

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2008

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 26

2008

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2008

ESTUDIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 26, correspondiente al año 2008, y del cual se hace entrega en el segundo semestre de 2009. En proceso de edición se encuentra el número 27 de esta obra, correspondiente a 2009, el cual incluirá las ponencias que autores chilenos presentaron este año en la Tercera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en Mendoza en el mes de mayo de 2009. En cuanto a la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, ella tendrá lugar en 2011 en la Universidad de Valparaíso.

El presente volumen de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* está dividido en 5 secciones, a saber, Estudios, Traducciones, Debate, Informe en Derecho, y Recensiones.

Sin perjuicio de lo que fue indicado al inicio de esta Presentación, estudios y recensiones destinados al número 27 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* se esperarán hasta el 31 de diciembre de 2009.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ESTUDIOS

- — *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, 1985. Traducción de E. Kennedy.
- SCHUMPETER, J. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper and Row, 1942.
- TOCQUEVILLE, A. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1963.
- TROPER. *Poder Judicial y Democracia en 18 ISONOMÍA*, 2003.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.
- — *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- WALZER, M. *Las Esferas de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- WEBER, M. *El Político y el Científico*. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

¿PODEMOS DECIR ALGO ACERCA DE LA JUSTICIA? *

AGUSTÍN SQUELLA **

I

Ante todo, deseo agradecer la invitación del Profesor Eduardo Barbarosch para intervenir en este Curso Intensivo de Postgrado acerca de la pregunta *¿Qué es justicia?*, uno de los asuntos que con mayor propiedad podemos incluir entre aquellos de que ha de ocuparse la filosofía del derecho.

Ante un auditorio como el aquí presente no se necesita recordar la dificultad que tiene la filosofía del derecho para delimitar su objeto, o, si se prefiere, para identificar con un cierto grado de acuerdo las preguntas para cuya respuesta se encuentra ella constituida no sólo como

* Conferencia preparada para Curso Intensivo de Postgrado sobre *¿Qué es justicia?*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Julio de 2007.

** Doctor en Derecho.
Profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales.
Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile.
Presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.
Ex Rector de la Universidad de Valparaíso.

actividad, sino también como disciplina, y aun como asignatura, dificultad que hereda como hija legítima que es de la filosofía general, la cual, como también sabemos, arrastra desde su origen una manifiesta disparidad de criterios acerca de su objeto, incluso de su sentido, y ni qué decir de su utilidad.

Los filósofos han dedicado desde siempre buenísima parte de su tiempo a discurrir en torno de la interrogante ¿Qué es filosofía?, restando ese tiempo a las preguntas de la propia filosofía, supuesto que aquella interrogante —la que inquiera acerca de qué es filosofía— no sea, ella misma, una de las preguntas que la filosofía tendría que responder. “Sólo la filosofía —advirtió Xavier Zubiri— puede decir qué sea la filosofía”.

Por mi parte, lo que quiero señalar es que constituye una rareza de la filosofía la recurrencia con que se pregunta acerca de sí misma, suspendiendo o disfrutando en cierto modo el momento en que empieza a hacer propiamente su trabajo con los temas o problemas que le competen. Esto significa que la filosofía y los filósofos dedican mucho tiempo no a hacer lo que tendrían que hacer, sino a preguntarse qué es lo que tendrían que hacer al momento de hacer filosofía. Leszek Kolakowski dice a este respecto que un sastre se dedica a hacer buenos trajes y no se detiene a pensar qué es la sastrería. Un filósofo, en cambio, que antes de hacer filosofía, o cuando está ya haciéndola, se detiene cada tanto a preguntarse qué es lo que se encuentra haciendo, podría perjudicar el resultado de su trabajo. El nadador que atraviesa velozmente la piscina olímpica no se para a pensar qué es la natación, so riesgo de perder la prueba, y nada simplemente hasta terminar su recorrido en el menor tiempo posible.

Si la filosofía fue vinculada desde antiguo no sólo a la pasión del asombro —surgida ante el hecho de que hay el ser y no la nada—, sino también a la idea de viaje, de conocimiento que se busca, de saber en marcha, de manera que como señaló Agustín los filósofos buscan como los que aún no han encontrado y encuentran como los que saben que han de continuar buscando, el ensimismamiento de la filosofía, considerando tal a esa obsesión que ella tiene consigo mismo, paralizaría en cierto modo a ésta, y menos que viajar, en consecuencia, lo que la filosofía estaría haciendo buena parte del tiempo es merodear. Ella

deambularía, aunque sin propiamente avanzar, sin dirigirse incluso a ninguna parte, al modo de alguien que diera vueltas y vueltas por su casa antes de salir rumbo al trabajo, perdiendo así un tiempo precioso que no hay ninguna seguridad que vaya a ser recuperado al término de la jornada.

Kolakowski va todavía más lejos y dice que haríamos filosofía por la misma razón que tomamos café o fumamos cigarrillos, esto es, para buscar un punto de apoyo, para conjurar en parte la constante amenaza de sufrimiento que nos acecha, para conseguir esa ligera narcosis de que hablaba Freud, para hacernos, en fin, de unas muletas —lo mismo que en el caso del arte y desde luego de la religión— que suplan nuestra relativa incapacidad para mantenernos en pie y estar el mundo.

Fíjense ustedes que Graham Greene hace decir al escritor que protagoniza una de sus mejores novelas —*El fin de la aventura*— que su obra es tan poco importante como los cigarrillos que le ayudan a uno a pasar las semanas y los años, lo cual quiere decir que la literatura, tanto para quien la escribe como para quien la lee, es poco más que una vía de escape que podemos utilizar para huir un momento de las perplejidades y penurias de la existencia. Quizás por eso la novelista y filósofa Iris Murdoch pudo reconocer que el motivo profundo para hacer literatura es similar al que mueve a hacer filosofía: “el deseo —dice ella— de vencer la carencia de forma del mundo y de alejarnos al construir formas a partir de lo que, de otra manera, podría parecer una masa de escombros sin sentido”. O sea, y otra vez en palabras de Greene, escribiríamos, ya sea literatura o filosofía, para introducir un cierto orden en el caos de la experiencia, o —como gustaba decir en Valparaíso mi profesor de filosofía del derecho— escribiríamos por la misma razón que el capitán de un barco estiba bien su carga para que parezca realmente barco y no feria flotante.

