

OBSERVACIONES PARA UNA ÉTICA DE LOS JUECES

En este capítulo me voy a referir al nivel 5 de las capas de normatividad ética que he diferenciado en la *Introducción*. Consecuentemente con lo expresado allí me abstendré de todo intento de enunciar estándares normativos para la profesión judicial, los cuales existen por cierto en la tradición de la profesión, estén o no formulados en un código, y su explicitación o reformulación solamente puede ser el resultado de la reflexión y el debate abierto de los propios jueces. Me limitaré aquí, por lo tanto, a tener en cuenta la información presentada en el capítulo anterior sobre los códigos existentes y a introducir algunas reflexiones y comentarios sobre algunas orientaciones de esa normativa, cuya proyección trasciende el núcleo íntimo de la *cebolla* y compromete conceptos o principios más generales. Pero antes quiero aludir a los nuevos escenarios que diseñan la evolución de las democracias contemporáneas, en el contexto de los cuales las atribuciones y responsabilidades de los jueces están cambiando de manera significativa. Algunos códigos de ética judicial parecen ignorar estos nuevos escenarios y atenerse a las representaciones más tradicionales de la función judicial, pero en otros se reflejan algunas de las transformaciones en curso.

1. NUEVOS ESCENARIOS DE LA JUSTICIA

La moralización de la política y la juridización de la moral (así como de la vida social y de la política) son fenómenos llamativos de la época del final del siglo XX y comienzos del XXI. Se trata por cierto de fenómenos cuyo significado conlleva una gran ambigüedad. Bajo un aspecto, esta evolución puede considerarse, por ejemplo, como síntomas del final de los resabios anacrónicos de épocas arcaicas, transmitido a las Repúblicas por la tradición monárquica de la modernidad, según la cual el Estado y los gobernantes, como el Rey, no están sujetos a los

códigos morales de los vasallos, ni a la justicia, porque el soberano no litiga en un tribunal formado por sus súbditos. Los políticos actuales, en cambio, deben pagar caro las inmunidades que mantienen en el ejercicio de la función pública, transiéndolo durante años por los despachos de los jueces después de haber fenecido sus mandatos. La clase política está bajo sospecha. Ellos se saben vigilados y esta situación los perturba. Algunos se defienden acusando a los jueces de buscar notoriedad mediante el procesamiento de los hombres públicos, o de lavar su propia trayectoria e intentar legitimarse llevando a prisión a los mismos personajes a los que deben su carrera y a quienes protegieron mientras estaban en el poder. En algunos casos será ciertamente así. El relieve que cobran algunos pequeños jueces se mide por la envergadura de los personajes que ellos han procesado. Pero el fenómeno general es más complejo y los miembros de la clase política que se ven acosados por la justicia saben que quienes están detrás de las denuncias o delaciones que los llevan a los tribunales son sobre todo sus propios adversarios o enemigos políticos. La mayoría de los jueces que abren procesos espectaculares contra políticos importantes, no se atreverían a hacerlo si no estuvieran respaldados (o presionados) por otros miembros de la misma clase política que detentan ahora el poder. Los moralistas y predicadores de la moral pública se rasgarán las vestiduras y dirán que esta línea de argumentación está encubriendo el problema real, que es la corrupción y el robo perpetrado desde la función pública. En algunos casos habrá ciertamente mucho de esto. No se trata de minimizar el problema de la corrupción, sino de llamar la atención sobre otro hecho, que puede llegar a causar más daño moral y político que el robo. El hecho es que la justicia y la ética son *usadas como un medio* más de las luchas de poder, para destruir a los adversarios en las internas de la clase política. A este juego están expuestos también los propios jueces. Como en todos los juegos competitivos de suma cero, en los juegos de poder unos ganan y crecen en la opinión pública (que es *ante quien* se escenifica el espectáculo) en la medida en que desprestigian y hacen perder credibilidad a los otros. Cuando se hace de las cuestiones morales y jurídicas el eje de las campañas electorales, ello se tiene que interpretar además como síntoma de incompetencia, de falta de profesionalismo, y de la carencia de ideas y de propuestas políticas consistentes. En las dos últimas elecciones presidenciales en la Argentina, por ejemplo, no hubo debates políticos sustantivos, solamente eslóganes moralizantes y descalificación moral de los adversarios. El escenario de estas estrategias de las luchas de poder sólo en parte es el espacio circunscripto y reglado de la justicia; el centro de la escena pasa más bien por los medios de comunicación, los cuales juegan un rol activo y se constituyen como fiscales acusadores en los procesos. Con frecuencia son los propios medios los que descubren los hechos presuntamente delictivos o reciben las denuncias y llevan a cabo la primera investigación periódica de los casos de corrupción o mal desempeño de la función pública. En un

aspecto importante esta acción de los medios es evidentemente positiva y se convierte en colaboradora de la justicia, porque es gracias a ellos que muchos delitos que hubieran quedado encubiertos en la trastienda política aparecen a la luz pública y pueden ser juzgados. El hecho de que la acción de los funcionarios políticos y judiciales esté bajo la lupa de la observación y la crítica es un control democrático que puede influir en el sentido de un mejoramiento de las prácticas y del funcionamiento del sistema político y judicial. Pero, ¿quién controla a estos controladores? El funcionamiento de estos fiscales informales de la democracia, las motivaciones y objetivos de sus denuncias carecen, a su vez, de todo control democrático. La pretensión moralizadora de la crítica de los medios tiene que ser sometida a la misma hermenéutica de la sospecha y del desenmascaramiento que ellos emplean contra los funcionarios públicos. Lo cierto es que los medios y sus agentes periódicos no son árbitros imparciales sino parte del juego, ya sea como jugadores interesados, o como fichas que se dejan jugar e instrumentalizar en los juegos de poder que *usan a la justicia y a la ética como armas* de la lucha política. Sus críticas y denuncias no son, por cierto, políticamente inocentes. Como empresas privadas, además, los medios se orientan por sus propios intereses comerciales. Si los procesos judiciales ocupan un lugar tan importante en los medios y estos invierten tiempo y dinero en cubrirlos, o en generar investigaciones propias, es también porque el público consume estas informaciones, y las empresas de comunicación social tienen garantizado un buen retorno. Este aspecto tiene también su lado positivo, porque es efecto del interés público sobre la moralidad de la política y los problemas de justicia.

En este escenario que se ha esbozado está claro que el “activismo judicial”, o el nuevo protagonismo de los jueces, fenómeno que se observa de manera igual, o más acentuada incluso, también en Europa y en EE. UU,¹ no es el resultado de una evolución interna del derecho y de la administración de la justicia, o de una transferencia de poder a los jueces, sino de una transformación de los espacios públicos y una consecuencia de la profunda decadencia y descrédito de la política y del autismo de la dirigencia en las democracias existentes. La sociedad ve a la política y a este Estado como la causa, o como parte sustancial de sus problemas, y no como la herramienta de la posible solución; las otras clases sociales juzgan incluso a la clase política como su enemigo principal. Y hay signos de que esta conciencia de la contradicción antagónica de los intereses de clase está incubando nuevas formas de resentimiento social y de un odio de clase focalizado contra las corporaciones del *establishment*, políticas, sindicales, empresarias. En esta situación el centro de gravedad del ejercicio de la ciudadanía tiende a desplazarse a otros campos exteriores a lo político, como la ética y el campo de los derechos. En

¹ Cf. A. Garapon, o. cit. pp. 27–32. Mi exposición en este punto se inspira en parte en el citado autor.

el contexto de la fractura existente entre la clase política y la sociedad civil, y frente a la pérdida de la independencia y representatividad popular de las instituciones políticas de la república, que han cobrado especial gravedad en nuestro país, pero no son por cierto fenómenos específicamente argentinos, “el lugar simbólico de la democracia tiende a emigrar del Parlamento a la Justicia. La justicia se convierte en *el lugar de exigibilidad* de la democracia, porque ofrece potencialmente a los ciudadanos la capacidad de interpelar a sus gobernantes, de tomarles la palabra y hacerles respetar las promesas contenidas en la ley” (Garapon, 1997, p. 42).

Los jueces no pueden evadir enteramente los nuevos roles que les asigna la sociedad, y deben asumir nuevas responsabilidades en este contexto. Pero no me parece tampoco, sin embargo, que pueda haber remedios judiciales para el funcionamiento inaceptable de las instituciones políticas. Los problemas políticos de esta democracia que tenemos generan también serios problemas a la justicia, que se ve desbordada, y a la economía que se paraliza por falta de inversiones, o se achica y entra en quiebra por la fuga de capitales. En la Argentina, como consecuencia de los juegos irresponsables de las luchas de poder entre los políticos, y de la inestabilidad y la ingobernabilidad que ello ha generado, se ha producido finalmente en el cambio de siglo la gran crisis económica que ha sumergido a gran parte de la población en unos niveles de pobreza y exclusión social impensables en un país como el nuestro.² Estos problemas políticos solamente pueden tener soluciones políticas, pero la justicia *debe asumir también la responsabilidad* de tomar las decisiones de alto impacto político y económico que son de su competencia sobre los conflictos judiciales que se producen en esta situación. Quiero dejar planteados aquí algunos interrogantes: ¿Ha estado la justicia a la altura de las circunstancias? ¿Ha demostrado el valor, o la fortaleza necesaria para asumir sus responsabilidades en medio de esta dramática crisis argentina? ¿Se ha preguntado la institución cómo ha visto y cómo juzga la sociedad el papel (o el no papel) que ha jugado la justicia en medio de la tragedia? Estas me parecen las preguntas verdaderamente serias y fundamentales sobre las que tiene que reflexionar la ética judicial hoy.

