
INTRODUCCIÓN

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

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

2 J. De Zan, “Una teoría del estado de derecho”, en *Cuadernos de Ética*, n° 19-20, Buenos Aires, 1995, p. 169.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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