

ÉTICA, TEORÍAS DEL DERECHO Y FUNCIÓN JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ *Ibidem*, pp. 8 y 30.

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

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

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

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

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

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

1. LA CAPACIDAD DE JUZGAR Y EL SENTIDO COMÚN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA HERMENÉUTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ W. Hassemer, “Juristische Hermeneutik”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* n° 72, 1986, pp. 198 y 209.

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

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

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

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

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

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

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

3. EL REALISMO JURÍDICO Y LA CRÍTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. R. DWORKIN. LOS DERECHOS EN SERIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. ACLARACIONES SOBRE EL DISCURSO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. CIENCIAS SOCIALES, ÉTICA Y POLÍTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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