procurar despejar la incertidumbre de la denuncia lo antes posible y para ello debe contar con facultades amplias a los fines de evitar dilaciones o una exagerada juridización del trámite. Esto no implica que no se respeten las exigencias propias del principio del debido proceso, sino evitar una asimilación del proceso de responsabilidad ética al proceso judicial. Una manera de que el Tribunal cuente con legitimidad para ejercer esos poderes, es procurar una integración que asegure confiabilidad y objetividad tanto en los denunciantes como en los denunciados. Así por ejemplo algunos Tribunales de Ética se integran además de con algún Magistrado superior en actividad, por jueces jubilados y abogados jubilados.
6. **En caso de duda si existió la falta ética ¿debe estarse a favor del denunciado o de la sociedad?** Se discute esta cuestión en tanto están por un lado aquellos que trasladan automáticamente el principio penal "*in dubio pro reo*" y por el otro aquellos que sostienen que un juez puesto en duda sobre su calidad ética no puede seguir siendo juez.
7. **Todo Código de Ética al definir deberes atribuye derechos.** Este carácter bifronte resulta beneficioso para los mismos destinatarios del Código, en tanto que al imponerles deberes (por ejemplo la independencia en el caso judicial) se les reconoce el derecho de reclamar los medios como para facilitar o garantizar el cumplimiento de ese deber. Siguiendo con el ejemplo de independencia, dicho deber implica el derecho del juez de pedir protección física para él y su familia para así estar en mejores condiciones de poder cumplir con ese deber.
8. **¿Hay sanción por falta ética?** Se discute si cabe imponer sanciones por faltas éticas. Más allá de las diversas opiniones, la finalidad de las sanciones no es tanto la represión de conductas como buscar que se superen problemas y se procure ser el me-

por juez. Por ejemplo, en Estados Unidos gran cantidad de denuncias versan sobre el mal carácter de los jueces, y frente a esa situación más que sanción procederá aconsejar tratamiento psicológico, un descanso, etc.; aunque este propósito no descarta adoptar las medidas correctivas que resulten razonables. Debe tenerse presente que en los deberes éticos están presentes ciertos bienes que si dejamos librado a la buena voluntad de los destinatarios se corre más riesgo de incumplimiento e insatisfacción de esos bienes.

9. **¿Existe el riesgo que si el mismo Poder Judicial no afronta la ética judicial, se avance en ese terreno de manera inconveniente desde los otros poderes o la misma sociedad?** Este interrogante debería actuar como movilizador de los jueces en la tarea de debatir la ética judicial y, eventualmente, adoptar Códigos de Ética.
10. **La sanción de un Código de Ética Judicial ¿puede amenazar la independencia judicial?** Esta duda suele plantearse en las discusiones, y merece un análisis detallado, tanto de los límites de los que se entiende comprendido por la independencia judicial como de los posibles efectos negativos de un Código de Ética.
11. **¿Cómo instrumentar un Código de Ética Judicial?** El pasaje de la teoría a la práctica siempre presenta desafíos propios, que el debate no debe rehuir. Las lecciones aprendidas en procesos similares pueden enriquecer el proceso y evitar fracasos en las implantaciones, que tornen en letra muerta las prescripciones éticas.
12. Para terminar con este sobrevuelo de algunas cuestiones que atraviesan el debate, cabe repasar algunos **principios éticos**, ejemplos de deberes que remiten a los mismos y, por qué no, nuevas preguntas:

12.1 **Independencia:** refiere a que sea el juez el que tome la decisión jurisdiccional, prescindiendo del interés u opinión de grupos políticos, amigos, medios de prensa, opinión pública. Este deber importa para el juez su preocupación para no sólo “ser”, sino también “parecer” independiente. Así surgen preguntas tales como: ¿incluye este deber la prohibición de reunirse con un dirigente político en actividad?, ¿puede el juez seguir participando en ciertas actividades o mantener la afiliación a un partido político?, etcétera.

12.2 **Imparcialidad:** Aquí están incluidos los institutos de la excusación y la recusación. Y se alzan también otras cuestiones o

deberes, como por ejemplo: ¿puede recibir el juez a solas al abogado de una de las partes?, ¿qué es lo que puede el juez comunicar o aclarar a la prensa sobre un proceso en curso?, ¿puede el juez recibir ciertos regalos de las partes, o quedan totalmente prohibidos?, ¿debe el juez evitar —siempre que pueda— ser testigo en causas judiciales?, etcétera.

12.3 Capacitación permanente: ¿Es posible establecer la obligatoriedad de ciertos cursos de capacitación?, ¿puede imponerse como sanción la capacitación (cfr. el Estatuto del Juez Iberoamericano)?, etcétera.

12.4 Decoro: Su objeto refiere al modo de comportarse, hablar, vestir, etc., propio de los jueces. Una cuestión interesante es desde dónde se establece el contenido de dicho decoro, o sea, es desde la sociedad a la que se le presta servicios, o es computando un punto de vista racional o universal.

12.5 Secreto profesional: El conocimiento adquirido en el ejercicio de la función no puede difundirse más allá de aquellos que tienen competencia en la causa. ¿Se puede, entonces, usar para fines académicos las sentencias judiciales, y en todo caso, bajo qué condiciones?

12.6 Honestidad: Significa no quedarse sino con aquello que estrictamente corresponde jurídicamente (tampoco generar sospechas en contrario). En consecuencia, queda excluida la afectación para beneficio personal de aquello que se ha dispuesto para el uso del juez en orden al cumplimiento de su servicio. ¿Puede exigírsele a los jueces que presenten declaraciones juradas de bienes? ¿Puede el juez utilizar el teléfono oficial para uso privado, y en su caso, bajo qué condiciones o limitaciones? ¿Puede un juez comprar bienes en remates judiciales?, etcétera.

12.7 Transparencia funcional: Este deber apunta a que el servicio se preste sin procedimientos ocultos y que la sociedad e interesados puedan acceder a toda la información que corresponda sin retaceos ni vueltas. Por ejemplo, en virtud de su aplicación, las partes pueden conocer cómo está circulando su expediente entre los miembros del tribunal.

12.8 Fortaleza: El juez debe adherir a la decisión no obstante los riesgos que importe, y así debe rechazar las presiones y controlar los temores para que éstos no lo dominen.

12.9 Diligencia: El juez básicamente está para cumplir con su función judicial afectando todo o parte de su tiempo laboral. Se abre aquí toda la cuestión de las incompatibilidades, y también surge la cuestión de los llamados “estándares de rendimiento”

cuantitativo y cualitativo, y preguntas, como si puede tolerarse la adopción de una decisión en un determinado momento, el que sin embargo no guarda relación con el tiempo normal que llevaría la lectura de la causa.

12.10 Afabilidad: Esta cualidad se le exige al juez en el trato con colegas, empleados y abogados, por lo que incluye la buena disposición a responder inquietudes jurídicamente procedentes que le pueden formular aquéllos.