Algo parecido acontece con la filosofía del derecho, puesto que si bien se trata de una filosofía regional o especializada, de una filosofía que acota bien el fenómeno al que circunscribe su trabajo, carece también de suficiente seguridad, y aun de acuerdo, acerca de cuáles son las preguntas que concernientes al derecho estaría ella llamada a responder. Porque Isaiah Berlin tiene razón cuando dice que una

disciplina delimita su objeto en la medida en que es capaz de identificar las preguntas para cuya respuesta esa disciplina se constituye y cultiva como tal. Por lo demás, si la filosofía del derecho acota su objeto —el derecho—, “derecho” no es una palabra unívoca, y tampoco hay acuerdo en la cuestión del concepto de derecho. Entonces, hacer filosofía del derecho es filosofar sobre el derecho, pero ¿qué entendemos por “derecho”?

II

Si alguna vez me he topado con una visión optimista de la filosofía del derecho y sus posibilidades, ha sido no en el texto de un especialista en la materia, sino en el relato de un novelista. Me refiero a Antonio Tabucchi, autor asimismo de algunos inolvidables volúmenes de cuentos, como “Nocturno Hindú”, por ejemplo, aunque no fue en ese, sino en otro —“Pequeños equívocos sin importancia”— donde encontré el relato que quiero referirles.

Aunque antes, si me permiten, quisiera mencionar, de paso, que Tabucchi, como ustedes probablemente saben, es un conocedor privilegiado de la obra del gran escritor portugués Fernando Pessoa, cuyo “Libro del desasosiego”, una obra enteramente inclasificable, es preciso leer aunque cada vez sólo por breves minutos, del mismo modo que bebemos a muy pequeños sorbos un licor exquisito y fuerte. Pues bien: a propósito de que Pessoa suele utilizar heterónimos en su obra, es decir, otros personajes, con variados nombres, pero que son él mismo, Tabucchi escribió un corto y bello ensayo, que tituló “Un baúl lleno de gente”, donde analiza la cuestión de la identidad, a escala del individuo se entiende, concluyendo que cada uno es más que uno, que somos cada cual varios a la vez, o sea, un baúl lleno de gente. Un aserto que cualquier persona mínimamente compleja y que preste suficiente atención a sí misma puede comprobar casi a diario, relativizando un tanto, por lógica consecuencia, el concepto de identidad, una palabra —esta última— que con gran ligereza trasladamos incluso a las naciones, y aún a continentes completos, como cuando nos ponemos a hablar de la identidad chilena, o de la argentina, o de la identidad latinoamericana, sin darnos cuenta que lo que hay en cada país, y ni

qué decir en cada continente, son flujos identitarios múltiples, diversos, a veces contrapuestos, de manera que lejos de descubrir en ellos una identidad lo que advertimos es diversidad. A propósito de lo cual me gustaría recordar la idea que acerca de América Latina escuché hace un par de años a Carlos Fuentes en Santiago: de la preocupación casi obsesiva por una identidad por encontrar —dijo el escritor mexicano— deberíamos pasar a nuestra diversidad por descubrir. Y para sorpresa y aún escándalo de algunos latinoamericanos profundos que se encontraban presentes, añadió que él no habría podido escribir nada si no hubiera leído a Faulkner, a Hemmingway, a Dos Passos, si no hubiera escuchado la música de Gershwin ni visto el buen cine de Hollywood o asistido al teatro O’Neill o Arthur Miller, inclinándose de este modo Fuentes no por la opción, sino por la constatación del mestizaje, de ese híbrido, de ese fin de las purezas al que tendría que conducirnos —una cuota de optimismo mediante— el proceso algo descontrolado que llamamos globalización, el cual, al menos por el momento, se muestra más bien como hegemonía de una determinada cultura sobre múltiples culturas que para resistirse no parecen disponer de otro recurso que la apelación a una identidad que, sin protegerlas eficazmente de esa hegemonía, las aparta también de la identidad que por su lado reclaman otras culturas.

En el alba misma de nuestra cultura iberoamericana —recordó Fuentes en aquella conferencia—, el cronista peruano, el inca Garcilazo de la Vega, hijo de madre indígena y conquistador español, dijo: Mundo, sólo hay uno.

Pero ya es tiempo de volver a lo prometido: aquel relato de Tabucchi que concierne a la filosofía del derecho. Está, según dije, en su libro “Pequeños equívocos sin importancia”, que es también el título del determinado relato que nos interesa.

Dicho título remite a una frase utilizada por los jóvenes protagonistas de una breve historia, que llaman de ese modo —un pequeño equívoco sin importancia— a todos los errores, percances y malentendidos en que puedan verse envueltos.

Llegar tarde a una cita importante, gastar más de lo que se tiene, faltar a un compromiso solemne, leer un libro considerado excelente y que resultaba luego terriblemente aburrido: todo eso lo reducían ellos a lo que consideraban “un pequeño equívoco sin importancia”.

Según se lee en el relato de Tabucchi, la mentada expresión fue tomada por los jóvenes de un antiguo empleado de la universidad en la que habían decidido matricularse y estudiar.