2. LOS JUECES Y EL PODER

Si se acepta la descripción de la deriva política contemporánea que acabo de esbozar, hay todavía dos maneras de interpretarla. Una es la comprensión de esta situación como resultado de una crisis de lo político y de la democracia. Es la que

² Cf. J. De Zan, “La exclusión del otro”, en *Erasmus. Revista Latinoamericana de intercambio cultural*, V, n° 2, Río Cuarto, 2003. pp. 143–164.

yo comparto y está esbozada en el apartado anterior. La otra ve en esta tendencia la maduración lógica de la idea del liberalismo político. El discurso judicial trata a las partes como individuos, y en esta relación la dimensión colectiva de lo político queda neutralizada, o se torna insignificante. En oposición al sistema totalitario, que disuelve las singularidades en la unidad del interés colectivo y de un proyecto común, la democracia presupone una sociedad que “se sostiene en una secreta renuncia a la unidad, en una sorda legitimación de la rivalidad entre sus miembros, en un abandono tácito de la esperanza de la unanimidad [...] y que asume hasta el final este desgarramiento interior”.³ En la democracia liberal la unidad es un equilibrio frágil, nunca consolidado y siempre revisable; esta construcción se apoya fundamentalmente en los derechos, y se realiza mediante la justicia. Del Estado se reclama ante todo *neutralidad* e *imparcialidad*, virtudes distintivas del sistema judicial. La expresión teórica más potente de una filosofía política concebida en estos términos es la obra de John Rawls, *Una teoría de la justicia*. Algunos de los críticos plantean la discusión con Rawls precisamente en este terreno, por ejemplo John Gray.

Para Rawls, igual que para Dworkin, F. A. Hayek y R. Nozick, la filosofía política es una rama de la filosofía del derecho, la rama que se ocupa de la justicia y de los derechos fundamentales. La meta de la filosofía política es una Constitución ideal [...] Los liberales legalistas aspiran a evitar el conflicto sobre la buena vida recurriendo a las ideas de justicia y de los derechos. En esto se demuestran pertenecientes a un linaje que se remonta a Kant, quien intentó desarrollar una filosofía política basada en el derecho [...] En el *Liberalismo político* no se deja nada de importancia a la decisión política [...] La institución central del “liberalismo político” de Rawls no es una asamblea deliberativa, como un parlamento, sino un tribunal de justicia. Todos los temas centrales se sustraen a la deliberación política, para ser adjudicados por un tribunal supremo [...] De hecho la doctrina de Rawls es un tipo de legalismo antipolítico.⁴

Independientemente del mencionado debate sobre la teoría de la justicia, el activismo de los jueces, orientado a promover (o a obstaculizar) determinadas tendencias u objetivos políticos mediante su interpretación y aplicación del derecho, o las crecientes demandas de decisión judicial que les plantea la sociedad, han encendido las alarmas sobre los peligros o las deformaciones de la democracia que acarrearía un cogobierno de los jueces. Se suelen señalar dos modelos existentes de articulación institucional de la justicia con la política: el primero, *burocrático*, estructurado de manera jerárquica y fuertemente integrado en el aparato estatal,

³ M. Gauchet, “L’expérience totalitaire et la pensée du politique”, en *Esprit*, nº 7-8, 1976, p. 16 (citado en Garapon, p. 44)

⁴ John Gray, *Las dos caras del liberalismo*, Barcelona, 1993, pp. 24-29, cf. nota 6.

que caracteriza a los sistemas de derecho continental europeo; el segundo, que se puede denominar *aristocrático* y profesional, más conectado a la corporación de los abogados, es más típico de los países del *Common Law*. No obstante sus diferencias, ambos modelos podrían derivar en el sentido señalado, en la posición dominante de una nueva clerecía legalista separada de la sociedad y poseedora de un saber y un lenguaje incomprensible para los legos (como el latín de los antiguos clérigos), cuyo poder escapa a todo control democrático.

La misma crisis de la democracia o de la política sin más, que hemos mencionado en los párrafos anteriores, y los graves problemas de calidad institucional que aquejan a algunos cuerpos fundamentales de la estructura del Estado republicano, ha dado lugar en las últimas décadas al surgimiento de una fuerte corriente de pensamiento político que ha revisado las raíces históricas y funcionales de la situación presente y ha propuesto, con diferentes variantes, un nuevo modelo de democracia que se identifica con la idea de la “democracia deliberativa”. En este contexto teórico, algunos autores han planteado también una fuerte crítica frente a la tendencia al crecimiento inédito del poder de los jueces, y la discusión de una de sus causas fundamentales, que es la facultad de control de constitucionalidad de las leyes. Esta línea de pensamiento, que tiene cierta escuela en EE. UU., está representada entre nosotros por R. Gargarella. Es claro que desde el punto de vista de una teoría de la democracia en la cual la legitimidad de las decisiones vinculantes tiene que apoyarse en la voluntad de la mayoría, el poder de los jueces de invalidar las decisiones mayoritarias del Legislativo no parece fácil de justificar, aunque uno entienda que este poder le ha sido delegado a los jueces por la misma mayoría del pueblo que, en la asamblea constituyente, ha instituido al Parlamento como poder legislativo.

¿Cómo podemos aceptar que la última palabra constitucional quede en manos de un grupo de personas (pongamos una mayoría de cinco jueces dentro de la Corte Suprema) que nosotros no hemos elegido, y sobre los cuales carecemos de casi todo control? ¿No abrimos así la posibilidad de que la voluntad del pueblo quede desplazada por la voluntad de cinco técnicos o expertos a quienes no conocemos ni podemos controlar? [...] Considerando este tipo de problemas, muchos autores han comenzado a hablar del *carácter contramayoritario* de la revisión judicial de las leyes (Bickel, 1978).⁵

La argumentación de este autor se mueve en el terreno de la teoría política y del derecho constitucional, y se apoya en estudios bien documentados de historia institucional, sobre todo norteamericana, que mostrarían que este poder de revi-

⁵ R. Gargarella, *Crítica de la Constitución*, C. i. Buenos Aires, 2004, p. 68. En el capítulo 3 de este libro condensa el autor las conclusiones de su obra mayor sobre este tema: *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

sión tiene una raíz conservadora, o elitista, y presupone que para tomar la decisión correcta en estas cuestiones constitucionales no es necesario (o quizás no es prudente) consultar a la ciudadanía. Su posición se apoya además en la tradición de pensamiento que entiende que “todos los posibles afectados por una determinada decisión deben tomar parte del proceso deliberativo para la toma de dicha decisión” (Gargarella, 1996, p. 13). Este principio es un presupuesto fundamental de la idea normativa de la democracia deliberativa, tiene que ver con el respeto de la autonomía de las personas, y se conecta con el principio metódico del discurso moral, que he propuesto aquí en el capítulo 2. No es pensable sin embargo su aplicación directa y sin mediaciones institucionales a la toma de las decisiones políticas en las actuales sociedades complejas y en los grandes Estados modernos. Gargarella intenta deslindar también correctamente su propuesta de una interpretación o instrumentación de este principio de tipo “*radical populista*”. Pero por otro lado manifiesta un gran escepticismo sobre la calidad democrática y la transparencia de las mediaciones político-institucionales existentes, especialmente en la Argentina. Este diagnóstico pesimista, y el pronóstico poco alentador sobre el progreso de la democratización de la política, aconseja finalmente, no obstante los reparos teóricos, mantener el control externo de legitimidad constitucional de las decisiones políticas por parte del Poder judicial. El debate abierto me parece no obstante una contribución importante al objetivo compartido de exigir la apertura o acercamiento a la sociedad civil por parte de los poderes del Estado, incluyendo el judicial, y buscar las formas de expandir el poder democrático y el control ciudadano sobre ellos.

La crítica de las condiciones insatisfactorias de la democracia existente podría ser ampliamente justificada mediante el análisis del funcionamiento de los órganos políticos del Estado, que basta aquí con mencionar, como los excesos del presidencialismo, la falta de independencia de los otros poderes frente al Ejecutivo, la escasa representatividad y calidad institucional del Parlamento, etc. Gargarella concluye el capítulo sobre el Poder Judicial de su libro más reciente con estas consideraciones: “En contextos como el nuestro, en el que las ramas políticas del gobierno aparecen tan vulnerables frente a la crítica democrática, todas las reformas que se dirijan a limitar el poder de los jueces, y que al mismo tiempo dejen a salvo el cuestionable poder de las demás ramas del gobierno (poder que entonces resultaría expandido, gracias a las restricciones fijadas al Poder Judicial), deberían ser reformas a mirar con alta sospecha” (2004, p. 86). Yo creo además que los derechos de los ciudadanos estarán mejor garantizados si se mantiene y se hace efectiva la cuestionada facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos del Poder Ejecutivo. La preocupación de Gargarella por el, para él, excesivo poder de los jueces, tiene su justificación a partir de un estereotipo de la personalidad y el *modus operandi* de estos funcionarios, que es proba-

blemente representativo. Pero esta realidad del personal judicial se puede y se tiene también que modificar, mejorando su calidad mediante procedimientos más rigurosos y exigentes de selección de los candidatos, con participación de la opinión pública, perfeccionando por ejemplo el método de consulta implementado por el actual gobierno para los ministros de la Corte. Y sobre todo en la medida en que el modelo de una personalidad desconocida, aislada e imprevisible, evolucione en el sentido de una mayor inserción y responsabilidad social y política.

De todos modos, tampoco podemos hacernos excesivas ilusiones sobre la efectividad del control de constitucionalidad mientras cada nuevo gobierno busque la forma y las excusas para decidir una nueva conformación de la Suprema Corte, como ocurre en la Argentina desde hace muchas décadas. Lo que es dudoso, además, es si alguna vez “las ramas políticas del gobierno” y, en general, las instituciones políticas, dejarán de ser altamente sospechosas de confiscar para sí el poder que la democracia les confía como administradores de la cosa pública. Yo me inclino a pensar, teniendo en cuenta la experiencia de toda la historia humana, que ese es el destino de toda institucionalidad en general, y especialmente de este “mal necesario” que es el Estado.⁶ Esta perspectiva puede ser pesimista, pero no debe inhibir el juicio sobre la situación actual de la política en la Argentina como especialmente insatisfactoria y necesitada de una reforma en serio. En cualquier caso siempre será prudente prever y hacer efectivo un *doble control*, el control recíproco entre los poderes institucionales, y el control directo del poder democrático no institucionalizable de la opinión pública, de las asociaciones libres de la sociedad civil y de los movimientos sociales con sus diferentes formas de manifestación y de acción, que incluye la presencia masiva en las calles como la hemos visto, y no sin alguna eficacia, en los últimos tiempos en la Argentina.