12.11 Compromiso institucional: Si bien la responsabilidad primera de un juez son sus expedientes, no le puede resultar ajeno todo aquello que afecta al Poder Judicial. De ese modo si un juez verifica el incumplimiento de algún deber por parte de un empleado y hasta de un colega, debe asumir el compromiso con el Poder que ejerce y arbitrar los mecanismos para que ese comportamiento inadecuado no quede sin la consiguiente investigación o sanción. Las iniciativas y convocatorias dirigidas desde todo el Poder Judicial a cada uno de sus integrantes deben ser asumidas con ese compromiso institucional.

12.12 Responsabilidad: Toda ética profesional supone la disposición del profesional a responder por lo que ha hecho bien y por lo que ha hecho mal, más allá de los diferentes tipos de responsabilidad judicial (civil, penal, administrativa, política, ética, científica, social y corporativa).

12.13 Prudencia: El juez como “jurisprudente” debe contar con la capacidad racional de argumentar y contraargumentar, tomándose el tiempo necesario como para poder evaluar las posibles soluciones y escoger la mejor de ellas.

12.14 Austeridad republicana: ¿El juez tiene alguna limitación en la adquisición y exhibición de sus bienes? , ¿o se le pide cierta austeridad a ese respecto conforme a la situación económica que vive su sociedad?

Este rápido repaso está planteado para abrir y ordenar el debate. Son bienvenidas nuevas preguntas, dudas o cuestiones, ya que lo reseñado no pretende indicarse como la agenda exclusiva y excluyente de temas, ni supone establecer verdades absolutas o indiscutibles. En consecuencia, se auspicia no sólo el debate acerca de lo discurrido sino también la incorporación de nuevos temas, posturas o problemas.

A los fines de posibilitar fuentes de material para ampliar la reflexión sobre la ética judicial se recomienda la consulta de:

- Código de conducta para los jueces federales de los Estados Unidos (1996)

- Código ético de los magistrados italianos (1994)
- Estatuto Universal del juez (1999)
- Código de Ética Judicial (2000)
- Carta Europea sobre el Estatuto del Juez (1998)
- Normas Éticas del Organismo Judicial de Guatemala (2001)
- Estatuto del Juez Iberoamericano aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia (2001)
 - Carta de derechos de los ciudadanos españoles ante la Justicia (2002)
 - Carta de derechos de las Personas Ante la Justicia aprobada en la VII Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas de Iberoamérica (2002)
 - “La emergencia moral de la sociedad y la vida política” por Adela Cortina
 - “Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción” por Jorge Malem Señá
 - “Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho” por Manuel Atienza

IDEAS Y REFLEXIONES ACERCA DE LA ÉTICA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

ÉTICA, INDEPENDENCIA, NEUTRALIDAD

La Ética judicial se nos presenta siempre ligada a la independencia judicial. Por ello hemos querido no prescindir de ninguno de estos conceptos y presentarlos juntos, con el tratamiento de los Señores Jueces de Corte, que participaron de los debates de ideas del Seminario.

Esta ligazón, que une a ambos conceptos, trae añadida la necesidad, para el Poder Judicial, de garantizar el delicado equilibrio que debe guardarse entre ambos.

Si hay un principio central del estado de derecho en las democracias, es el de la neutralidad. La independencia judicial tiene una estrecha relación con la neutralidad.

Tal vez se pueda afirmar que la neutralidad es la forma, o por lo menos una de las principales de ella, en que se expresa la independencia judicial y en la que se hace visible y perceptible, hacia la comunidad.

A su vez, el concepto de ética judicial, como dijéramos, está íntimamente ligado al de independencia.

Es observable la dificultad que se presenta a los interlocutores para hablar de ética judicial con sus pares, pero es muy importante que el espacio para hacerlo esté predispuesto, y que los jueces decidan hacerlo.

No importa si el debate es el mejor, ni que los sujetos que encarnen el tema sean perfectos. Lo importante es que tengamos conciencia de la importancia del tema, que nos preocupe el mismo, tanto como para adoptar medidas, aportar ideas y soluciones para lograr que se mantenga y acreciente la reputación de integridad y neutralidad de la organización judicial y, para que estos conceptos sean realizados efectivamente en la realidad de todos los días de los tribunales, siendo ello perceptible por todos los ciudadanos.

La ética y la independencia son en parte imagen y en parte realidad. Pero una y otra deben reflejarse del mismo modo, en el accionar de todos los días, en las vidas de las sociedades.

Anthony Kennedy, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos reflexiona de este modo: “Con todo, el secreto para ser un juez de gran ética es no cesar de examinarse a sí mismo. Yo he sido juez más de 20 años y me sorprende la frecuencia con que tengo que regresar al comienzo mismo y preguntarme: ¿Me encuentro bajo la influencia de alguna actitud parcial oculta, alguna predisposición, alguna predilección, algún prejuicio que ni siquiera yo puedo ver? ¿Qué es lo que me insta a decidir el caso en forma determinada?”.

LOS CÓDIGOS

Reforma y justificación

Muchos países han adoptado códigos de ética, como parte de un proceso de reforma judicial, y otros los están proyectando.

Los códigos de ética acrecientan su significación en la medida que estimulan la discusión y la comprensión entre los jueces y de éstos con los justiciables y ciudadanos en general, sobre lo que constituye una conducta aceptable y una inaceptable.

Del mismo modo, también pueden inspirar la confianza pública en que se están adoptando medidas concretas, para mejorar la integridad del Poder Judicial.

Una sociedad que observa a sus jueces pensar, debatir, preocuparse, y adoptar medidas y reglas de conducta, fruto de su autorregulación y de su autoimposición, destinadas a asegurar su comportamiento adecuado, se sentirá más confortada y proclive a respetar a aquéllos.

Debido a que el debate y la discusión de temas éticos, se encuentran entre los resultados más importantes de la existencia de un código de ética, el proceso de desarrollo de un código, de su redacción, puede ser tan importante como el producto final. Sin dudas es importante que el proceso conduzca al conjunto de reglas y a la identificación de aquello éticamente recomendable y de lo éticamente censurable. Pero ya el proceso abierto para su consenso y redacción produce un efecto benéfico sobre la organización judicial y sobre la comunidad en la que aquélla se desenvuelve.

Redacción

Idealmente, los códigos deberían ser redactados por miembros del Poder Judicial o por una asociación de jueces, con importantes aportes de ideas y principios, provenientes de abogados, académicos

cos, líderes de la sociedad civil y otras personas con experiencia en la actividad judicial.

Si existe, como en nuestro país, un Consejo de la Magistratura, la redacción del código podría ser una tarea apropiada para esta organización.

Lo que surge claro es que no es recomendable que los códigos de ética judicial se originen o sean redactados por el Poder Legislativo, o por el Poder Ejecutivo.

La orientación para su redacción puede provenir de diferentes modelos, sin embargo los detalles de la ética judicial deben ser determinados por la cultura local. Lo que parece ser evidentemente ético o poco ético, en algún país, puede ser menos obvio en otros.