Uno de ellos, Federico, vivamente interesado en los cursos de literatura clásica, es matriculado en Derecho por un error del viejo empleado, y, cuando advierte al mirar su papeleta de matrícula la equivocación que cambiaba de raíz el curso de su vida, regresa a la universidad junto a sus compañeros e interpela al causante de su desgracia:

“Se trata sólo de un pequeño equívoco sin importancia”, se excusó entonces el empleado, atreviéndose incluso a añadir lo siguiente: “Antes de Navidad le conseguiré la matrícula correcta. Mientras tanto, si lo desea, puede seguir las clases de Derecho, así por lo menos no pierda tiempo”.

Federico aceptó de mala gana la propuesta, mientras sus compañeros, burlándose de su aire furibundo, repetían una y mil veces la frase del viejo: “Se trata sólo de un pequeño equívoco sin importancia”.

Sin embargo, el episodio concluye de un modo tal vez inesperado. Semanas más tarde, Federico ingresa ahora con aire de suficiencia al café donde solía encontrarse con sus amigos. Les cuenta entonces que salía de una clase de Filosofía del Derecho a la que había ido por ir, por hacer algo, pero que, aunque no se lo creyeran, en una hora había conseguido entender determinados problemas que en toda su vida nunca había llegado a comprender, y como en comparación con eso los trágicos griegos no explicaban absolutamente nada, había tomado la decisión de continuar en Derecho hasta el término de la carrera.

Por mi parte, debo confesar que después de haber escuchado bastante más que una hora de clases de Filosofía del Derecho, y de haberlas incluso impartido por más de 35 años, no puedo compartir la visión optimista que tuvo de ella el joven personaje del relato de Tabucchi, y que si refiero esta anécdota literaria a mis alumnos cada vez que doy inicio en la universidad a un curso de filosofía del derecho, es únicamente con la intención de mostrar algo de ironía respecto de mi propio trabajo y de la asignatura que alguna vez escogí enseñar quizás sólo como una manera de huir de otras que me parecieron definitivamente intolerables.

En cualquier caso, la pregunta por la justicia es una de aquellas que se adjudican comúnmente a la filosofía del derecho —así Bobbio, por ejemplo—, y no faltan autores que la presentan como la única pregunta de la filosofía jurídica —tal es el caso de Radbruch y también de Kelsen, entendiéndola como teoría del derecho justo, como examen crítico acerca del derecho que debería ser, o que debería ser establecido, dejando de cargo de la política jurídica la señalización de los medios adecuados para conseguir que ese derecho ideal se transforme en un derecho real.

En consecuencia, alguien que como quien les habla enseña filosofía del derecho, no se siente fuera de terreno cuando le invitan a hablar, como hoy, acerca de la justicia y, en concreto, acerca de la justicia como medida del derecho, aunque no por ello voy a dejar de desconocer que se trata de un tema que, ligado al de las relaciones entre derecho y moral, constituye, como indica Ihering, “el Cabo de Hornos de la filosofía del derecho”, o sea, una zona no sólo turbulenta y plagada de escollos para el navegante, sino propicia también a las leyendas y, desde luego, a los más espectaculares naufragios.

Es por eso que me he ido con cuidado a la hora de adoptar un título para esta conferencia. Un cuidado que se muestra en la composición del título bajo la forma de una pregunta y en la cautela del enunciado mismo que se ofrece como interrogante: “¿Podemos decir algo acerca de la justicia?”. Con una advertencia adicional, a saber, que si la palabra “justicia” remite a la moral, mis explicaciones de hoy se situarán en el nivel de lo que suele llamarse “metaética” y no en el nivel de una ética normativa. Con lo cual, y siguiendo en esto la caracterización que Eduardo Barbarosch lleva a cabo de los asuntos metaéticos, voy a ocuparme más bien de cuestiones de significado, justificación y objetividad de nuestros juicios morales, los cuales, cuando están referidos al derecho, o, más precisamente, a los procesos de producción, interpretación y aplicación de éste, toman el nombre de juicios de justicia.

Pero antes de seguir, permítanme decir que si agradezco estar hoy aquí no es sólo por la pertinencia que el tema de este curso tiene para cualquiera que se ocupe de la filosofía del derecho. Lo es también porque Argentina, y especialmente la Facultad donde nos encontramos, tienen una larga y fecunda tradición en el campo de la filosofía jurídica,

algo que otros países de América Latina —Chile, sin ir más lejos— no pueden exhibir. Siempre digo en mi país que tenemos mucho que aprender de la filosofía del derecho argentina. Y si con algo he experimentado alegría académica en los últimos años ha sido con la instalación de las jornadas argentino-chilenas de filosofía del derecho y filosofía social, la primera de cuyas versiones tuvo lugar aquí, el año 2004, y la segunda en Santiago, en 2006. Apenas dos versiones de una actividad no son suficientes para declararla propiamente instalada, pero la idea es llegar a instalarla y ojalá transformarla en un tradición.

III

Según fue ya anticipado, lo que me propongo exponer ante ustedes se titula “¿Podemos decir algo acerca de la justicia?”. En cualquier caso, puedo anticipar que daré una respuesta afirmativa a dicha pregunta, de manera de no desalentar a quienes como ustedes se interesan en el problema de la justicia y de no jubilar anticipadamente a los que, como es mi propio caso, imparten la asignatura que se ocupa de dicho problema.

No cabe duda que podemos hablar acerca de la justicia. Mal que mal viene hablándose de ella desde hace unos 2500 años. La cuestión, sin embargo, es si podemos hablar con sentido de la justicia. Y claro que podemos hablar con sentido acerca de la justicia. Aristóteles habló con sentido acerca de la justicia. Rawls hizo otro tanto. Andre Comte-Sponville le dedica unas páginas llenas de sentido en su “Pequeño tratado de las grandes virtudes”. Y el propio Kelsen, no obstante su pesimismo, habló igualmente con sentido sobre la justicia, puesto que nadie podría decir que expresarse con pesimismo acerca de algo equivale a hablar sin sentido. El punto es hasta dónde podemos hablar con sentido de la justicia. Y en cuanto a Kelsen, como se recordará, al final de un librito que lleva el mismo título de este Curso, dejó establecido ese límite con bastante claridad: no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Debo, pues, darme por satisfecho con una justicia relativa y decir qué es para mí la justicia...