La independencia de los jueces no debería interpretarse tampoco, sin embargo, como desconocimiento de las políticas votadas por el pueblo, o como la (imposible) incomunicación de los jueces con el gobierno elegido por la mayoría. “El problema es hacer que la influencia de la política sobre la justicia sea transparente, más que negarla virtuosamente”, escribe Garapon (1997, p. 260). En este sentido, la justicia debe estar abierta a las orientaciones políticas democráticamente legitimadas por los consensos sociales. Más aún, los jueces como ciudadanos calificados *deben participar* activamente en la construcción de estos consensos democráticos, prestando especialmente su contribución profesional para que, desde su génesis en la base social y en la opinión pública, la construcción de los proyectos políticos respete y expanda los derechos fundamentales. También es

⁶ Cf. J. De Zan, “Filosofía y política en Hannah Arendt”, en *Cuadernos del Sur*, Revista de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2003.

deber profesional de los jueces proteger los derechos de los individuos y de las minorías frente a los representantes de la mayoría en el gobierno.

Los problemas políticos discutidos en este punto resultan finalmente banales si no se los relaciona con la situación que más profundamente debe preocuparnos en estos días, de la pobreza, la desocupación y la exclusión social, que ha transformado a esta Argentina en *una sociedad dividida y violenta*.⁷ Pero las cuestiones políticas aquí planteadas tienen mucho que ver con el origen de estos graves problemas y con la falta de una adecuada respuesta del Estado. Los planes de asistencialismo pueden paliar el hambre, pero no resuelven, sino que subrayan la vergonzosa e indignante cuestión moral de la exclusión de los grandes sectores sociales marginados, y generan problemas nuevos de muy difícil solución. Esta situación resignifica cualquier otro tema que se quiera pensar, pero especialmente el de un libro como este sobre *La ética, los derechos y la justicia*.

3. ACLARACIONES SOBRE LOS ESTÁNDARES DE ÉTICA JUDICIAL

El Código de Conducta de los Jueces Federales de los EE. UU. incluye, en el comentario al canon 1, esta interpretación del tipo de normas que están contenidas en él: “Los cánones son *normas de la razón*”. Como ese documento ha tenido una importante influencia en el avance de la tendencia a la codificación escrita de los cánones de la conducta judicial, me parece significativo aclarar el estatuto de este tipo de reglas.⁸ Para comenzar hay que tener presente la diferencia entre reglas o leyes teóricas y reglas o leyes prácticas. Las primeras, como la ley de la gravedad, para dar un ejemplo paradigmático, se construyen a partir de la observación de ciertas regularidades observadas, son a posteriori, y permiten inferir predicciones probables o hipotéticas. El fracaso de las predicciones se interpreta como falsación de la hipótesis. En el caso de las reglas prácticas, en cambio, su formulación puede ser anterior e independiente de su cumplimiento en los hechos. Solamente se puede decir por lo tanto que *hay que, se tiene que, o se debe* seguir tales reglas, por tal o cual razón o motivo. El cumplimiento o incumplimiento de la regla no prueba nada sobre su validez o invalidez. Sólo en el caso de las reglas prácticas tiene sentido hablar de normas, para las cuales se han elaborado también definiciones más precisas que permiten su diferenciación dentro del género de las reglas prácticas. Las leyes se suelen entender como reglas que no tienen excepciones.

⁷ Cf. J. De Zan, “La sociedad dividida”, en *Violencia, instituciones y educación*, vol. colectivo. Editado por D. Michelini y otros, Fundación ICALA, Río Cuarto, 2002; también, del mismo autor: “Decir que no”, en *Tópicos*. Revista de Filosofía de Santa Fe, n° 10, 2002, y “La filosofía de la liberación de los setenta y la Argentina del siglo XXI”, en *Erasmus*, V, n° 1–2, 2004.

⁸ Para estas definiciones, cf. Ernst Tugendhat, *Lecciones de ética*, Barcelona, 1997, pp. 41–47.

Hay tipos muy diferentes de reglas prácticas. Uno es por ejemplo el de las reglas sociales, cuyo incumplimiento acarrea como consecuencia algún tipo de reproche o de sanción por parte del grupo social. Otra clase es la de las reglas de un juego, como el ajedrez, por ejemplo. Si uno quiere jugar ajedrez *tiene que* mover las piezas conforme a la regla de este juego. Uno podría inventar otra manera de mover, pero entonces estaría jugando otro juego, porque éste se define por sus propias reglas. Para algunos autores las reglas del lenguaje son de este tipo.

El otro tipo de reglas prácticas que interesa destacar aquí es, precisamente, el de las llamadas *reglas o normas de la razón*. La expresión es de raíz kantiana, aunque Kant empleaba otro lenguaje. El hablaba de “imperativos”, como “*mandatos de la razón*” que dirige a la voluntad. “Todos los imperativos se expresan por medio de un *debes*, o *tienes que*, y muestran así la relación de una *ley objetiva de la razón* que ordena a la voluntad [...]” (*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Col. Austral, Madrid, 1993, p. 60). Estas reglas, o leyes *de la razón*, prescriben ciertas acciones *como racionales, o razonables* con respecto a lo que uno *es*, a lo que *desea ser*, o a lo que *quiere hacer*. No es racional o razonable obrar de manera inconsistente con lo que uno es, con la propia identidad, o con los fines que uno mismo se propone lograr. Se habla por lo tanto en este sentido de reglas de la *razón* en cuanto explicitan las conductas que son consistentes con las condiciones constitutivas del propio sujeto, con sus convicciones y con los propios fines de la acción. Se puede decir que esta clase de reglas son autónomas, porque no provienen de la decisión de una voluntad ajena, sino de la razón del propio sujeto de la acción. Las normas morales y las reglas técnicas son, en este sentido, reglas de la razón. Comenzando por las últimas: las reglas que Kant llamaba “de habilidad”, pero especialmente las reglas de la técnica, que tienen un soporte de conocimientos científicos y ya han sido experimentadas, son sin duda las más racionales para hacer determinadas cosas. Las reglas de la razón se pueden enunciar en la forma de oraciones condicionales, por ejemplo, “si queremos que el puente resista un peso de tantos kilos tenemos que tender vigas de tanto espesor”; “si quieres llegar a ser un buen pianista tienes que tocar seis horas diarias”; “si quieres llegar a ser un buen juez tienes que perfeccionar tu conocimiento del derecho”. Otra clase de regla de la razón que puede distinguirse de las reglas técnicas son las que Kant llamó reglas de “sagacidad”, o de prudencia (quizás los dos últimos ejemplos anteriores podrían incluirse aquí). Estas dos clases de reglas de la razón son las que examina el tipo de “discurso pragmático”, ya expuesto en el capítulo 2.1. Kant no hablaba de “reglas”, como ya se dijo, sino de “imperativos”, y los definió de esta manera:

Todas las ciencias tienen alguna parte práctica que consiste en problemas que ponen algún fin posible y en imperativos que dicen como puede conseguirse ese fin. Estos pueden llamarse en general imperativos de *habilidad*. No se trata de si el fin es racional o bueno, sino sólo de lo que hay que hacer para conseguirlo [...] Ahora bien, la habilidad para elegir los medios conducentes al

mayor bienestar propio posible, puede denominarse *sagacidad* (*Klugheit*) [...] Todos los imperativos mandan, ya sea *hipotética*, ya sea *categoricamente*. Los primeros representan la necesidad práctica de una acción [o el *tener que* hacer tal cosa] como medio para conseguir otra cosa que se quiere de hecho o puede quererse [la “necesidad práctica” esta condicionada en este caso a la *hipótesis* de que efectivamente se quiera ese fin]. El imperativo categórico sería, en cambio, el que se representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria [en el sentido de obligatoria] [...] Este último es un imperativo que, sin poner como condición ningún propósito a obtener por medio de cierta conducta, manda esa conducta inmediatamente [como en sí misma buena, o como la forma correcta de obrar]. Tal es el imperativo *categorico* [...] La primera clase de imperativos podrían también llamarse *técnicos*; los de la segunda clase, *pragmáticos*, y los de la tercera, *morales*”. (o. cit., pp. 61 y 63-64).

Las normas morales son reglas de la razón que se relacionan con la identidad más profunda de la persona en cuanto tal. Prescriben las conductas que son consistentes con la condición humana, de animal que tiene *logos*, como decía Aristóteles. (“Logos” se ha traducido por *razón*, pero significa en griego también *palabra*, lenguaje, y es la raíz de *diálogo*). A diferencia de las reglas técnicas, las normas morales no se expresan en oraciones condicionales, como indicación de los medios que se tienen que emplear *si se quiere* obtener un determinado fin, sino que tienen una forma incondicional. Una norma moral no enuncia lo que uno tiene que hacer *si quiere* tal fin, sino lo que uno *debe querer*, y como debe obrar, cualquiera sean los fines exteriores (o no morales) que pretenda. Uno debe respetar los principios morales, no como *medio para* obtener algún fin, sino *por sí mismos*, porque indican *la forma correcta de ser y de obrar*. Estas determinaciones definitorias de las reglas morales tienen que ver con el sentido moral de *bueno*, que no es un predicado relativo a otra cosa, como cuando digo que algo es *bueno para* la salud, o *para* la economía, etc. *Bueno y malo* en sentido moral (y los otros predicados morales como *justo-injusto*, *correcto-incorrecto*, etc.), no son predicados relativos a cosas, u objetos, sino que se atribuyen primariamente a personas, a los propios sujetos de la acción y del lenguaje (y no juzga su aptitud o idoneidad particular *para algo*, sino su calidad humana como persona: “hombre bueno”, o “decente”, “buena persona”). En tal sentido, “bueno” y “malo” son valoraciones gramaticalmente absolutas, porque los juicios morales tampoco son relativos al propio sujeto que los enuncia, como expresivos de su subjetividad, como cuando digo que algo *me* desagrada, sino que tienen una pretensión de validez objetiva y universal. Según otras teorías, como el utilitarismo, sin embargo, la racionalidad de la moral se relaciona con los fines más generales e importantes, como la felicidad o la utilidad general.