Por ejemplo, la evidente libertad de muchos jueces europeos para dedicarse a la política, o el sistema de elecciones judiciales en una serie de estados de los Estados Unidos, serían inaceptables en otros países.

De hecho, en los EE.UU., en un mismo país, conviven dos concepciones muy diferentes al respecto, que derivan de la diferente situación en que se encuentran los jueces estatales, que son elegidos por voto popular y los jueces federales, que tienen vedada la actividad política.

Sin lugar a dudas, todo juez debe afirmar que su conducta se basa en un código de conducta personal, basado en cánones dictados por su propia conciencia, y esto es respetable. Pero en mi opinión, los códigos de ética, expresan y refuerzan por escrito, aquellos cánones.

Estructura y contenidos

La mayoría de los países regidos por el sistema de derecho continental, poseen leyes que definen los crímenes o delitos aplicables al desempeño judicial. Las leyes orgánicas y los Reglamentos del Poder Judicial también definen parámetros de conducta.

Un Código de ética es otra cosa. Pero surge claro que si se introduce un código de ética, en uno de estos países, por ejemplo el nuestro, deberá estudiarse cuidadosamente el tema de cómo dicho código se inserta en el marco legal existente.

Cuando se piensa en un código de ética, muchos tienden a pensar en reglas muy estructuradas, expresando obligaciones y estableciendo sanciones. Pero si bien existen estos modelos, no creemos que éstos sean los más deseables, ni los más exitosos. Probablemente la palabra “código” conduzca a esta visión.

En realidad se ha difundido esta terminología, y tal vez su uso generalizado justifique continuar con su utilización, pero creemos

que la idea de pautas o recomendaciones o cánones, representa más acabadamente el sentido de reglas guía escritas, que orienten y recuerden el buen actuar.

Anthony Kennedy, antes citado, dice al respecto: “Cuando se oye o se lee el código de ética de Estados Unidos parece tan simple, tan básico, tan elemental que uno podría pensar que todo el mundo estaría de acuerdo con él. El código parece casi simplista, una perogrullada”.

Pero así de simplista, se constituye en un elemento insustituible para guiar la conducta de los jueces.

Su interpretación

Creemos que es bueno que el poder judicial establezca, además, un mecanismo para interpretar el código y para mantener un registro de aquellas interpretaciones, las que deberían estar disponibles para otras personas que buscan orientación.

Los jueces no deberían ser los únicos responsables de determinar cómo la redacción general de un código se aplica a situaciones en particular.

Funciones

Muchos jueces tienen posiciones dubitativas frente a la opción de los códigos de ética, pues dudan ante la posibilidad de que el código sea utilizado como un elemento de persecución o de imposición, que cercene la independencia judicial y sea utilizado en su perjuicio.

Se pierde aquí de vista la función protectora, que la existencia del código en sí mismo representa.

Una idea interesante en este sentido es la existencia de un Comité de pares, que sirva de organismo de consulta y responda las inquietudes de todos los miembros de un Poder Judicial, en materia de ética o independencia.

De existir, este comité cumple la doble función de orientar, en forma reservada, al miembro que enfrente una duda ética, al formularle recomendaciones sobre cómo resolver la situación que enfrenta, al mismo tiempo que también funciona como organismo protector del requirente, que puede citar en el futuro esa consulta al Comité, para fundar su conducta en uno u otro sentido.

Una tercera función interesante, que puede adicionarse a este comité, es la docente y formativa, pues la respuesta a una duda ética presentada por un miembro, puede ser comunicada a toda la organización como una recomendación que guíe las conductas de todos sus miembros, cuando enfrenten una similar situación.

Cumplimiento. Prevenciones

Un tema que no puede soslayarse y que debe abordarse es el tema del cumplimiento de los códigos. La mayoría de los estudios realizados sobre la aplicación de estos códigos, han probado que, la más de las veces, no se han adoptado las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de los códigos en los países que ya los poseen.

También hay que reconocer que si bien el efecto de los códigos sobre la independencia judicial es positivo, se han señalado abusos potenciales y se ha advertido acerca de ellos.

En ocasiones, los códigos han sido utilizados para sancionar a los jueces que aún no entendían plenamente los detalles del código, ni las conductas prohibidas.

A veces, los códigos también han sido utilizados para sancionar a los jueces considerados “excesivamente independientes”.

Ambos problemas han ocurrido con mayor frecuencia cuando un código ha sido adoptado sin una amplia difusión entre los jueces y con el público en general.

Por consiguiente, debemos instar a que los códigos de ética no sean utilizados como la base de la disciplina, hasta que éstos no se conozcan y entiendan ampliamente.

Esto no produce un vacío en materia de disciplina ya que el juramento del juez al asumir su mandato suele ser adecuado para el apoyo de medidas disciplinarias.

Responsabilidad

Para finalizar, la ética y la independencia judicial tienen un correlato que denominamos responsabilidad judicial. Si otorgamos independencia a los jueces para imponer su autoridad, es imperioso que esa autoridad sea ejercida con competencia, con neutralidad y con integridad.

La ley debe ser administrada, y aplicada en las democracias, con profesionalidad, con imparcialidad, con neutralidad, con integridad y con equidad para todos los individuos.

Los jueces deben evitar dar la impresión de un actuar incorrecto tanto como la incorrección misma. Ellos ejercen una autoridad enorme sobre los individuos; como tales deben ser garantes y protectores de la confianza del ciudadano.

Debemos garantizarles independencia para que puedan alcanzar responsabilidad en la aplicación de la ley. Pero esa independen-

cia debe acompañarla con el más alto grado de neutralidad e integridad ética.

El apoyo de la comunidad es fundamental, la confianza de todos nosotros en el juez y en la organización judicial son fundamentales. Pero ese apoyo y esa confianza es sólo posible, es sólo alcanzable, cuando los jueces mantienen el estándar esperado, de neutralidad e integridad ética, en el ejercicio de su alta función.

Es ese estándar de conducta personal, generalizado y expresado en códigos de conducta escritos, lo que propugnamos como guía, en el camino de la construcción de Poderes Judiciales respetables y respetados, para todos nuestros países.

Prof. Ramón G. Brenna
Presidente
ARGENJUS – Argentina Justicia

LA ÉTICA EN LA SOCIEDAD Y EN LA FILOSOFÍA CONTEMPORÁNEA

1ª conferencia **Seminario Ética e Independencia Judicial**

1. INTRODUCCIÓN

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 un codiciado rating 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, independiente de los mencionados fenómenos sociales, y no siempre convergente hacia los mismos. 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 y el constructivismo de la Escuela de Erlangen, etc., la renovación contemporánea de la ética aparecía definidamente 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 observar 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 cientificista, demasiado estrecho, de la justificación racional. Los nuevos cuestionamientos de la moralidad universalista vuelven en cambio contra ella misma la acusación de ser demasiado estrecha, de pretender una cientifización 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 o hegeliana (cfr. J. De Zan, 2002).