Lo que quiero señalar es, en primer lugar, que podemos hablar de justicia; seguidamente, que podemos hablar con sentido de la justicia; y, por último, que hay ciertos límites a la hora de hablar con sentido de la justicia —los límites de la razón, me imagino— más allá de los cuales podemos continuar hablando de justicia, aunque ya sin ningún sentido. Tal me parece que ocurre, por ejemplo, cuando se habla de justicia divina, es decir, de una justicia administrada por Dios o algún ser superior que lleve esa u otra denominación, puesto que, supuesto que exista un ser como ese, lo cierto es que no veo cómo podríamos adjudicarle una virtud humana, esto es, un hábito de bien, como es el caso de la justicia.

En efecto, cuando hablamos de justicia solemos hacerlo para referirnos a una virtud, a un hábito de bien que los individuos pueden o no poseer. Y si me detengo en la justicia como virtud es porque, según me parece, asistimos hoy a un auge de la ética y a un probable ocaso de las virtudes. Con lo cual quiero decir que todos hablan de ética, de éticas aplicadas incluso, de cómo hacer para que nuestras conductas puedan recibir aprobación desde un punto de vista moral no sólo de parte de nuestra propia conciencia, sino también de los demás, creyendo que este problema se resuelve adoptando o proclamando valores.

Ética del abogado, ética del juez, ética médica, ética periodística, ética empresarial, ética política: a eso me refiero con aquello de las éticas aplicadas, un fenómeno que no hay por qué mirar con desconfianza, aunque sí con ciertas prevenciones.

La primera de las cuales, que nos guardemos de la tentación de pretender moralizarlo todo, o sea, del impulso de creer que es la moral la que siempre tiene que decir la última palabra en cuanto concierne al comportamiento humano, olvidando que hay aspectos de éste que basta con que encuentren regulados por el derecho e, incluso, por las simples normas de cortesía. La moral no es lo mismo que el derecho y nadie en su sano juicio debería propiciar una confusión entre ambos órdenes normativos, o, peor, la sustitución de uno de ellos por el otro. Por lo demás, distinguir el derecho de la moral no equivale a separar aquél de ésta. Distinguir no es lo mismo que separar. Distinguir es una acción que tiene que ver con percibir y hacer patente la o las diferencias que hay entre una cosa y otra, mientras que separar es el acto que de manera deliberada pone distancia entre dos cosas.

La segunda prevención quiere alertar sobre el grado de auténtica sinceridad que habría en el auge de las éticas aplicadas. Digo esto porque de pronto uno tiene la impresión de que el auge de la ética aplicada podría ser en determinados campos —por ejemplo, la economía, la empresa, la política— apenas una cortina de humo con que los agentes de una profesión o actividad pretenden ocultar el juego sucio que continúa teniendo lugar tras bambalinas y que cuenta con su total aprobación.

Y la tercera tiene que ver con la relación que se establece hoy entre ética y valores antes que entre ética y virtudes. Lo cual digo porque a la hora de pronunciarnos sobre el talante moral de una persona, lo que debería contar no son los valores que ella declara, sino las virtudes que efectivamente practica. Y algo parecido tendría que ocurrir cada vez que quisiéramos establecer los indicadores de orden moral que caracterizan a una sociedad cualquiera. En ambos casos, la atención tendría que ser fijada no en lo que se proclama a propósito de los distintos asuntos morales que puedan estar en juego, sino en lo que realmente se hace a propósito de ellos. Resultaría en verdad sumamente cómodo y hasta engañoso que pretendiéramos ser juzgados en el terreno moral por los valores que decimos preferir y no por las virtudes que somos capaces de practicar.

La moral, tanto privada como pública, no es cuestión de presentarse simplemente a hacer algo así como una declaración jurada de la idea de bien que profesamos y de los valores que preferimos. La moral es bastante más exigente que eso y no queda satisfecha sino hasta el momento en que los individuos actúan y en el que se pueden ya sopesar las auténticas motivaciones y los reales efectos que se siguen de sus comportamientos emitidos y no meramente deseados o proyectados.

Por otra parte, situar los debates morales en los valores en que creemos antes que en las virtudes que practicamos favorece también la simplificadora división que acostumbra hacerse entre relativistas y no relativistas, una distinción muy habitual y con la cual lo que se persigue es privar de idoneidad moral a los primeros y certificar la suficiencia moral de los segundos. Más adelante vamos a volver sobre esta distinción, ampliándola a temperamentos morales distintos de los simplemente relativistas y no relativistas.

Que las virtudes sean disposiciones de hacer el bien significa que se trata de una condición interior de los sujetos, que, como tal, no debe ser confundida con los actos virtuosos que los sujetos ejecutan o llevan a cabo. En tal sentido, la virtud es “un principio de acto”, un acto si se quiere “rudimentario”, aunque “todavía no el acto en su plenitud”, una disposición para ejecutar actos virtuosos. En palabras de Comte-Sponville, la virtud es lo que “aconseja y excita” hacia las buenas acciones, aunque no las buenas acciones mismas. Esto quiere decir que el que posee una determinada virtud —la valentía, por ejemplo, o la justicia— no requiere estar ejecutando constantemente actos de justicia o de valentía, sino tan sólo que podemos esperar de él actos de ese tipo cuando las circunstancias lo reclamen.