En cuanto a las reglas sociales, se pueden diferenciar aquí tres clases. 1) Las normas jurídicas se caracterizan por un efecto de coerción respaldado por el poder público. En el campo del derecho penal el incumplimiento de las normas trae aparejada la sanción externa o la pena correspondiente, prevista dentro de una jurisdicción. En las definiciones tradicionales las reglas del derecho se suelen caracterizan también porque, entre otras determinaciones, a diferencia de las reglas de la razón, serían heterónomas. La idea normativa de una democracia deliberativa y radical tendría que cuestionar esta determinación. 2) Las reglas convencionales ejercen “una presión social difusa”, y la sanción por su incumplimiento consiste en algún tipo de reproche o exclusión de un determinado círculo social. 3) La moral se presenta también como una clase de reglas sociales. Puede tratarse de una moral que rige por efecto de la tradición, o de una moral convencional. No siempre es fácil diferenciar las normas de esta moral de las otras reglas sociales convencionales. Pero también hay normas de la moral crítica, posconvencional, que se hallan incorporadas en la sociedad moderna como reglas sociales. Este aspecto de la moralidad social positiva ha sido tratado más ampliamente en el capítulo 3.1.

Las normas de una ética profesional, como la ética judicial, son también reglas de la razón en cuanto prescriben las conductas que son *consistentes con la función* social de esa profesión. El profesional está moralmente obligado a todo aquello que es razonable para el buen desempeño de las funciones y responsabilidades profesionales que ha asumido, para el cumplimiento de los fines de la profesión, o para los bienes sociales que tiene bajo su tutela. En estos campos de la ética aplicada a las profesiones, lo moral está en estrecha conexión con los modelos y los estándares de excelencia de la práctica profesional, como se ha explicado en el capítulo 6.1. Es claro que para ser un buen profesional no basta con ser una buena persona, y podría decirse que esta no es una condición indispensable. Se requiere sobre todo “tener oficio”, dominio de las reglas, eficiencia y maestría en la práctica profesional. Se podrían formular incluso las siguientes paradojas: 1) alguien puede ser una buena persona en el sentido moral, pero ser, al mismo tiempo, desde el punto de vista técnico, un mal profesional y, a la inversa: 2) alguien puede ser moralmente reprochable en muchos aspectos de su vida personal y de su calidad humana, pero ser al mismo tiempo *muy profesional*, y técnicamente excelente. Yo no encuentro objeciones a la última proposición en términos generales, y abstractamente considerada. Sin embargo, en algunas profesiones sociales, como la del docente y la del juez, las exigencias de la propia función profesional se conectan muy estrechamente con la calidad moral de la persona, por razones obvias que no necesito explicitar aquí. La primera proposición, en cambio, me parece inconsistente e inaceptable porque la responsabilidad y la rectitud de la conducta plantean a todo profesional ante todo la exigencia moral básica de ser competente en el ejercicio de su profesión. Y una buena persona, que ha incorporado la

rectitud moral como cualidad o virtud fundamental, si no posee ni se siente capaz de adquirir la debida competencia para una función, naturalmente no la asume, o renuncia y deja su lugar a otros que tengan la aptitud que se requiere para hacer bien las cosas. Puede pensarse que la actitud de autocrítica que presupone mi aseveración es muy rara, y que es poco realista plantearla como una exigencia moral. Yo pienso que es tan rara y poco realista como la moral misma, ni más, ni menos; y que no requiere una especial capacidad de autocrítica, la cual sí puede ser más escasa, porque la buena disposición moral conlleva mucha apertura, actitud de diálogo y humildad para escuchar a los demás. El hombre que no es soberbio, o arrogante, es accesible a la crítica y tiene siempre buena oportunidad de saber, en el diálogo con los demás, cuántas veces se equivoca. En este sentido la moralidad tiene mucho que ver con la posibilidad de conocer la verdad en general, y también, en especial, la verdad sobre nosotros mismos.

Según algunos autores, los códigos de ética profesional, o institucional, están a mitad de camino entre la ética y el derecho.⁹ En rigor, la ética no es codificable. Conforme al concepto de la ética, y a las diferencias con el derecho que he expuesto en la Primera Parte de este libro, en la medida en que los códigos de ética judicial son dictados, supervisados o aprobados por el Poder Judicial, o por el Legislativo (y quizás no puede ser de otra manera), y que prevén algún tipo de sanciones externas, estamos ante una cierta forma de juridización de normas o reglas disciplinarias. Este carácter híbrido de dichos códigos se acentúa por el hecho de poder diferenciar un texto normativo (esto es, el código propiamente dicho) y una función institucional (es decir, las atribuciones de un órgano o ente encargado de la interpretación y de la aplicación de tales normas), como se ha visto en el capítulo anterior. En principio la Ética en sentido estricto no admite otro *órgano de aplicación* que la propia razón, la conciencia moral y la voluntad autónoma del propio actor. Enseguida agregaré sin embargo algunas restricciones a este principio para el caso de la ética aplicada a las profesiones. Con estas observaciones no se quiere de ninguna manera desacreditar a los códigos de ética judicial (son los propios afectados quienes tienen que debatir sobre la conveniencia práctica de imponerse tales códigos fijados por escrito); de lo que aquí se trata es solamente de relativizar, desde el punto de vista de la Ética, la relevancia propiamente *moral* de estos instrumentos.

Me ha resultado interesante y digna de consideración la descripción y valoración que hace W. MacKay (1995, pp. 8-12) de la forma como se realizó la revisión de 1990 del Código Americano, como una experiencia que puede servir de

⁹ Cf. Victoria Camps, "Moral pública y moral privada", en J. S. Avarezunde (ed.), *Actas del 2º Congreso Nacional de Bioética Fundamental y Clínica*, Madrid, 1999, p. 54.

modelo. Mostró en primer lugar que un código tiene que ser comprendido como un documento revisable, que evoluciona y se actualiza. El comité nombrado a tal efecto coordinó un estudio de los códigos existentes, de la literatura específica y datos estadísticos. Mantuvo audiencias públicas y realizó consultas a instituciones y expertos. Los jueces de los diferentes niveles, federales y estatales, fueron encuestados. El proceso se extendió a lo largo de tres años y la revisión fue el resultado de un esfuerzo cooperativo de parte de los jueces, las instituciones vinculadas a la justicia y el público en general. El mencionado autor considera que este tipo de proceso abre un espacio de confrontación y discusión de los puntos de vista y actitudes personales y puede ser una buena oportunidad para superar el aislamiento moral de los miembros de la profesión, que les permita aprovechar la experiencia de otros colegas y tener en cuenta las opiniones del público para evaluar las conductas, resolver las situaciones que deben enfrentar, o detectar problemas sobre los que no habían reflexionado. La opinión de que la moral es una cuestión privada, íntima, de la conciencia personal, tiene razón en un punto, en cuanto a la valoración y el juicio moral en situación del contexto concreto de acción, que hace que la decisión en cada caso sea siempre un acto de responsabilidad personalísima. Pero esta opinión se equivoca si conlleva la presuposición de que la conciencia individual es autosuficiente y no tiene necesidad de escuchar y pensar los puntos de vista y las valoraciones de los demás. Hay que decir además, y de manera general que, como he mostrado en el capítulo 2, la moral es una institución social fundamental, y que no puede haber criterios de moralidad meramente subjetivos y privados.

Las instancias de consulta y discusión de problemas éticos de la profesión deberían ser permanentes, y tener algún grado de institucionalidad, con la participación de los posibles afectados, que aporten *puntos de vista independientes* de los intereses corporativos, más ligados a la realidad social, y de expertos de otras disciplinas no jurídicas, que puedan aportar una comprensión informada por la investigación y la reflexión sobre las perspectivas teóricas de las disciplinas relacionadas con los distintos campos de aplicación (por ej. sociología, ciencia política, antropología, psicología, filosofía, economía). En el capítulo 1.9. he definido la “Ética aplicada” a los diferentes campos de actividad de las distintas profesiones (éticas profesionales), en concordancia con la gran mayoría de los autores que se han ocupado del tema, como campos de cooperación interdisciplinaria. Este requisito de la *interdisciplinariedad* de las perspectivas parece indispensable si se tienen en cuenta las innovaciones constantes de la ciencia, que obligan a redefinir conceptos (como los de vida y *muerte* biológica, y los conceptos de la genética y la embriología, para mencionar un ejemplo relevante de este campo), los avances de las tecnologías, cuyas aplicaciones son muchas veces de consecuencias muy difíciles de prever (por ejemplo, para el equilibrio ecológico), y los delicados equi-

libros de la economía y las finanzas globalizadas, que no están previstos por lo general en la legislación vigente. Además, la complejidad de las sociedades contemporáneas, y los nuevos problemas que plantean los procesos acelerados de cambio cultural, social, económico y político, tornan obsoletas a muchas instituciones tradicionales de la vida social y del derecho; el descentramiento de la posición del Estado en la sociedad posmoderna y los roles diferentes, pero no menos importantes, que tiene que asumir la política en los contextos de integración regional y global, etc., desbordan masivamente la información y los puntos de vista teóricos que puede aportar por sí mismas las propias disciplinas jurídicas.