2. ÉTICA POSITIVA. LA MORAL DE LOS SENTIMIENTOS

Para introducirnos en los problemas de la filosofía moral me parece adecuado comenzar con el concepto de la ética más sencillo y menos problemático que encuentro disponible, que no es un concepto filosófico, sino el que manejan los antropólogos y los sociólogos cuando describen las pautas morales de una cultura o de un gru-

po social. (No tendré en cuenta aquí tampoco las diferencias que solemos hacer los filósofos entre ética y moral, sino que emplearé estos dos términos como etimológicamente sinónimos.) 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. 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. Éstos son dos sentimientos morales básicos y correlativos. Y quien ha perdido la sensibilidad para experimentar estos sentimientos carece de toda moral. “En la indignación se expresa la más profunda conmoción de la persona que reacciona frente a una acción moralmente mala” (E. Tugendhat, 1997). Es característico de la indignación que sólo se refiere a la maldad moral (cfr. P. F. Strawson, 1995). 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 cometen injusticia con otras personas en particular, o porque cometen 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. 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, etcétera.)

La sanción moral de la indignación de los semejantes puede llegar a tener por lo tanto una fuerza formidable, aunque es una sanción puramente interna, espiritual, y aunque sólo es sensible a la sanción de la indignación, o de la excomuniación de la comunidad moral, quien la ha internalizado como sentimiento de culpa y de vergüenza. La moral es en este sentido una institución social de características muy 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 cómo las campañas electorales de los partidos políticos en la Argentina se han centrado muchas veces en la descalificación moral del adversario. Creo que debiera analizarse más críticamente esta utilización política de la moral, porque si bien no se puede hacer política sin moral, hacer política con la moral puede ser 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 juicios 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 semejante en esta situación. El sentimiento 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 Marcuse: “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. Marcuse, 1964).

3. METAÉTICA. EL LENGUAJE MORAL

Tenemos que 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 la concepción filosófica 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” (cfr.: Tugendhat, 1988, 80). Es decir que “bueno” y “malo” en sentido moral no significan lo mismo que “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 cual 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 pre-supuesto y entretelado con la forma de ser y el modelo de vida que constituye la identidad más profunda de un grupo humano. En este nivel solamente se puede decir con Richard Rorty: “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).

Las comunidades premodernas, cerradas sobre sí mismas, contaban con una cultura homogénea, fuertemente enraizada en la propia tradición, y el *ethos* común, del que se deriva la ética, se vinculaba estrechamente con las creencias mítico-religiosas. En las sociedades modernas ya no existe aquella homogeneidad cultural, 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 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 compartidos por todos. La hermenéutica y el contextualismo reafirman esta vinculación de los valores culturales y morales a 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 y la filosofía analítica anglosajona de mediados del siglo XX, y que han cobrado nueva fuerza después en los '80 (con otros condimentos teóricos y otros estados de ánimo) a través de los llamados posmodernos de la Europa continental. Estos últimos han radicalizado la crítica de la razón y del universalismo moral, pero no han producido sin embargo teorías éticas sistemáticas alternativas.

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 la tanto pretender una justificación racio-

nal de la validez objetiva y universal de los principios y juicios morales. 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 discurso 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. De manera general es preciso observar que el hecho de la existencia de una diversidad de creencias (tanto con respecto a la esfera del ser como del deber) no es ningún argumento para desechar la posibilidad de discutirlos y llegar a la conclusión de que algunas son menos racionales o razonables que otras. Dicho de manera más fuerte: la mera existencia de desacuerdos profundos, e incluso generalizados en ética, no refuta la posibilidad de que algunos juicios y acciones morales puedan ser racionalmente justificados y de mostrar que otros son injustificables y no pueden aceptarse.

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. 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. Para el emotivista, al decir que una acción *X* es mala, o no se debe hacer, no informa con ello sobre el hecho de su sentimiento de rechazo frente a *X*, ni lo describe, sino que lo expresa simplemente, o lo manifiesta, y al mismo tiempo está intentando que los demás dejen de hacer eso. (El prescriptivismo comienza por acentuar esto último al sostener que las expresiones morales hacen 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 que la raíz del escepticismo que reencontramos en estas teorías éticas, 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” (C. Nino, 1984, p. 66). Si bien esta explicación es correcta, en otro nivel de análisis debería tenerse en cuenta también el contexto del surgimiento de estas teorías filosóficas anglosajonas en la época contemporánea, que es el de las potencias centrales que mantienen estrechas relaciones comerciales y políticas con todos los pueblos y las culturas de la tierra, contexto en el cual tenían que experimentarse ya, naturalmente, los interrogantes de la hoy llamada época de la globalización. Desde su propia perspectiva europea expresaba Paul Ricoeur por aquellos años sus temores frente a esta unificación del espacio vital de las diferentes culturas: “El descubrimiento de la pluralidad de las culturas no es jamás un ejercicio inofensivo... desde el momento en que aceptamos el fin de una suerte de monopolio cultural, real o ilusorio, nos vemos amenazados por nuestro propio descubrimiento... [Hoy] nos hallamos en una suerte de lugar intermedio, o en un interregno en el cual no podemos practicar ya el dogmatismo de la única verdad, y no hemos aprendido todavía a vencer el escepticismo en el que nos deja esta experiencia” (P. Ricoeur, 1964, ps. 294 y 300).

4. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ÉTICA EN LA SOCIEDAD PLURALISTA

La concepción rawlsiana del “consenso entrecruzado” de diferentes concepciones comprensivas razonables del bien y los valores

morales, que conviven armónicamente en cuanto cada una de ellas puede fundamentar desde sus propias convicciones los mismos principios básicos de justicia que regulan la vida común (cfr. J. Rawls, 1993), pone de relieve la posibilidad de encontrar en una sociedad pluralista un núcleo común de principios y motivaciones fuertes que apoyen una ética mínima de la justicia. Pero el esclarecimiento de este lado del entendimiento intersubjetivo posible entre las diversas concepciones del bien, no debiera dejar en el olvido la otra cara oculta de la cosa, la cual no solamente contiene profundas diferencias de formas de vida, sino también un pluralismo de valores inconmensurables, que son muchas veces incompatibles o conflictivos, como lo han hecho ver otros autores como Isaiah Berlin y John Gray.

El problema filosófico principal de la teoría ética moderna y contemporánea va a ser por lo tanto la investigación de nuevas vías de fundamentación de las normas morales de la convivencia que puedan sostener una pretensión de validez universal independientemente 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 juzgar críticamente la aceptabilidad de algunas formas de vida de dudosa moralidad. Porque algunos sistemas de valores y de normas de la moral social positiva y del derecho, que no respetan por ejemplo los derechos humanos, o que pretenden imponerse de manera fundamentalista, violando la autonomía moral de las personas, pueden ser moralmente inaceptables.

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.