Pero, a la vez, la virtud requiere completarse o traducirse en actos virtuosos, puesto que si bastare por sí sola, como advertía Aristóteles con alguna ironía, la vida moral perfecta sería la del virtuoso dormido. Lo que ocurre es que la virtud no es lo mismo que los actos virtuosos, sino el principio que da origen a estos actos, aunque, a la vez, ella precisa mostrarse, y hasta formarse, en la repetición de tales actos. En las olimpiadas —nos recuerda Aristóteles— no triunfan los que son más fuertes, sino los que luchan, los que compiten, lo cual quiere decir que no se declarará vencedor al más fuerte sino al que demuestra saber comportarse como tal. Si la virtud no es lo mismo que los actos virtuosos, se adquiere mediante éstos, tal como acontece con el citarista que llega a serlo tañendo la cítara. Del mismo modo, nos hacemos justos practicando actos de justicia, temperantes ejecutando actos de temperancia, y valientes llevando a cabo actos de valentía, aunque la justicia, la temperancia y la valentía así adquiridas consisten en la disposición que nos aconsejará e impulsará a nuevos actos de justicia, temperancia y valentía.

No es de extrañar, en consecuencia, que las virtudes sean algo así como las cumbres morales que tendríamos que alcanzar, lo cual exige ponerse en marcha hacia ellas e ir ejercitándose en las mismas a medida que hacemos el camino de subida, porque comportándonos como nos comportaríamos una vez llegados a la cumbre es la manera que tenemos de llegar finalmente a ésta, o de aproximarnos lo más posible.

Algunas de esas cumbres, identificadas desde antiguo como virtudes, son la justicia, la temperancia, la valentía, la mansedumbre, la magnanimidad. Pero también se cuentan entre las virtudes algunas que podríamos considerar modernas, tales como la tolerancia, la compasión, e incluso el humor, especialmente el humor a costa no de los demás, sino de uno mismo, porque —como dice Comte-Sponville— “hay algo sospechoso e inquietante en el exceso de seriedad”, y porque el humor, cuando sonrío acerca incluso de lo que se ama, lo ama más y mejor, con mayor ingenio y libertad.

Con relación a la justicia entendida siempre como virtud, es preciso considerar en qué acciones consiste ella —según propone Aristóteles— y entre cuáles extremos es ella el término medio, establecido que para ese filósofo la virtud, cualquiera que ella sea, es siempre un término medio entre dos excesos reprobables, como lo es la valentía, por ejemplo, entre la temeridad y la cobardía. La justicia, en consecuencia, es también una posición intermedia, concretamente entre cometer injusticia y sufrirla. A propósito de lo cual hallamos la exigentísima fórmula socrática de que es preferible padecer injusticia que infligirla. Algo así como la propuesta de ofrecer la otra mejilla cuando te han golpeado en una de ellas.

Pero no es del caso detenernos mucho más en la justicia como virtud, sino —como anticipamos en su momento— hacerlo ahora como medida, como criterio o medida para evaluar los procesos de producción, interpretación y aplicación del derecho, así como las decisiones normativas que resultan de tales procesos.

Debo admitir que por largo tiempo di crédito a la afirmación de Wittgenstein acerca de que sobre las cosas que no se puede hablar más vale la pena callar. Por largo tiempo —digo—, hasta que caí en cuenta que se trata de una afirmación autoritaria, puesto que uno puede hablar sobre lo que le dé la gana. Ya sé que uno puede hablar sobre lo que quiera y que otra cosa es hablar con sentido. Pero para llegar a hablar con sentido a veces puede ser inevitable empezar a hacerlo sin mucho sentido, como quien dice a tientas. Sin perjuicio de que una aseveración como la del notable filósofo austriaco sugiere, erróneamente, que alguien sabe con seguridad cuáles son las cosas acerca de las cuales no podríamos hablar.

Admito, sin embargo, que “justicia” pudiera ser de aquellas grandes palabras sobre las que no podamos hablar, aunque, y de acuerdo con lo dicho antes, más que certificar un impedimento como ése, de lo que se trata es de hablar sobre la justicia hasta donde sea razonablemente posible. Como saben quienes trabajan en el campo de esa filosofía regional o especializada que es la filosofía del derecho, Alf Ross, el notable iusfilósofo escandinavo, decía que hablar de justicia —normativamente, se entiende— equivale a dar un golpe sobre la mesa. Una imagen algo brusca, desde luego, pero con la que quiso significar que la justicia es un ideal irracional, esto es, que no disponemos de manera racional posible para probar el mayor valor de verdad de un ideal de justicia cualquiera sobre los restantes que compiten con él en las preferencias de las personas. Una imagen, por otra parte, que suelo aprovechar cuando alguno de mis colegas, o acaso algún político interesado a preservar un estado de cosas cualquiera, invocan el derecho natural y pretenden con ello acabar con la discusión que pueda estar llevándose a cabo sobre un tema determinado, por ejemplo, el divorcio, la despenalización del aborto, los anticonceptivos de emergencia o la autorización de la eutanasia.

Al decir “Esto es justo”, o “Esto no lo es”, como hacemos, por ejemplo, cuando sostenemos que la propiedad privada es una institución justa, a que lo es su contraria, la propiedad de tipo colectivo, lo que haríamos realmente equivaldría a dar un golpe sobre la mesa, destinado a zanjar de ese modo una discusión que no puede ser resuelta por medios racionales. Lo que las personas tenemos por justo o injusto, como también lo vio Kelsen, contemporáneo de Ross, no representa otra cosa que nuestras creencias subjetivas, acaso sólo nuestras preferencias e, incluso, únicamente nuestros intereses, seamos o no conscientes de ello, y, en caso de serlo, lo admitamos o no en nuestros diálogos y discusiones con los demás. Kelsen, por ejemplo, sea que se comparta o no su escepticismo moral, fue bastante leal cuando admitió que sólo podía decir qué era para él la justicia, y señaló a reglón seguido que, siendo su vocación la ciencia y, por consiguiente, lo más importante de su vida, su idea de la justicia estaba ligada a valores, formas de gobierno y fines bajo cuya protección la ciencia, y con ella la verdad y la sinceridad, pueden florecer, a saber, la paz, la democracia y la tolerancia

No es de extrañar, en consecuencia, que ambos autores hayan escrito sendas obras acerca de la democracia como forma de gobierno, en las que no sólo la describen o tipifican como tal, sino que dan razones para preferirla a otras formas de gobierno. Mucho más explícito que Ross en este sentido, Kelsen sostiene que al no poder decidir racionalmente sobre ideales de justicia en pugna —por ejemplo, los que se expresan en dos o más programas de gobierno que quieren conseguir respaldo ciudadano—, la democracia permite que todos los ideales o programas puedan concurrir y debatir entre sí de cara a los ciudadanos, de manera que al final sea la mayoría quien decida cuál de ellos podrá ser legítimamente implementado desde el gobierno.