4. LA JUSTICIA Y LOS MEDIOS

Los códigos de ética judicial vigentes que he podido mirar muestran una especial preocupación, y con buenos motivos, por la relación de la justicia con los medios de comunicación. Los medios, sobre todo la televisión, no se limitan a informar ni a criticar la actuación de la justicia, sino que intervienen directamente en el curso del acontecer judicial y extrajudicial. Algunas veces inician la investigación antes que los casos *hayan* llegado a los tribunales (los jueces se enteran de los delitos por los diarios y conocen a los testigos por la televisión). Las investigaciones periodísticas verifican y certifican las informaciones, interrogan a los testigos, muestran incluso a veces al acusado y le dan la oportunidad de ejercer públicamente su defensa, etc. No solamente llegan a tener una intromisión significativa en la justicia y ejercen una presión que puede superar la capacidad de resistencia de muchos jueces, sino que remedan a veces con anticipación, con mucho más realismo y ante un público inmensamente mayor, todo el ritual del proceso judicial, su escenografía, los roles de los actores oficiales y la lógica procedimental, llegando a poner en escena personalmente a los acusados y acusadores. Las partes pueden aprovechar este doble escenario que se les ofrece: el lugar institucional de la justicia, y el no lugar, múltiple, virtual, de gran movilidad y ubicuidad de los medios, para desplegar diferentes estrategias de defensa, que se trasvasan inevitablemente de un escenario al otro, y hacer jugar alternativamente, según su conveniencia, la prensa contra la justicia, o la justicia contra la prensa. Esta suerte de competencia con la institución jurisdiccional, que pretende ofrecer una representación más verídica que las ficciones procedimentales del proceso formal, priva a la democracia de la simbólica de la institución judicial, o se apropia de ella en un *avant première* que carece de toda presunción de imparcialidad y de controles responsables. “Los medios representan la ilusión de la democracia directa, el sueño de un acceso a la verdad libre de toda mediación procedimental o institucional” (Garapon 1997, p. 71). Lo cierto es que en la actual sociedad mediática *la realidad* no se constituye como tal (o no se determina solamente) en la institución, sino en el espacio público configurado por los medios. La justicia como acontecimiento

instituido que se construye mediante sus propios procedimientos, y el poder no instituido, libre de procedimientos, pero igualmente constituyente de realidad de los medios, necesitan equilibrarse y no debe permitirse que estos últimos sean por sí mismos la expresión dominante, a la vez los escenógrafos y los actores que monopolizan el espacio público de la realidad social. Pero *el requerido equilibrio no se puede realizar en la democracia mediante censuras o limitaciones de la libertad de los medios, sino mediante el uso formal de estos por la institución judicial a través de los jueces*. En estas condiciones los jueces se verán enfrentados probablemente, cada vez más, con nuevas responsabilidades y formas de *presencia en los espacios públicos*. No se trata de fomentar el protagonismo personal de los jueces mediáticos. Pero tampoco se podrá preservar ya la retracción y *la ausencia de la justicia, o el vacío de poder judicial ante el público*, porque la lógica del vacío es inexorable, como lo saben muy bien los políticos y otros actores sociales y culturales. Quizás también los jueces tendrán que aprenderlo, porque el vacío de su falta de presencia lleva necesariamente al reemplazo de la justicia en lo público por otros actores que están prontos a llenar ese vacío.

Yo creo que el involucramiento de los medios en la justicia es en sí mismo un avance positivo, porque el interés de los medios es un reflejo del interés de la sociedad por la justicia, institución fundamental del sistema republicano. Está bien que los medios transmitan toda la información, canalicen las críticas de la sociedad civil, actúen como órganos informales de control, e incluso colaboren con la investigación judicial. Lo que me parece preocupante es que lleguen a usurpar el lugar simbólico de la justicia. Y creo que los responsables de esta institución deberían preguntarse si la evolución de la dinámica comunicacional en este aspecto y los nuevos roles que asumen los medios en este campo, no son una consecuencia del vacío que ha dejado la institución judicial en el espacio público de la comunicación social. A fin de cubrir este vacío y desplazar el protagonismo pseudojudicial de los medios podría imaginarse que los procesos judiciales adopten una escenificación adecuada para su transmisión en vivo y en directo. Se evitarían con ello muchas deformaciones de los remedos mediáticos de los procesos y el público tendría toda la información de fuente más segura y confiable. Además, la institución tendría una importante fuente de financiamiento adicional para contribuir a resolver la precariedad de sus recursos de funcionamiento. Las opiniones en este sentido no pueden ser discutidas aquí. Basta decir que la discusión debería sopesar con prudencia también los riesgos de introducir de manera sistemática las cámaras en las audiencias públicas, como el riesgo de que se imponga en el proceso judicial la lógica del espectáculo, y de que la representación se convierta en lo sustancial, cobrando mayor importancia que lo que se representa, porque en los medios el acontecimiento consiste en la representación misma, o en el hecho de la comunicación con el público. *Transparencia y distanciamiento* de las presiones del

público son dos condiciones importantes de una ética de la justicia, dice Garapon. Pero estas dos condiciones se repelen y es preciso buscar un equilibrio que preserve a ambas al mismo tiempo.

Es necesario marcar las diferencias esenciales que deben preservarse. La sentencia jurisdiccional consta de dos partes: la parte resolutive o dispositiva que contiene el juicio propiamente dicho, y los considerandos que han de exponer todas las razones y motivos por los cuales el juez ha dicho lo anterior. Esta exposición es parte esencial de la sentencia. Una sentencia que carece de justificación es arbitraria y está sujeta a revocación o anulación. En una emisión de televisión, en cambio, se formulan juicios, se dice y se muestra todo, menos los motivos por los cuales se hace todo eso. No sabemos si es para divertir, informar, vender... La pragmática de los lenguajes es muy diferente. Lo que hace el juez al decir su sentencia es aplicar el derecho (o crear una norma individual), y la fuerza ilocucionara de su expresión está explícita en su lenguaje. El comunicador social puede estar haciendo en cambio muchas cosas diferentes con su discurso. El caso es que no lo dice, o da a entender otra cosa diferente de lo que está haciendo en realidad con el televidente crédulo e indefenso. “En la pantalla todo el mundo adquiere visibilidad, menos lo que se encuentra detrás de las cámaras”. En el proceso judicial la descripción de los hechos se ajusta a procedimientos probatorios estrictamente controlados que tienen que ser expuestos y sometidos a la crítica y a las objeciones de la defensa; en los medios, los discursos y las decisiones a las que obedece la construcción de la realidad permanecen siempre como lo *no dicho*, que escapa a toda discusión. La distinción entre imagen y realidad queda encubierta. La imagen pretende bastarse a sí misma y no se presenta como una puesta en escena, sino como la realidad que se muestra a sí misma sin mediaciones. Es preciso desenmascarar este “mito de la transparencia”.

Los medios lo vuelven todo transparente, menos el lugar de donde procede esa transparencia, es decir, ellos mismos [...] Los medios muestran una realidad pero enmascaran, a su vez, el lugar de poder de donde procede esa imagen que ellos muestran [...] Siempre hay mediaciones [tanto en la justicia como en los medios, por ejemplo], pero cuando no se las menciona y se las expone a la luz pública, estas mediaciones quedan en manos de personajes invisibles, por lo tanto irresponsables. Nunca las sociedades han invocado tanto la transparencia, y nunca han sido tan opacas para sí mismas (Garapon, 1997, p. 91).

La descripción esbozada de las prácticas de los medios de comunicación no tiene por objeto desprestigiar la importante función que ellos desempeñan como contrapoder irremplazable en el funcionamiento de la democracia moderna, sino denunciar el mito de la transparencia, destruir la ingenuidad de los consumidores de imágenes y promover una actitud crítica frente a la realidad construida en el

espacio público de la sociedad. Esta actitud crítica es una condición indispensable para una relación madura de los jueces con los medios. Cada vez más necesaria, la relación de la justicia y los medios quizás no suprima nunca enteramente la conflictividad que se manifiesta en los reproches (muchas veces justificados) que hacen los medios a la administración de la justicia, y la descalificación de los jueces, también justificada muchas veces, del tratamiento sensacionalista o tendencioso que hacen los medios de los procesos judiciales. Esta ambigua relación no excluye sin embargo la colaboración recíproca, que puede ser muy productiva no sólo por la información que pueden transmitir los medios a la justicia, sino por el apoyo de la opinión pública a través de los medios en las causas en las que están involucrados poderosos intereses económicos, políticos, etc. La productividad del trabajo de los medios y los beneficios para la vida democrática y para la justicia no debe esperarse sin embargo de una especial virtud de los comunicadores sociales sino, como en el ejemplo del panadero de Adam Smith, del empeño que ellos ponen en el cuidado de sus intereses.

Los medios solo asumen un papel esencial como contrapoder porque su lógica no es política, sino comercial [...] Es vano contraponer la mala lógica del mercado a la buena lógica pública [o de la política]. El verdadero desafío que plantean las relaciones entre los medios y la justicia es el de conjugar dos lógicas heterogéneas: la del mercado y la de la cosa pública (Garapon, 1997, p. 93).

5. PROBLEMAS DE LA TRANSPARENCIA

Entre los considerandos que suelen invocarse a favor del dictado de códigos de ética en el ámbito del Poder Judicial, cabe mencionar especialmente el objetivo de producir en la opinión pública el efecto demostrativo de la apertura o de la voluntad de transparencia, y la preocupación por asegurar la integridad de los jueces, como medios para obtener mayor confiabilidad ante el público. Es decir que estos documentos no están dirigidos solamente a los propios jueces, sino que quieren ser al mismo tiempo un mensaje a la sociedad. Refiriéndose a la situación canadiense, escribe W. MacKay: “En la medida en que crecen las investigaciones y denuncias de los medios, y la confianza pública se ve erosionada por los escándalos judiciales, la cuestión de la ética judicial ha llegado a ser un asunto de la mayor importancia para los jueces” (1995, p. 6). En algunos casos puede generarse sin embargo una reacción o estrategia defensiva de sentido inverso. Puede pensarse que la apertura de un proceso interno de deliberación sobre la ética judicial, y la adopción de códigos de regulación de las conductas morales en el contexto de una ola de cuestionamientos de los medios de comunicación, será vista como una autocrítica que concede la razón a estos cuestionamientos, muchas veces injustificados y motivados por la búsqueda marketinera del escándalo. Este es un proble-

ma que se plantea actualmente en todas las profesiones sociales, y especialmente en los diversos campos de la función pública, en los cuales los agentes con responsabilidades son puestos a la defensiva. Con respecto a esta situación es preciso analizar críticamente ambos lados del problema.