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, 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, desarrolla un nuevo método, diferente y paradigmático en el pensamiento ético. La situación con la que se enfrentó Kant en la ética era la misma con la que se había 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. Para algunos autores como Nietzsche, después del derrocamiento de su legitimación religiosa, la moral en el sentido corriente ha llegado a su fin; y esto se puede experimentar como una liberación del hombre y un avance para la expansión de la vida, o como una situación de indigencia que torna más difícil la existencia y plantea nuevos desafíos al pensamiento filosófico; también se puede pensar que en esta situación es posible fundamentar una moralidad más auténtica y más humana; otros creerán que es necesario construir como sucedáneo mecanismos institucionales más potentes de control y disciplinamiento de las conductas... En las últimas décadas del siglo XX, como reacción contra el hastío producido por las disputas del escolasticismo académico y la esterilidad e irrelevancia práctica de las teorías de la metaética analítica, se ha producido en el campo de la filosofía práctica, como anunciábamos al comienzo, un fuerte renacimiento de las investigaciones éticas que se han hecho cargo de los aludidos desafíos de la época contemporánea. Voy a confrontar ahora, para completar este panorama, dos de las orientaciones más recientes del pensamiento ético que, para una primera identificación elemental, podemos 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.)

5. EL CONTRACTUALISMO. LA ÉTICA DE LOS SOCIOS

El desafío de la convivencia de culturas diferentes en un mundo globalizado y de la fragmentación y el debilitamiento del núcleo fuerte del *ethos* común de las culturas nacionales en el interior de las sociedades modernas, ha llevado a plantear en la filosofía contemporánea la pregunta (que encontramos formulada en E. Tugendhat, 1997) 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 con-

cepción 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 (1).

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

(1) Cuando se habla de contractualismo en la ética contemporánea hay que distinguir sin embargo 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 procedimental, como una estrategia teórica para explicar la razonabilidad de los principios de justicia. La otra concepción, a la que nos referimos 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. Ensayos de fundamentar la moralidad social sobre estas bases podemos encontrar en J-L.H. Mackie, 1977, en David Gauthier, 1986 (*La moral por acuerdo*, Barcelona 1994) y Ernst Tugendhat, 1988 y 1997.

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 recíprocas de no agresión, de respeto y de cooperación mutua, que constituyen el contenido de una moral mínima, común a todos los hombres. En cuanto basada en la condición humana como tal, 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 ésta 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 tiene que permanecer de algún modo en reserva porque los consensos privados entre sus miembros conllevan 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 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 preocuparnos 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 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 caracterizaba, 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, ésta 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, 130) (2). 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 moral equitativo mediante el solo respaldo de la fuerza o capacidad negociadora de las partes. “El que sea o no beneficioso seguir una convención particular depende del

(2) Cfr.: J. De Zan, “E. Tugendhat: Filosofía analítica y fundamentación de la ética normativa”, por aparecer en vol. col. en homenaje al Prof. Dr. Roberto Rojo, Univ. Nac. de Tucumán, 2003.

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” (3).

El propio Tugendhat, que ha propuesto una versión muy refinada de la teoría ética contractualista, formula otras dos críticas a las versiones más estándares 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, 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, es decir, como medio para otra cosa, es decir, como útil para los propios intereses. 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 compren-

(3) Will Kymlicka, “La tradición del contrato social”, en P. Singer, 2000, p. 271. 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 moral (cfr. Gauthier, 1986, p. 268). No podemos proseguir aquí esta discusión, y me tengo que limitar a señalar que esa 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.

sión no instrumental del principio de la moralidad permite justificar su validez universal e igualitaria. Por eso Tugendhat considera al contractualismo vulgar como *una cuasi-moral*. “Para aquel que tiene un *lack of moral sense*, sea por causas patológicas, o por decisión propia, la cuasimoral 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 (4).

6. 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 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 éste 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.

La ética de Kant no pretende prescribir *qué* debemos hacer, sino *cómo* debemos obrar y tratar a los demás, cualquiera 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

(4) Tugendhat, 1978, 74-76. La versión sofisticada de esta teoría que presenta el citado autor no escapa sin embargo a muchas de estas críticas, cfr.: J. De Zan, 2003.

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.

Esta ética no es formal sin embargo 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, lo cual 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 procedi-

miento 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 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 que 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 universal 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, aquella 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. Éstas 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. 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* deja 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. La aplicación de todas las máximas a las conductas concretas, en las diversas situaciones, tiene que tener en cuenta y valorar al mismo tiempo las consecuencias de las acciones para el

bienestar general de todos. Pero los requerimientos del mayor bienestar 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”.

7. LAS ÉTICAS PROCEDIMENTALES

La renovación contemporánea del universalismo de la moralidad kantiana se ha concentrado especialmente en la cuestión procedimental 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. El 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.

“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 tienen 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” (5), no obstante su ceguera moral, funcione sin embargo como si fuera la razón práctica kantiana. Como lo ha mostrado Rawls, en estas condiciones 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 racionalmente 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 porque algunos de sus defensores adoptaron una errónea posición “descriptivista”. 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 postpositivista que la racionalidad de los enunciados y de las acciones humanas depende de las buenas razones que puedan justificarlas, y de la 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. La teoría intersubjetiva de la validez racional sitúa en el mismo terreno el problema de la fundamentación de la ética y el problema de la verdad como problemas diferentes, pero que requieren el mismo tipo de tratamiento discursivo y que están conectados entre sí. Las pretensiones de validez, como la

(5) D. Hume *Tratado de la naturaleza humana*, L. III, Parte III, Sec. III, edic. esp. de F. Duque, p. 614-622.

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. Uno puede tener buenos argumentos contra la justicia de una norma jurídica, y sin embargo la norma sigue vigente mientras no haya sido derogada por el legislador. En el campo moral no se concibe en cambio una situación semejante. Las buenas razones son por sí mismas las que me obligan o me desobligan. En tal sentido el discurso moral, que tematiza lo que se debe o no se debe hacer, etc., es constitutivo de lo moral.

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 '70 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, 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 (cfr. 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, reglas de la argumentación, ni reglas pragmáticas de la comunicación y el entendimiento intersubjetivo. 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, 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, 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 recíproco, 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. Éste es el principio procedimental básico de la ética discursiva.

Ahora bien, “juntamente 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 argu-

mentantes; 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, 400). Éste 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 procedimental, 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 sea el de la argumentación misma para justificar 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 del 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 ca-

recen de todo significado para determinar por ejemplo la verdad de una proposición, o la justicia de una norma (6).

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 para todos, de lo contrario su validez es defectuosa. Yo mismo no puedo estar cierto de la validez de mis razones mientras 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. Éstos 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.

(6) Para toda esta problemática, cfr. 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.

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 respetar el procedimiento del discurso y sus principios normativos como condiciones de la moralidad de la propia racionalidad humana.