Aún así, es decir, aun cuando “justicia” pueda no ser más que la palabra con la que significamos nuestras creencias, preferencias e incluso intereses, algo, no se cuánto, pero algo, podemos hablar acerca de la justicia, incluso normativamente. Por ejemplo, yo me atrevería a hablar de justicia, normativamente, a propósito del desafío que consiste en balancear libertad e igualdad, sin que ninguno de esos valores tenga que ser sacrificado en nombre del otro. Con igualdad, por cierto, no me refiero en este caso a la igualdad jurídica ni política de las personas, sino a la igualdad en las condiciones materiales de vida de la gente. Mejor aún, me refiero a una cierta igualdad en dichas condiciones de vida, a la mínima que se necesita también para que la libertad tenga sentido. Y lo digo de esta manera, puesto que la titularidad y ejercicio de las libertades —de la libertad de pensar, de expresarse, de reunirse, de asociarse, de emprender— carecen de mayor sentido para personas que viven en condiciones de pobreza extrema o de indigencia. En otras palabras, ¿qué sentido pueden tener tales libertades para quien no come tres veces al día? Nuestras sociedades capitalistas se parecen bastante a un trasatlántico donde unos pocos viajan cómodamente instalados en camarotes de lujo, mientras la mayoría tiende sus mantas como puede sobre la cubierta o en bodegas, sin olvidar a los que nadan alrededor de la nave y tratan de subir a ésta. Pues bien: ¿qué sentido pueden tener las libertades para quienes nadan y tratan desesperadamente de subir a la embarcación? En consecuencia, son necesarias sociedades más igualitarias desde el punto de vista de las condiciones de vida no sólo en nombre de la igualdad, sino en nombre también de la propia libertad.

Voy a analizar ahora el tema de la justicia en la perspectiva en que solemos hablar de ella quienes trabajamos con el derecho. Esa perspectiva es la de un marco o criterio, de tipo sustantivo, a partir del cual puedan ser evaluadas, en cuanto a su justicia, las decisiones normativas que adoptan o proyectan adoptar quienes están facultados para producir derecho en el interior de la comunidad jurídica cualquiera, en especial legisladores, autoridades administrativas y jueces. En otras palabras, es de la constitución que nos rige, de las leyes, de las resoluciones administrativas y de las sentencias judiciales que los juristas acostumbramos preguntarnos si acaso son justas o injustas, para lo cual tenemos que disponer de algún criterio previo sobre el particular.

En primer lugar, diré que la justicia, entendida como el acto del hombre que inquiere por un criterio superior que establezca con cierta nitidez y exactitud aquello que debe ser en relación con lo que son o pueden ser los derechos positivos dotados de realidad histórica, es, como no cabe duda, una de las cuestiones que más frecuentemente —y, aún, apasionadamente— ha preocupado y preocupa a los juristas de los tiempos y de los sitios más diversos. Ello es producto del hecho incontestable de que el hombre, junto a su facultad de conocer, cuenta también con una determinada aptitud para valorar, la que lo insta y conduce a una incesante formulación de apreciaciones estimativas acerca de los objetos y fenómenos que lo rodean.

El hombre conoce y, a la vez, quiere. Quizá quiere, o llega a querer, precisamente porque conoce, o bien, por la inversa, conoce porque es capaz de querer las cosas de un modo distinto de cómo éstas son; sin embargo, de lo que no cabe duda es que el hombre no siempre quiere las cosas del modo en que las conoce.

Todo hombre, por naturaleza, apetece saber —dice Aristóteles—, y añade, por su parte, Zubiri, que la conciencia del hombre no es sólo conciencia cognoscente, es también conciencia moral.

El derecho positivo, entendido como una específica normatividad reguladora de la conducta social del hombre, es, con preferencia a otros, uno de aquellos fenómenos propios de la existencia humana que los hombres no se reducen meramente a conocer —para saber así qué espera de ellos esta normatividad y cuáles serán las consecuencias desfavorables que se seguirán en caso de no acomodarse a ella—, sino que, además,

se trata de un fenómeno que, por su alto grado de imbricación en la vida de todos los individuos, resulta permanentemente enjuiciado o valorado por éstos a la luz de determinados criterios o ideas acerca de lo que cada cual entiende como lo debido o lo que debe ser. El derecho, con ser creación humana, es de aquellas que menos indolencia provocan en los individuos, especialmente porque éstos se encuentran advertidos acerca del carácter coercible de sus normas y de la consiguiente posibilidad de verse privados de ciertos bienes deseables —como la vida, la libertad, el patrimonio y el honor— en caso de no ordenar su conducta a las exigencias de comportamiento que esas mismas normas y otros estándares jurídicos les dirigen.

Esta apreciación estimativa del derecho positivo la realiza todo hombre y, por lo mismo, también los juristas, aun cuando éstos suelen confinarse a una función de mero conocimiento y exposición acrílicas de un determinado derecho vigente. En verdad, la identificación y descripción comprensivas que llevan a cabo los juristas de un determinado ordenamiento jurídico positivo, no presuponen necesariamente, por parte de esos mismos juristas, ni aprobación del ordenamiento jurídico de que se trate ni, tampoco, adhesión política a la autoridad que lo ha instituido como tal. Por lo mismo, todo jurista puede pronunciarse moralmente acerca de los contenidos prescriptivos que ha identificado y descrito como pertenecientes a un ordenamiento jurídico dado, como también oponerse políticamente a la autoridad que se encuentre en el origen de este ordenamiento.