La exigencia de la mayor *transparencia* de los procesos de toma de decisiones en la administración pública y en el ejercicio de los poderes del Estado tiene el rango de una exigencia moral de primer orden. Las deliberaciones reservadas y el secreto de Estado solamente pueden justificarse en casos excepcionales, como se ha visto en el capítulo 5. Es lógico por lo tanto que a este deber de los funcionarios políticos, legislativos y judiciales, le corresponda el derecho de los ciudadanos y de los medios de comunicación a observar por dentro (este es el significado de la palabra *transparencia*), a discutir y a criticar, etc. Estos derechos son esenciales a la democracia. Bien sabemos sin embargo que, no solamente en países como el nuestro, sino incluso también en las democracias liberales que se toman como modelo, las prácticas de los altos funcionarios, en los tres poderes del Estado, están todavía muy lejos del cumplimiento adecuado de estas exigencias de *transparencia* y *publicidad*. No obstante la persistencia de prácticas poco transparentes como resabios no democráticos enquistados en las instituciones del Estado, el principio de *la publicidad de los actos de gobierno* y *de la administración* no es discutido en general en el ámbito de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y existen normativas expresas que ordenan el cumplimiento de estos principios en dichos ámbitos. En los códigos de ética judicial, en cambio, como se ha visto en el capítulo anterior, existen opiniones muy divergentes, no sólo sobre la apertura al público, o a los medios, sino incluso sobre la conveniencia de que los propios jueces hagan uso de una amplia libertad de expresión fuera del tribunal.

Los códigos de ética judicial de Sudáfrica y de Namibia, por ejemplo, prescriben como una cuestión de principio que: “Un magistrado no debe permitir, sin una especial autorización superior, que el proceso en su tribunal sea televisado [...] o que se tome fotografías y se utilicen cámaras de televisión o aparatos similares durante el proceso en el tribunal, así como en los tiempos de receso o inmediatamente anterior y posterior a las sesiones”.¹⁰ Conforme a lo dicho precedentemente cabría preguntar si no es más aceptable en cambio una cláusula inversa, *que permita en casos especialmente fundados*, con la debida autorización, este tipo de restricciones. El Código de Ética para los Jueces de la República Popular China, de octubre de 2001, prescribe en cambio en el cap. 1. art. 6º que “El juez debe llevar a cabo todo el proceso judicial de manera abierta y objetiva, *aceptando la*

¹⁰ Citado en Wayne Mackay, p. 15.

supervisión del público. Esta prescripción no se extiende a los casos que, de acuerdo a la ley, no pueden tener un juicio público”, y en el art. 15: “Un juez debe evitar toda influencia *impropia* de parte de los medios o del público durante el proceso”. La prescripción de evitar influencias externas del espacio público está acotada a las que son “impropias” (el destacado es nuestro).

Los argumentos, por cierto muy atendibles, que desaconsejan una aplicación inmediata y sin recaudos del principio de transparencia en el ámbito judicial tienen que ver, por un lado, con las cuestiones de la vida privada de las personas, cuya intimidad se debe proteger, y por otro lado con los riesgos del mal uso de la información en función de los más diversos intereses sectoriales, políticos, o ideológicos. “La publicidad de la actividad judicial en una democracia debe estar al servicio de la comprensión (*Verstehen*)¹¹ de las buenas razones que justifican las decisiones judiciales, y no para facilitar el *modus operandi* de los grupos de intereses”.¹² Este es el otro lado del problema. Una de las peores cosas que le pueden pasar a la ética misma es que se convierta en un arma de ataque para destruir la autoridad de quienes desempeñan funciones de responsabilidad social. Este es por cierto un *uso inmoral de la ética*, que pervierte su propio sentido. A los discursos de los predicadores morales que abundan en las páginas de los diarios y en las pantallas de televisión se les debe aplicar la hermenéutica de la sospecha, y preguntar por los intereses al servicio de los cuales está su prédica. La utilización política de la ética como instrumento de propaganda o de provocación del escándalo y la calumnia es una práctica tanto o más inmoral que los hechos que se denuncian, en la que incurren con demasiada frecuencia los políticos en sus campañas y también los comunicadores profesionales. La moral se ha convertido en un poderoso medio de manipulación de la opinión pública. La otra forma simétricamente opuesta de corrupción de la ética es su utilización como máscara o escudo protector frente a la crítica, el “fariseísmo de los sepulcros blanqueados”. El desafío o el riesgo de los códigos de ética profesional es el de *ser o ser vistos* por los clientes de los servicios de las respectivas profesiones, como meros instrumentos de esta estrategia orientada a salvar las apariencias y a proteger a los miembros de la corporación. La vinculación directa que W. MacKay observa en algunos países entre la preocupación de los jueces por la creciente atención de los medios sobre la actividad de la justicia y las iniciativas para sancionar códigos de ética judicial, puede ser motivo de sospechas en tal sentido, las cuales podrían verse

¹¹ Entiendo aquí la expresión *Verstehen*, vinculada con la *publicidad* o la *comunicación* en el preciso sentido de la tradición hermenéutica alemana, como el resultado de una interlocución abierta, en la que ambas partes (en este caso, los jueces y el público) aprenden y se pueden corregir a partir de la confrontación de sus opiniones o puntos de vista, y no como una estrategia meramente pedagógica, ex cátedra.

¹² H. Schambeck, *Richteramt und Ethik*, Berlín, 1983, cap. 3.

confirmadas mediante una lectura crítica de algunos cánones. El método para deshacer este tipo de sospechas (justificadas o injustificadas), es el de aplicar en los procedimientos de los códigos de ética profesional, con las menores restricciones posibles y conforme a las modalidades propias que se requieran en cada campo, las propias exigencias éticas generales de transparencia y publicidad.

6. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Hay diferentes opiniones acerca de los límites y de cuándo y dónde puede o debe expresarse el juez públicamente, sobre qué temas le está permitido hablar a un juez, y cuándo debe guardar silencio. Una concepción tradicional diría que puede decir muy poco fuera del tribunal, mientras que debe ejercer toda su libertad de expresión dentro del mismo. Como se ha visto en el capítulo anterior, los códigos de ética judicial reflejan estas diferencias de criterio. Algunos no establecen ningún tipo de prescripciones o recomendaciones. La mayoría adopta criterios muy restrictivos, pero hay otros casos en que se promueve una apertura normal en la comunicación pública, con la aclaración de que ésta debe ser “apropiada, de mutua seriedad y responsabilidad”, debiendo los jueces “mantener el debido decoro, mesura y sentido de oportunidad”. Aún en los casos en que se establece como principio la abstención de divulgación de información, se admite como excepción la posibilidad de hacer públicas las aclaraciones necesarias para garantizar la exactitud de la información y corregir las deformaciones tendenciosas de los medios. Pero estas previsiones parecen orientadas más bien a justificar o defender la actuación del tribunal que a satisfacer el derecho de la sociedad a conocer la verdad.

El Código de conducta judicial norteamericano prescribe en el canon 3 A (6) que fuera de la corte un juez no puede hacer comentario público (*public comment*) sobre un caso abierto en su tribunal. Esta prohibición es mencionada por algunos autores como antecedente de la tesis de que la justicia está mejor servida por el silencio que por el discurso de los jueces fuera del tribunal, o su exposición mediática. El comentario al citado canon (que forma parte del propio documento) marca sin embargo unos límites bien precisos y razonables a la restricción de la libertad de expresión de los jueces: límites de tiempo, de tema, de función y de espacio, que se orientan claramente a evitar la recusación por prejuzgamiento: “Un juez deberá evitar comentario público sobre los méritos de *una acción pendiente, o inminente* [...] Esta prohibición no se extiende a las declaraciones públicas hechas en el curso de las funciones oficiales del juez, a la explicación de los procedimientos del tribunal, o a una presentación erudita hecha para fines de educación jurídica”. Una vez que el juez ha fallado, este código no le impone restricciones sobre el caso, y tampoco sobre otros asuntos de interés público. Faltan todavía prescripciones positivas sobre la apertura y la obligación de los jueces de

comunicar a la sociedad, en un lenguaje llano y prescindente de la jerga profesional, su pensamiento jurídico y los criterios que aplican en sus decisiones, etc. Podría decirse además que en la estipulación final del comentario citado aflora un sesgo paternalista y corporativo, porque al hablar de “presentación erudita” parece limitar la comunicación al ámbito académico de los propios juristas, y la restringe todavía más con la acotación de un objetivo *educativo*, preservando de esta manera la asimetría de la relación comunicativa que mantiene el juez sobre el estrado, con lo cual presupone que solamente sus oyentes pueden aprender de su sabiduría, la cual no necesita en cambio confrontarse y aprender también de las posibles críticas del público. Pero todo el texto está referido a *una acción pendiente, o inminente*, en el tribunal.

El disenso se plantea con respecto a las intervenciones públicas de los jueces fuera de las situaciones especificadas por el citado canon. En sus “Comentarios sobre la conducta judicial”, el Consejo Judicial Canadiense parece apoyar la posición de quienes abogan por una abstención absoluta, que privaría a los jueces de su libertad de expresión, y justifica esta postura con el siguiente argumento: si los jueces expresan y sostienen públicamente sus pensamientos sobre diferentes asuntos o conflictos sociales que son o pueden llegar a ser materia judicial, les resultará después mucho más difícil dejar de lado sus opiniones cuando esas cuestiones entran en juego en casos que se presentan ante el tribunal. “*And what of the perception of the litigants and public?*”, se pregunta el citado documento. El conocimiento público de las opiniones del juez sobre los asuntos de interés general lo privaría de las condiciones de independencia e imparcialidad a los ojos de los posibles futuros litigantes, los cuales tienen el derecho de “exigir un juez que no sea un declarado oponente al punto de vista que ellos van a presentar ante el tribunal. Si un juez que ha sostenido públicamente un punto de vista personal emite más tarde una sentencia que se apoya en el mismo punto de vista, no tenderán a concluir, la parte que ha perdido el juicio y el público en general, que las concepciones personales del juez, públicamente expresadas, han afectado su imparcialidad?”.¹³ El Consejo Judicial Canadiense parece estar más preocupado por las apariencias que por cuáles son las opiniones que de hecho tienen los jueces. Lo que resulta inquietante es que los jueces expresen públicamente sus opiniones, no el hecho de que las tengan. Las preguntas que deben formularse son: ¿qué ha de preocupar más a quien acude, o es llevado, al tribunal: el conocimiento o el desconocimiento previo de la manera de pensar del juez? No tiene derecho el justiciable a saber quién es en verdad el individuo que lo juzga?