DR. JULIO DE ZAN

ÉTICA Y FUNCIÓN PÚBLICA

2ª conferencia Seminario de Ética e Independencia Judicial

1. INTRODUCCIÓN

La exposición que he realizado en la sesión matutina de este seminario ha estado guiada por el doble objetivo de (a) presentar un panorama de la ética contemporánea y (b) clarificar algunos conceptos fundamentales que tenemos que presuponer y emplear ahora en esta exposición de la tarde. En tal sentido el panorama presentado en la primera conferencia no ha tenido una intención meramente histórico-narrativa, sino al mismo tiempo filosófico-sistemática, orientada a la construcción de los conceptos fundamentales de la ética. Ese concepto de la ética que vamos a presuponer es tan amplio que puede ser aceptado independientemente de las posiciones filosóficas acerca del fundamento último (antropológico, trascendental, metafísico, o religioso) de la obligación, o de la ley moral. Pero al mismo tiempo es un concepto suficientemente preciso para saber de qué estamos hablando y para separar conceptualmente las cuestiones éticas de las cuestiones jurídicas por ejemplo, del derecho penal, aunque bien sabemos ya que en la práctica sin moral tampoco puede funcionar el sistema jurídico, por lo menos en un estado de derecho democrático liberal. La mayoría de los delitos penales tipificados en el derecho moderno se refieren a acciones que son también moralmente reprochables. Hay por lo tanto una amplia zona de solapamiento entre la ética y el derecho. Yo no quisiera referirme sin embargo a esta zona porque en los casos incluidos en ella el tratamiento jurídico tiene la doble ventaja de la definición precisa de los delitos y de las sanciones correspondientes. Es claro que la legislación vigente y la doctrina jurídica pueden ser insatisfactorias o deficientes, pero la discusión de las tipificaciones de los delitos y de la severidad de las sanciones es, de todos modos, una tarea propia de los juristas, en la que un filósofo de la ética podría intervenir sólo bajo la forma de una colaboración interdisciplinaria.

Me quiero referir más específicamente aquí a algunos problemas del ejercicio de la función pública que se sitúan en la franja de

acciones que plantean problemas éticos más o menos serios, pero de dudosa responsabilidad penal, o que no son directamente judiciales, porque no se trata de delitos comunes. Mi exposición tendrá que mantenerse inevitablemente en un cierto nivel de generalidad, dejando a la inteligencia del auditorio 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. (Pero creo que éste no es el tema que interesa en este seminario, por lo tanto lo dejaré aquí solamente enunciado, y lo retomaré brevemente en las consideraciones finales).

Otra mediación que es indispensable tener en cuenta para abordar los problemas éticos de la función pública es la mediación de 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” (M. Weber, 1975, p. 164). 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 de 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 bien. 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 de los principios 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 relevante en las relaciones interpersonales; pero cuando se toman decisiones en nombre de otras personas 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 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* (London, 1823) (7). En la primera conferencia 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 declaraciones recientes 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,

(7) *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.

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, 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.

Hay situaciones incluso en las que el principio de la responsabilidad entra en conflicto con el principio del discurso de la ética comunicativa y sus condiciones normativas, como aquellas 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. Es preciso además 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 normal del discurso moral, son las más frecuentes en los mencionados campos de la interacción, 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 racio-

lidad puramente comunicativa del discurso moral y la racionalidad estratégica que debemos aplicar en determinadas situaciones conforme al principio de la responsabilidad.

Para reflexionar seriamente sobre estos problemas es preciso despojarse de la retórica simplista e hipócrita del discurso moralizante de algunos periodistas y/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 de 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 quizá con la misma frecuencia y seriedad, nos podemos encontrar con estos mismos conflictos también en la vida privada.

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 inconmensurables y, por lo tanto, no podrían dialogar entre ellas, ni aprender las unas de las otras. Éste pensamiento ha sido el presupuesto del *relativismo moral* del que hemos hablado en nuestra exposición anterior. 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. Éste no es tampoco un problema enteramente nuevo, porque ya había sido en cierto modo el tema de la tragedia griega antigua (8).

(8) Cfr., “Sófocles, Antígona, y la interpretación de la tragedia en la literatura griega” en Hegel, *Fenomenología del Espíritu y Lecciones sobre estética*. Cfr. también la reciente discusión del problema en P. Ricoeur, México, 1996, “Interludio sobre lo trágico en la acción”, ps. 260-270.

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 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 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)” (Barcelona, 2000, p. 121). 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 decirnos 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 éstas deben tener la palabra final frente a otras consideraciones rivales, como instancia última de valoración.

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 conmensurables, 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 (9).

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 conmensurables 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 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” (10).

Para explicar el conflicto de valores que son inconmensurables 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 quien) 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 minis-

(9) “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.)

(10) Cfr. Carlos Nino, 1984, ps. 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.).

tro 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. (J. Gray, 2000, p. 61.) 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 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 (H. Arendt, 1999, p. 206-209). Éste 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 qué pensar acerca de la naturaleza misma de las normas, o de la normalidad moral.

2. 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 maquiavélicos (11) 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 (12). Lo que tiene que discutirse

(11) 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.

(12) *Moral pública y privada* es el título del libro editado por St. Hampshire (1978), México, 1983; cfr. 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.

entonces es si se plantean problemas morales especiales “en la esfera (o en la acción) pública”, como correctamente lo ha formulado M. Walzer (1973 y 1996). Lo que parece fuera de duda es que el 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 (13).

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* (cfr. D. Thompson (1999, 14-18). Voy a referirme ahora a algunas diferencias que pueden señalarse desde cada uno de estos puntos de vista (14).

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. En la vida privada las persona pueden orien-

(13) 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, p. 93 ss.).

(14) 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, Bs. As., agosto de 1999.

tarse 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 (cfr.: S. Hampshire, 1983, ps. 67-68).

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 éstas no son situaciones excepcionales sino que se verifican en la mayoría de los actos del funcionario público. Secuestrar o matar a otra persona son quizá 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 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" (Th. Nagel, 1983, p. 108). 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 seme-

jante 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. Éstas 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 la 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 sólo 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 justifiquen 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 conciudadanos 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, y en el cual el político tiene que arriesgar la decisión. 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 institu-*

cional. 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 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 ineficientes y que favorecen 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, p. 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) 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 las mismas 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.

3. 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 los 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 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 inadmisibles 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 enseñada 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 (15). 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 intervinientes. El problema de la corrupción es por cierto muy complejo, y si bien se trata ante todo de un problema

(15) 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.

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 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 son directamente 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. Éste 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 cometen 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. Éste 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 generalizado, que ha 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 deshonestas; 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 destruir 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 politólogo francés Jean-Marie Guéhenno, en el marco de su teoría sobre el 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 económicos, 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” (J.-M. Guéhenno, 1995, ps. 115-117). 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) (16). Si esta tendencia se consolida, la teoría de Guéhenno se vería confirmada. Nosotros seguimos apostando por una teoría que está en abierta polémica con ésta, y que sostiene la necesidad de la reconstrucción del sentido de lo público-político y del fortalecimiento del Estado. Pero quizá 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

(16) 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.

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 quizá 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.