Hay, pues, mucha razón en el tipo de argumentación propuesto por von Wright en su conferencia inaugural del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, realizado en Helsinki en 1983, en el sentido de que el positivismo jurídico está en lo cierto cuando sostiene que el derecho no es lo mismo que la moral, lo cual se aprecia, por ejemplo, en la función que cabe asignar a ésta como modelo para enjuiciar la corrección de aquél, aunque no lo está, sin embargo, cuando, en nombre de la pureza del derecho, el positivismo insiste en eliminar toda consideración de orden moral acerca del derecho legislado y de su interpretación por los juristas.

La neutralidad valorativa con que el jurista debe proceder ante su objeto de estudio —el derecho positivo— tiene así, únicamente, el

sentido de atenerse a lo dado o puesto como derecho que para él tiene su trabajo de verificar y dar cuenta de un ordenamiento jurídico, pero no puede entenderse que ella alcanza, de modo alguno, a las posibilidades de crítica moral y política del derecho y de las autoridades u órganos encargados de dictarlo. Así, vedar al jurista estas posibilidades constituye, cuando menos, una extensión indebida del postulado de la neutralidad valorativa, pero esa prohibición puede también enmascarar, en lo más, un interés no siempre confesado: el de hacer desaparecer a los juristas como instancia de crítica moral y política del derecho positivo y de la autoridad encargada de dictarlo, precisamente, con el propósito de inmovilizar un determinado ordenamiento jurídico y de preservar el poder de la correspondiente autoridad. La neutralidad valorativa, que tiene un alcance puramente metodológico, no importa entonces abdicación valorativa.

Así, entonces, y como ocurre con toda ordenación de la conducta, el derecho restringe la libertad y confina a los individuos a conducirse únicamente dentro de la zona de lo lícito y de lo permitido. Por lo mismo, para nadie puede resultar indiferente cuáles son en un momento y lugar dados los específicos contenidos prescriptivos de un determinado ordenamiento jurídico positivo con realidad histórica, puesto que, según lo que ha sido dicho, la limitación de la libertad y la amenaza de sanciones coactivas, constituyen, respectivamente, la temperación de un instinto primario del hombre, a saber, no recibir órdenes más que de sí mismo, y, a la par, una cierta especie de agravio para éste: la que trae consigo toda advertencia o conminación.

Ahora bien, si el derecho positivo, con sus diversos y cambiantes contenidos prescriptivos, conduce a la búsqueda y fijación de un criterio de justicia por referencia al cual ese mismo derecho pueda ser luego calificado de justo o injusto, lo cierto es que, por lo mismo, el hallazgo del tal criterio, en cuanto posea o se encuentre dotado de un determinado contenido, permite la emisión de los correspondientes juicios de justicia, entendiendo por éstos aquellos que, enunciados sobre la base de un determinado ideal de justicia, califican de justa o injusta la actividad de las personas u órganos encargados de la producción jurídica, a la vez que el contenido de las normas u otros estándares que resultan de esta misma producción.

Cabe señalar, por lo mismo, que los juicios de justicia son posible sobre la base de tres supuestos, a saber, primero que exista un determinado derecho positivo con realidad histórica al que se tratará de evaluar en su justicia o injusticia; segundo, que exista un determinado criterio o ideal de justicia, por referencia al cual ese mismo derecho positivo puede ser finalmente calificado de justo o injusto; y, tercero, que exista un sujeto interesado en llevar a cabo la confrontación entre el ideal de justicia y el derecho positivo, a fin de verificar el grado en que éste realiza dicho ideal.

De estos tres supuestos necesarios para que puedan tener lugar los juicios de justicia, no cabe duda de que el más problemático resulta ser el segundo de ellos, o sea, el que dice relación con la existencia de un criterio de justicia que permita llevar a cabo esa evaluación positiva o negativa a que esta clase de juicios puede ser finalmente reducida.

En efecto, el derecho positivo —primer supuesto para la formulación de los juicios de justicia— es siempre un dato que se puede verificar de manera objetiva, establecido que todo grupo humano reconoce alguna forma de ordenación jurídica y que ésta, más allá de las divergencias que puedan naturalmente surgir acerca de su sentido y alcance, es invariablemente puesta por alguna autoridad o consenso y posee siempre un determinado contenido que se reparte, por así decirlo, entre los diversos continentes de normas o fuentes formales del derecho. Por lo mismo, siempre será relativamente posible esclarecer qué es y qué no es derecho positivo en un momento y lugar dados. Las normas jurídicas y otros estándares del derecho constituyen prescripciones de deber ser, como no cabe duda, pero no por ello dejan de ser algo, de constituir un determinado *factum* al que el hombre puede aproximarse con fines de conocimiento y de valoración.

Lo mismo, siempre habrá uno o más sujetos interesados en evaluar críticamente la actividad creadora de derecho y el contenido de éste, puesto que esa actividad y este contenido caen necesariamente dentro de una esfera de intereses próximos y vitales para todo individuo mínimamente consciente de su propia persona y de su situación dentro de la sociedad.

¿Pero qué decir, en cambio, del criterio o ideal de justicia que, en lo sustantivo que éste tiene, es el que, a fin de cuentas, permite al sujeto,

por vía de la comparación o cotejo con el derecho positivo, concluir que éste realiza o no, y en qué grado, el contenido de ese mismo ideal?

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

La historia de las ideas jurídicas, políticas y morales enseña que los hombres han forjado siempre ideales de justicia, ya sea que se los presente bajo esta misma y estricta denominación, o bien como programas de gobierno, exhortaciones para la acción pública o demandas para la reforma o la sustitución de un determinado derecho.