¹³ Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct*, Cowansville Que., Yvon Blais, 1991; citado en Wayne MacKay, 1995, p. 17.

El modelo de la figura del juez que está en el trasfondo de este tipo de posición parece ser la de un ermitaño solitario, retirado del mundo, o la de algún tipo de vida monacal regida por un voto perpetuo de silencio. Pero esas formas de vida religiosa tenían otro significado enteramente diferente. En la sociedad actual, como se ha señalado, sería imposible reclutar para la función judicial personalidades calificadas, con buena formación cultural y política, que aceptaran semejantes condiciones de vida equivalentes a un exilio interno de la vida pública. El tipo de argumentaciones como la citada mantiene una gran ambigüedad, porque son reticentes en cuanto a sus presupuestos. Para hacer plausible el punto de vista que se pretende sostener con tales argumentos habría que presuponer una de estas tres alternativas: a) que los jueces no tienen (o no deben tener) un pensamiento propio; b) que si lo tienen, deben mantenerlo oculto, disimularlo o encubrirlo, de tal manera que la opinión pública pueda creer que los jueces están despojados de toda concepción del mundo y de la vida, y de toda clase de prejuicios o posiciones propias sobre las cuestiones que se plantean en los debates abiertos en los espacios públicos de la sociedad civil; c) el otro presupuesto, más refinado, en el que podría apoyarse el argumento, es el que sostiene que los jueces en sus razonamientos y decisiones profesionales pueden y deben hacer abstracción, o tomar distancia, de su propio pensamiento y valoración sobre las cuestiones sustantivas de fondo que están implicadas en los casos sometidos a su tribunal. Es muy dudoso que el juez, como cualquier otra persona, pueda hacer esto realmente. Y en el caso improbable de que pudiera hacerlo, ¿cómo es posible el control de esta sobrehumana imparcialidad si nadie conoce las opiniones del juez? El recurrente precepto del *recato judicial* que se encuentra en casi todos los códigos, puede transformar al juez en un personaje misterioso e imprevisible, incluso para sí mismo. Porque quien no confronta sus prejuicios en un espacio público, ni siquiera sabe él mismo que los tiene. Solamente *los otros* en sentido fuerte (no los familiares y allegados que frecuentamos en el círculo íntimo de los amigos morales) nos permiten diferenciarnos y saber realmente quiénes somos.

La tesis de la neutralidad del profesionalismo judicial ha sido ampliamente cuestionada por la teoría crítica y por el realismo jurídico, tal como se ha expuesto en el capítulo 4. Lo que me interesa plantear ahora, en relación con el problema que estamos discutiendo en este lugar, es que el estándar del juez que debe callar sus opiniones y no le está permitido confrontarlas resulta cuestionable tanto desde el punto de vista de los propios jueces, como desde el lado de los destinatarios del servicio de justicia. Comenzando por este último lado de la cuestión, me parece clara y convincente, aunque abiertamente desafiante de la doctrina tradicional, la posición que sostiene W. MacKay (1995, p. 17):

Es crucial para la administración de la justicia el conocer dónde están parados individualmente los jueces (o cuales son sus posiciones) con respecto al amplio campo de las cuestiones sociales y políticas. Una vez que se ha reconocido

que los jueces tienen sus propias opiniones sobre los asuntos sociales y políticos, es claro que los litigantes obtendrán un mejor servicio de justicia si conocen por adelantado las perspectivas del juez.¹⁴ Conforme a esto, la garantía de la libertad de expresión [de la que no pueden ser privados los jueces como ciudadanos] debería expandirse y proteger las expresiones de los jueces fuera de los tribunales, manteniendo, por supuesto, el cuidado de no prejuzgar los casos que tienen entre manos [...] Toda expansión del libre discurso de los jueces debe ir acompañada de mecanismos efectivos de responsabilidad para el caso de abuso de esta libertad. Libertad de expresión y responsabilidad de los jueces deben ir siempre juntas [...] La creciente conciencia pública de la influencia judicial incrementa la necesidad de que los jueces sean más abiertos con respecto a sus perspectivas y puntos de vista [...] La gente quiere saber quiénes son estas personas”.¹⁵

Un ciudadano privado puede decidir conducirse con absoluta *prudencia* en los espacios públicos de la sociedad civil para evitar los riesgos de tener que confrontar sus opiniones, y no emitir ninguna clase de opiniones que pueden ser controvertidas, o aparentar estar de acuerdo con todos para evitar los costos de los inevitables desacuerdos con los otros. Esta “prudencia” es cuestionable desde el punto de vista de la ética de la ciudadanía democrática. Si todos, o la mayoría de los ciudadanos, se refugiaran en esta cómoda posición abstencionista, se produciría un vaciamiento de los espacios públicos, la construcción de la opinión pública quedaría en poder de unos pocos políticos profesionales, o de alguna otra corporación, y la democracia se extinguiría por abandono de las responsabilidades cívicas de la ciudadanía política. La ideología del individualismo liberal y su manera de concebir la democracia representativa, o delegativa, ha favorecido en términos generales un modelo de sociedad fragmentada en la que los individuos se retraen a sus actividades privadas o profesionales y, con el cuestionable principio de que “el pueblo no gobierna ni delibera sino a través de sus representantes”, lamentablemente convalidado por la triste reforma constitucional de 1994, ha reducido los deberes y los derechos cívicos de la participación política y del ejercicio de la ciudadanía al instante de la visita periódica y solitaria del individuo al cuarto oscuro, donde todo está precondicionado, salvo la poco eficaz libertad de decir que no.¹⁶ Pero este modelo ha sido fuertemente cuestionado en la teoría política contemporánea. Por

¹⁴ Es previsible que muchos jueces opondrán fuertes reparos contra esta aseveración. El camino lógico para despejar la duda sería una encuesta entre los abogados litigantes y sus clientes. Este procedimiento pondría en evidencia que los reparos obedecen a la autoprotección de los oponentes y no a los intereses de los justiciables.

¹⁵ Cf. del mismo autor: “Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges be Seen and not Heard?”, *Nat. J. of Const. Law*, 159, 1991, 3.

¹⁶ Cf. J. De Zan, “Decir que no”, en *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, n° 10, 2002, y en *El Cardo*, Revista de la Facultad de Ciencias de la Educación de la UNER, Paraná, 2002.

las mismas razones generales, si los jueces no están exentos de los deberes y derechos de la ciudadanía, y no pueden ser privados del derecho de votar en las elecciones, tampoco pueden ser despojados ni deben abstenerse de participar haciendo uso público de la palabra y de la libertad de opinión como ciudadanos independientes, pero pensantes, en los múltiples espacios públicos de la sociedad civil. Pero hay además, como se ha dicho, buenas razones profesionales específicas que fundamentan un compromiso y una exigencia más fuerte en este caso particular que para el ciudadano común.

7. LOS PREJUICIOS Y LA HERMENÉUTICA

Si la independencia y la imparcialidad son condiciones muy difíciles de alcanzar, y nunca se alcanzan plenamente, la imposición de la censura a la libertad de expresión (o la autocensura) clausuran toda posibilidad de aproximarse a ellas. Los prejuicios operan en cierto modo a nuestras espaldas, detrás de la propia conciencia, de tal modo que el sujeto no llega a enfrentarse con ellos y a conocerlos como tales mientras no los *expone* a la crítica de *los otros*, es decir, mientras no arriesga sus opiniones en un espacio en alguna medida *extraño* a su propio gremio, o grupo social, porque *entre nosotros* compartimos por lo general los mismos prejuicios, y por eso *nos entendemos*: esto es lo constitutivo de *un nosotros*. Incluso autores que han planteado correctamente el problema de la independencia interna para el juicio imparcial, no han tenido en cuenta que estas no son cualidades de los individuos aislados, sino que se construyen intersubjetivamente, y por lo tanto requieren mucho diálogo y confrontación. Cito como ejemplo las expresiones del filósofo del derecho alemán Karl Larenz:

Los más difíciles de enfrentar son los prejuicios *subliminales*, que el juez ni siquiera sabe que tiene, o de los que no sabe la influencia que pueden ejercer en su sentencia. Ante todo hay que decir con toda frialdad que ningún hombre y, por lo tanto, ningún juez está completamente libre de prejuicios (en el sentido de ideas preconcebidas), cualquiera sea su origen y su educación. Cada hombre está marcado en su modo de entender las cosas, sea por su origen social, por su entorno vital, por la educación cultural recibida, por sus experiencias personales y profesionales y por otros muchos factores más. La *independencia de pensamiento* no es congénita para nadie, y tampoco se adquiere con la instrucción, sino que exige el trabajo *solitario*¹⁷ del hombre durante toda su vida [...] El saber que los jueces, como los demás hombres, no están libres de prejuicios, ni de condicionamientos relacionados con su origen y entorno vital, no justifica, sin embargo, la conclusión de que tales prejuicios son

¹⁷ El subrayado del adjetivo “solitario” (sorprendente en este lugar) es nuestro.

absolutamente insuperables, porque detrás de la fachada de una argumentación jurídica se ocultan siempre —la mayor parte de las veces sin que los propios jueces tengan conciencia de ello [...].¹⁸