4. 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 tenemos en cuenta el concepto positivo de la moral social, del cual nosotros mismos hemos partido en el primer punto de la conferencia anterior, 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 éstas 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 asesina-

to 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. Éste 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, quizá 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 permiten 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” (1984, p. 127). 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 (17). 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 quizá podría reconocerle 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 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 fun-

(17) 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 esta conferencia. Para ampliar mi punto de vista sobre este tema, cfr. K.-O. Apel, A. Cortina, J. De Zan y D. Michelini, *Ética comunicativa y Democracia*, Ed. Crítica, Barcelona, 1991; también: J. De Zan, 1993, especialmente Cap. IV, V y VI.

ción 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 (cfr.: Robert Dahl, 1991; J. De Zan, 1993, p. 213-222).

5. 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: “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 inde-

pendencia 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 éste 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 rara 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 nos hemos referido en el punto 2. de esta conferencia 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 (cfr. D. Thompson, 1999, p. 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 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 (18). 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

(18) 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 Álvarez y otros constituyentes contra esa restricción del Reglamento, pero 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*, Ed. Catálogos, Bs. As., 1995, pp. 265-278.

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. Ésta 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 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. Éste 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 ar-

gentinos 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 asechanza 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 cuál sea la fuerza que se emplee para esta imposición, si la fuerza del número, del decretazo, 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 (19).

Ésta 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

(19) Para una fundamentación más amplia de estos puntos de vista, cfr. mi libro: J. De Zan, 1993.

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 desprestigio, la debilidad y la profunda crisis de representatividad de estas instituciones fundamentales del discurso democrático tienen múltiples causas, pero me parece que, entre ellas, la principal es que se han transformado en un lugar de mera convalidación 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 el juicio negativo de la gente. Esta deformación es precisamente la que, según los análisis de Norberto Bobbio, torna incierto en este fin de siglo el futuro de la democracia.

6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE ÉTICA JUDICIAL

Alguien podrá experimentar quizás una decepción de sus expectativas al final de esta exposición, porque no hemos 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 téc-

nicas 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 mencionados 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, 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 de 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 quizá menos expuestos a estos controles sociales, y la instrumentación de los mismos, 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 la 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 se-

rían moralmente más seguras, o estarían más respaldadas y protegidas. Sin embargo las últimas 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. Éste 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 los campos administrativo y 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 (aun suponiendo que la aplicación al caso es formalmente correcta), al obedecerla e imponer la obediencia de la misma 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. Aun 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 hemos 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 en 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 (20).

La aptitud y la competencia para el cumplimiento de estos deberes profesionales requiere 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 y de 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. Éstos deberían ser temas permanentes de 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 una tesis que me parece correcta, pero que se apoya en dos presupuestos no explicitados. 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 con los valores propios del sistema jurídico legitimado mediante los procedimientos democráticos. “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 esté 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 aquéllos, se los

(20) Cfr. M. Cruz, Barcelona, 1999.

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, 28-30).

7. APÉNDICE. UN CASO PARA PENSAR

Quiero agregar aquí, como apéndice, el relato de un caso para pensar esta dimensión fundamental de la moralidad del funcionario público: el juicio de Eichmann en Jerusalén.

DR. JULIO DE ZAN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Apel, Karl-Otto,
Transformación de la filosofía (1972), Madrid, 1985.
Estudios Éticos, Barcelona, 1986.
Diskurs und Verantwortung, Frankfurt, 1988.
Una ética de la responsabilidad en la era de la ciencia, Buenos Aires, 1990.
- Arendt, Hannah
Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, Barcelona, 1999.
- Cruz, Manuel
Hacerse cargo. Sobre responsabilidad e identidad personal, Paidós, Barcelona, 1999.
- Robert Dahl
Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía vs. control, México, 1991.
- De Zan, Julio
Ética comunicativa y Democracia, Ed. Crítica, Barcelona, 1991
 (en colaboración con K.-O. Apel, A. Cortina y D. Michelini,
Libertad, Poder y Discurso, Ed. Almagesto, Bs. As., 1993.
Panorama de la Ética continental contemporánea, Ed. Akal, Madrid, 2002.
 “E. Tugendhat: Filosofía analítica y fundamentación de la ética normativa”, por *aparecer* en vol. col. en homenaje al Prof. Dr. Roberto Rojo, Univ. Nac. de Tucumán, 2003.

- Dworkin, Ronald
Ética privada e igualitarismo político, Barcelona, 1993.
- Gauthier, David
La moral por acuerdo, Barcelona 1994.
- Guéhenno, Jean-Marie
El fin de la democracia. La crisis política y las nuevas reglas de juego, Barcelona, 1995.
- Gray, John
Las dos caras del liberalismo, Barcelona, 2000.
- Habermas, Jürgen
Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt, 1983.
Aclaraciones a la ética del discurso, Madrid, 2000.
- Hampshire, Stuart
Moral pública y privada (1978), México, 1983.
- Mackie, John L.
Ética. La invención de lo bueno y de lo malo, 1977, Barcelona, 2000.
- Marcuse, Herbert
El hombre unidimensional, México, 1964.
- Nino, Carlos
Ética y derechos humanos, Bs. As., 1984.
- Höffe, Otfried
Estrategias de lo humano, Buenos Aires, 1979.
- Rawls, John
Una teoría de la Justicia (1971), México, 1979.
El liberalismo político 1993, Barcelona, 1996.
- Ricoeur, Paul
Histoire et Verité, 2a. edic., París, 1964.
Sí mismo como otro 1990, México, 1996.
- Rorty, Richard
Contingencia, ironía y solidaridad, Barcelona, 1991.
- Singer, Peter
Compendio de Ética, Madrid, 2000.
- Strawson, Peter F.
Libertad y resentimiento, Barcelona, 1995.
- Thompson, Dennis
La ética política y el ejercicio de cargos públicos, Barcelona, 1999.

Tugendhat, Ernst

Problemas de la ética, Barcelona, 1988.

Philosophische Aufsätze, Frankfurt, 1992.

Lecciones de ética, 1993, Barcelona, 1997.

Problemas, Barcelona, 2002.

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.

Weber, Max

“La política como profesión”, en *El político y el científico*, Madrid, 1975.

SEMINARIO “ÉTICA E INDEPENDENCIA JUDICIAL”

CONCLUSIONES

CONSIDERACIÓN PREVIA

Atento a que las dos conferencias que fueran brindadas por el Prof. Julio De Zan han sido debidamente grabadas, no corresponde extenderse sobre ellas. De cualquier manera no se puede dejar de señalar, que en la abordada por la mañana, el autor se ocupó de formular una equilibrada exposición del estado del arte de la ética contemporánea, dejando en ella habilitado el camino para que luego, en la conferencia de la tarde, lograr mostrar relaciones que existen entre escuelas, corrientes y realizaciones profesionales en general; particularizando desde allí, lo que concierne a la misma ética judicial.

En este último abordaje, se hizo un particular capítulo expositivo respecto a la ética pública de los funcionarios públicos. En mi particular observación, sin desconocer en modo alguno la seriedad y suficiencia del mencionado desarrollo la cual está fuera de cualquier duda por la reconocida solvencia académica del disertante, generó la misma alguna dificultad en el auditorio, que por definición se reconoce con un tipo de compromiso y función ante la sociedad que no resulta ser equiparable al del funcionario público en general, que por defecto, se termina asociando en manera inequívoca con el integrante del Poder Ejecutivo.

APORTES DE LA DISCUSIÓN

En una primera consideración no se puede dejar de señalar, que el auditorio en términos generales, no mostró una pacífica coincidencia en lo que respecta al tema de la ‘codificación’ de la ética de la magistratura, lo cual en modo alguno afecta, a que todos los participantes del Encuentro, hayan señalado la importancia en profundizar las realizaciones éticas de la magistratura y que por defecto, fueron iluminadas mediante los distintos caminos de punición que se han seguido, cuando los magistrados han cometido alguna violación que así podía ser considerada. En ese marco, la conferencia fue rica en antecedentes y en la indiscutida casuística que cada Provincia puede tener a dicho respecto.

De todas maneras, siguiendo la línea crítica dura a la codificación, se puso en consideración el no menor tema, que el fantasma que toda codificación tiene, esto es, que cristaliza comportamientos y que siendo el sujeto pasivo del código, el juez, resultaría un tanto complicado hacer un muestreo suficiente complejo de su realización profesional; de allí, que el restante extremo, esto es, de trabajar no sobre '*numerus clausus*' de conductas deontológicas a ser atendidas o a evitar ser realizadas; sino sobre un marco deontológico abierto, pues ofrecía como peligro potencial para el auditorio una indeterminación que dejaría campo abierto para actitudes desleales desde el marco profesional abogadil o de los grupos de poder político o económico. Lo cierto que una u otra vía, generarían un estado de intranquilidad más, a la realización de la magistratura; la cual se dijo, ha demostrado sin la existencia de código alguno, que puede depurar el mismo Poder Judicial.

De todas maneras, donde pareció existir un consenso previo en general, y sin haberse entrado a ningún tipo de desarrollo particularizado de cuáles podrían ser las conductas, y sólo indicadas en manera general; es que se preferiría seguir una metodología que enumerara 'principios' deontológicos, que como tal, tienen siempre la característica de ser máximamente generales pero a la vez, son suficientes para señalar caminos de realización para la praxis judicial.

En marco a esta última consideración, se puso de manifiesto un tema que ocupó algún tiempo y que pudo, en nuestra opinión ser adecuadamente soslayado, como es la misma relación entre derecho y moral. En rigor está fuera de duda, que son órdenes normativos diferentes, y con independencia que la misma moralidad que el juez puede personalmente tener, lo cierto es que tiene asignada el mencionado, una función superlativa frente a otros hombres de la sociedad y por ello, la mera moral personal no resulta suficiente.

Por la vía de la formulación de los principios, se encontró al menos un camino de superación a la no menor duda que muchos de los participantes mostraron —como resistencia también a la codificación—, respecto a la intromisión en la misma conciencia individual de los jueces. Tema que permitió considerar, aunque de soslayo, los parámetros de un código de ética para los magistrados, que en realidad debería ser no más que un código de mínimos éticos judiciales y no máximos. En dicho marco, se pudo discutir ligeramente acerca de cuál sería el ámbito biográfico de aplicación, si es sólo la conducta realizada en el ámbito público o también en el privado. Personalmente hemos sostenido el giro lingüístico de 'la conducta pública y la conducta privada con trascendencia pública'.

Por otra parte, las provincias que tienen vigente códigos de ética, han señalado que en realidad dicho cuerpo no ha generado pertur-

bación alguna en el desarrollo ordinario de la realización de la judicatura. Lo cual implicaría ponderar de futuro, una adecuada relación costo-beneficio en poner en marcha los mencionados cuerpos deontológicos; más a la vez, ello también ha permitido argumentar a contrario, de que si los Códigos, no producen modificación sustancial, cuál es la razón para su implementación, cuando su costo político prima facie resulta elevado. A tal aspecto se sostuvo, que en el marco de una sociedad fragmentada, en búsqueda de parámetros de transparencia y previsibilidad, y en un ámbito profesional donde la articulación con la sociedad es fuerte y permanentemente observado, las normas éticas de las profesiones son estándares regularmente exigidos —con independencia que sean muchos o pocos— y no se admite, que no ya profesiones sino meras ocupaciones u oficios, cuenten con códigos y que la profesión que como tal juzga, los haceres y decires de las restantes no lo posean, parece un dato de incuestionable debilidad.

En orden a la procedencia de la codificación, también se argumentó que es parte de una sugerencia fuerte de la comunidad internacional que asocia a la magistratura. Se vuelve a insistir de todas maneras, que los jueces no habrán de ser más éticos porque posean códigos de ética, por aquello de que conocer el bien no es hacer el bien, sin embargo se refuta la tesis, en orden a que es parte de una sempiterna consideración de que los jueces no sólo deben ser buenas personas sino también parecer tales, y que el código en definitiva puede ayudar al menos a esta segunda consideración.

Otro de los aspectos que fueron altamente considerados es el que se refiere al carácter de la sanción que el código debe tener; para ello se sostuvo que un código sin sanción es una norma sin entidad y por lo tanto con carácter no trascendente. Se discutió en dicho marco, la posibilidad que la sanción sea puramente moral.

Finalmente se puede apuntar, que se hicieron los respectivos comentarios a propósito de la última experiencia de realización de código de ética para los magistrados en Santa Fe, para lo cual, se ilustró la manera en que el mismo fue realizándose y el estado de atención y utilidad del nombrado. En igual manera, puntualizamos en manera personal, el proyecto de código que se encuentra en la fase final de elaboración en la Provincia de Córdoba, destacándose a dicho respecto, que resulta imprescindible a todo efecto puntualizar una agenda programática que resuelva los siguientes tópicos y en el orden que se indica: 1) Necesidad del Código, 2) Realización del mismo e 3) Implementación.

En definitiva soy de la opinión que el Encuentro ha sido altamente valioso a los fines de hacer un acuerdo común, de un tema que no

puede ser soslayado en el análisis al menos. El eje de las discusiones ha sido considerado en todo momento, y sin duda que de la riqueza y experiencia personal de cada una de las Provincias se puede tener una visión superadora de cualquier programa individual.

En lo personal exclusivamente, considerando que la misma Junta Federal de Cortes de la R.A., algunos años atrás convocó a la realización de un Código Modelo de Ética Judicial para las Provincias y que posteriormente aprobó como elaboración académica, resultaría de interés que el mismo sea también difundido en cuanto a su existencia a las Provincias al solo efecto, de que ellas mismas vean ampliado el horizonte de diversos menús de códigos deontológicos que como tal no se agotan, en los ya aprobados en la República.

Sin otro motivo en particular, saludo al Sr. Presidente de Argentinus, Dr. Ramón G. Brenna con alta estima y respeto personal.

DR. ARMANDO S. ANDRUET (H.)