Una mejor comprensión de este mismo problema, y de la manera de tratar con él, es la que nos brinda, por ejemplo, la hermenéutica de Gadamer. Los verdaderos problemas de interpretación con los que se enfrenta la hermenéutica, dice Gadamer, se plantean cuando nos encontramos con textos, o acontecimientos que no podemos comprender inmediatamente, que se prestan al malentendido, o nos resultan extraños porque pertenecen a otra cultura que ya no es la nuestra. Es entonces que se hace necesario el trabajo de interpretación metódica. Cuando queremos entendernos entre nosotros, con otros miembros de nuestro propio círculo, simplemente hablamos, nos comunicamos y nos entendemos sin un trabajo especial de interpretación, porque compartimos los mismos presupuestos. Si nos enfrentamos en cambio, por ejemplo, con una lengua antigua y enteramente desconocida, no es posible ninguna interpretación. El lugar de la hermenéutica está en ese *lugar intermedio*, entre la familiaridad y la extrañeza. El modelo para aclarar el acontecimiento de la comprensión y de la experiencia hermenéutica es el de la *traducción*, el trabajo de verter un texto de la lengua original en la que fue escrito, a otra diferente, que es la nuestra o, más ampliamente, la articulación del sentido de un texto, o de un acontecimiento, en el universo de discurso del intérprete. El intérprete tiene ya su lengua y su discurso; siempre se accede a la comprensión desde alguna *lengua*, que es la propia (es decir: desde una tradición y una estructura de prejuicios). El dominio de una lengua (en el sentido amplio, ya indicado) es una de las precondiciones de toda comprensión, como de la traducción. “Todo comprender es interpretar, y toda interpretación se desarrolla en el medio (o en el ámbito) de un lenguaje que pretende dejar hablar al objeto, pero que es, al mismo tiempo el lenguaje propio del intérprete”.¹⁹ No es pensable una interpretación desde ninguna parte. Un intérprete sin un lenguaje propio es una imposibilidad lógica. La tarea de la hermenéutica, como la traducción, es comprender el sentido de las expresiones, acciones o acontecimientos, y decirlo de nuevo (decodificar el sentido y recodificarlo en otro lenguaje), hacerlo inteligible en un medio simbólico diferente de aquel en el que se constituyó originariamente como significante. De este tipo es también, en parte, la tarea del juez que tiene que interpretar y comprender en su propio contexto y lenguaje, tanto *los casos*, como *los textos* de los precedentes jurídicos (*doble hermenéutica*) y traducirlos a su propio lenguaje y el de los tribunales superiores para exponer los fundamentos de su sentencia. *El lenguaje*

¹⁸ K. Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985, Civitas, p. 183.

¹⁹ H.-G. Gadamer, *Verdad y Método I*, Salamanca, 1993, p. 467.

propio del juez no está formado solamente de la gramática de una lengua común y un léxico jurídico, conlleva toda una precomprensión de la realidad y de los textos que él interpreta, lo que Gadamer llama “una estructura de prejuicios”.

Lejos de la norma de que para escuchar a alguien o hacer una lectura no se puede acceder con prejuicios sobre el contenido, y es posible olvidar todas las opiniones propias; la apertura a la opinión del otro, o del texto, implicará siempre ponerla en relación con el conjunto de las propias opiniones, o relacionarla con ellas [...] Una conciencia formada hermenéuticamente debe estar dispuesta a acoger la alteridad del texto. Pero tal receptividad no supone la neutralidad, ni la autocensura sino que implica una reapropiación selectiva de las propias opiniones y prejuicios [...] Heidegger reconoce que la comprensión está determinada permanentemente por el movimiento anticipatorio de la precomprensión [...] Desenmascarar un prejuicio supone evidentemente anular su validez, ya que mientras siga dominándonos un prejuicio no lo conocemos ni lo pensamos como juicio. Pero no será posible desvelar un prejuicio mientras actúe permanentemente y a nuestra espalda, sin saberlo nosotros, sino solamente cuando él es, por así decirlo, provocado [...] El mejor modo de aclarar el propio prejuicio es hacer uso de él [abiertamente]. Entonces contrastará con otros prejuicios y hará que también ellos tengan que explicarse.²⁰

En el modelo de la comprensión de Gadamer se tiene en cuenta ante todo la hermenéutica de textos, y especialmente de los textos canónicos que revisten una forma de autoridad, como los textos de los clásicos, de los códigos, y de la Sagrada Escritura. Si bien desde el siglo anterior la hermenéutica filosófica —especialmente en Dilthey— no se concentraba ya en la comprensión de textos que había trabajado con la interpretación del sentido de las expresiones de la acción y de los acontecimientos humanos en general, la hermenéutica jurídica ha prestado poca atención a esta ampliación de la hermenéutica filosófica, y se ha seguido entendiendo a sí misma como hermenéutica de los textos del derecho.

Sería demasiado ingenuo y peligroso responsabilizar (moralmente) al juez de dar una interpretación de la ley y de los hechos libre de prejuicios y valoraciones, y exigirle que debe evitar toda precomprensión de las normas y acontecimientos. Puesto que el juez no podría nunca satisfacer adecuadamente semejante exigencia, porque él no está situado fuera de la sociedad ni de la historia, esta exigencia o recomendación lo llevaría en la praxis a la convalidación de las tácticas judiciales de encubrimiento y silenciamiento (de los verdaderos motivos de sus decisiones). El modelo tradicional del juez me parece poco

²⁰ H.-G. Gadamer, *Verdad y Método II*, Salamanca, 1998, pp. 68–69.

creíble y por lo tanto insostenible en la sociedad actual. En la medida en que los jueces se decidan a despedirse de aquella representación acartonada de sí mismos, el significado de todo esto para la praxis judicial es el desocultamiento y la puesta de su precomprensión sobre la mesa, haciéndola de esta manera comunicable y controlable, y viéndose obligados a un proceso más explícito y completo de reflexión y argumentación.²¹

Puesto que, como lo ha mostrado Heidegger y la tradición hermenéutica posterior, “la precomprensión es una condición de posibilidad de toda comprensión”, no es posible simplemente despojarnos de ella, porque forma parte de nuestra propia identidad social, cultural, intelectual y personal. Por lo tanto también la rectitud de la comprensión judicial solamente puede producirse mediante el adecuado procedimiento que ponga en juego y contraste sus prejuicios, a fin de poder reconocerlos como tales y someterlos a la crítica y el control intersubjetivo.

El citado texto de Hassemer se puede interpretar como una fuerte crítica de la falsa moral en la que pueden verse atrapados los jueces en la búsqueda de la independencia y la imparcialidad de juicio. En la medida en que los miembros de una corporación se mantienen fieles a una anacrónica tradición venerable que ya no se puede sostener, se ven forzados a vivir en la hipocresía para poder salvar las apariencias. Pero como la sociedad moderna aborrece la hipocresía y les toma la palabra, los miembros de la profesión se verán forzados a sobreactuar la mentira de sus vidas y de su profesión, y a construir y declamar solemnemente un discurso protector. Una rápida lectura de los códigos de ética profesional puede despertar en las personas ajenas a la corporación fácilmente esta sospecha.

La exigencia hermenéutica del diálogo y la confrontación de opiniones y la teoría intersubjetiva de la justificación racional mediante procedimientos discursivos, no pueden eliminar sin embargo (ni lo pretenden) el momento personalísimo de recogimiento y de soledad de la decisión del sujeto responsable. Después de haber escuchado y confrontado todos los argumentos en pro y en contra de un determinado curso de acción, puede ser que subsistan desacuerdos más o menos amplios y profundos, y sin embargo no se puede prolongar el debate y hay que tomar la decisión en condiciones de incertidumbre. La teoría de las decisiones racionales ofrece modelos matemáticos para el cálculo de posibilidades de la decisión más correcta, pero no obstante la enorme simplificación del concepto de racionalidad con el que trabaja esta teoría, no logra eliminar la incertidumbre. En algunos casos la democracia prevé el recurso al principio de la mayoría. Pero en las decisiones del Poder Ejecutivo y de los jueces (así como en tantos otros casos de la vida cotidiana) el responsable tiene que decidir finalmente “en solitario”. Y

²¹ Winfried Hassemer, “Juristische Hermeneutik”, en *ARSP*, vol. 1986, LXXII/Heft 2, Stuttgart, pp. 221-222.

tampoco el procedimiento democrático de la votación elimina este momento de la decisión individual, ritualizada mediante el secreto del voto a puerta cerrada en el “cuarto oscuro”. Pero este acto final tiene sentido si los ciudadanos han podido participar primero de un proceso deliberativo amplio y abierto en el que se confrontaron y pudieron ser evaluados todos los programas y los candidatos propuestos. El espacio central y decisivo de la democracia no es el cuarto oscuro sino, para decirlo en la lengua fundadora de la política, el *agora*, el espacio público y abierto del debate participativo de los ciudadanos. (Auxiliares y amplificadores, pero no sustitutos del espacio público real de lo político pueden y deben ser hoy los espacios virtuales de los medios de comunicación).

Hay un punto ciego en todo funcionamiento social. Paradójicamente, en una democracia, este lugar debe situarse en una posición de la mayor visibilidad posible, lo que no quiere decir que pueda ser transparente. Para la justicia ese momento es la deliberación del tribunal, que está rodeada de ciertas garantías procesales y la prohibición de que asista cualquier otra persona distinta de los jueces. Este episodio del proceso, que se considera central, es secreto (Garapon, 1997, p. 78).

En el momento culminante, después que se han agotado la discusión y el consejo, toda persona que tiene que tomar decisiones importantes y difíciles que afectan a otros, queda sola con su conciencia, y no puede dejar de experimentar el peso de hacerse cargo de la responsabilidad moral de su decisión. Tampoco los jueces pueden estar inmunes de esta experiencia. El silogismo jurídico que se apoya en las premisas del derecho y la ley no es un ejercicio lógico, un cálculo que juega con variables vacías; aquí se juega con acciones y personas en conflicto, con sus derechos, sus sentimientos y su libertad. En el momento final de la sentencia, después que se han escuchado todos los argumentos jurídicos de los abogados de las partes, cuando todo el proceso está terminado, queda el espacio de la reflexión personal del juez, y en este lugar el derecho mismo también enmudece. En los casos difíciles puede haber buenas razones de ambas partes (toda una biblioteca jurídica a cada lado, como suele decirse). El juez debe acallar todavía la voz de sus propios prejuicios e inclinaciones, tomar distancia en cierto modo de sí mismo para buscar el punto de vista moral de la imparcialidad. La razón pública en el sentido de Rawls se decide finalmente y se apoya, en cada caso, en un punto que es el más íntimo, la reflexión y la conciencia moral de un individuo solo.