Esa misma historia muestra, también, que los hombres han elaborado no sólo uno, sino múltiples ideales de justicia.

Igualmente, es posible advertir que a la multiplicidad de ideales de justicia se añade la diversidad de éstos, en cuanto sus contenidos no son siempre similares y resultan, a menudo, contrapuestos entre sí, como cuando se dice, por ejemplo, que el aborto es justo en determinadas hipótesis, o que no lo es en caso alguno; o que la propiedad privada de los medios de producción es una institución justa, o que lo es, en cambio, el régimen de propiedad colectiva de tales medios; o que la pena de muerte es justa frente a determinados delitos, o que no lo es en absoluto.

Ahora bien, de la existencia, multiplicidad y, sobre todo, de la diversidad de los criterios que acerca de lo justo han sido ideados históricamente, resulta un problema que puede ser estimado fundamental en relación con la naturaleza y verificabilidad de los juicios de justicia, a saber, el de si es o no posible fundar racionalmente la verdad o preeminencia de uno determinado de esos criterios de justicia por sobre los restantes.

Una opinión, de la que puede ser fiel exponente el jurista italiano Giorgio del Vecchio, se inclinará por la respuesta afirmativa, y admitirá, en consecuencia, que es posible a la razón trazar un ideal de justicia que permita valorar el derecho positivo; otra, en cambio, de la que Kelsen puede ser el arquetipo, sostendrá precisamente lo contrario, negando la posibilidad de una demostración o argumentación racionales que conduzcan a la identificación de un determinado criterio como el mejor o el verdadero. Para Kelsen, como es sabido, tras la formulación de los distintos ideales de lo que es justo se esconden nada más que los intereses o, cuando menos, la simple subjetividad del sujeto que lleva a cabo esa formulación.

Por lo mismo, y de acuerdo con el punto de vista antes señalado, Del Vecchio considerará a la filosofía del derecho como la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón.

Por su parte, Kelsen, situado en la trinchera opuesta, confesará, en una pequeña obra dedicada al tema de la justicia, según ya dijimos, que en verdad "no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo, pues, darme por satisfecho con una justicia relativa y decir qué es para mí la justicia".

Este mismo antagonismo es iluminado por otro jurista contemporáneo —Hart— cuando afirma que los que piensan que es posible a la razón humana acceder a ciertos criterios seguros acerca de lo que debe ser, dicen a los segundos, o sea, a los que niegan esa posibilidad, "Ustedes son ciegos", mientras que éstos, por su parte, replican, con no menos énfasis, "Ustedes están soñando".

Adviertan ustedes que este problema —el de la posibilidad de una opción racional entre los diversos criterios en pugna— se agrava aún más si se piensa que para no pocos la función específica del ideal de justicia trazado por la razón no se reduce a de servir como un mero paradigma o modelo a partir del cual se pueden enjuiciar críticamente los contenidos del derecho positivo y la actividad de los órganos o autoridades encargadas de su producción, sino que, mucho más allá de todo eso, tal función se eleva a la de una fundamentación de la validez del derecho positivo, de donde se sigue que éste alcanzaría el carácter de tal, con consiguiente pretensión de obligatoriedad, únicamente en el caso de que sus contenidos estuvieran en consonancia con la materialidad de determinado criterio de justicia escogido para ese efecto. En el caso de la primera de estas dos funciones, el derecho positivo se instituirá como tal con independencia del criterio de justicia con que luego es evaluado, de modo que la operación estimativa puede arrojar tanto la conclusión de que el derecho investigado es justo como injusto, sin que pierda su carácter de tal —de derecho positivo— en el evento de estimárselo injusto. Por la inversa, en el caso de la segunda de tales funciones, y como consecuencia de presentar el criterio de lo justo como el fundamento de validez del derecho positivo, éste no podría existir

sino en armonía con dicho criterio, de donde resultaría la redundancia de la afirmación "Este derecho positivo es justo" y la contradicción lógica de la que dijere "Este derecho positivo es injusto". Por lo mismo, en el primero de los casos mencionados, el criterio de justicia desempeña una función valorativa, mientras que en el segundo tal función es de tipo ontológico.

IV

Se produce aquí el dilema entre ciegos y soñadores, según la acertada imagen de Hart. Mientras los segundos califican de ciegos a quienes no creen en la posibilidad de demostrar racionalmente que un determinado ideal de justicia es el mejor o el verdadero, puesto que no serían capaces de ver la luz; los primeros replican que los que sí creen en dicha posibilidad estarían soñando. Personalmente, no tengo ningún problema en alistarme del lado de los ciegos, aunque con la siguiente salvedad: creer que no es posible en uso de la razón fundar el mayor valor de verdad de una determinada concepción de la justicia sobre las demás, incluida la propia, no equivale a carecer de una concepción de la justicia, ni a una renuncia a argumentar de algún modo a favor de la que se tenga, ni a darle a ésta el mismo valor que otorgamos a las que se le oponen. En este sentido, el relativismo —si quiere llamárselo así— no es lo mismo que indiferencia y ni siquiera que escepticismo moral. Sabiéndose falibles en sus creencias de orden moral, los ciegos son personas más cuidadosas. Avanzan despacio, a tientas, ayudándose de un bastón con el que examinan cada palmo del terreno, y no tienen ningún inconveniente en apoyarse también en el brazo del prójimo que les ofrece ayuda al momento de tener que aventurarse por las peligrosas avenidas de las opciones y decisiones morales. En este sentido, los ciegos son seres simpáticos y ciertamente menos peligrosos que los soñadores, quienes circulan por esas avenidas con gran seguridad y algo ofuscados por el hecho de que otros no vean la luz que ellos ven, o creen ver. Aunque lo peor son ciertamente los fanáticos, esa clase de soñadores que busca a los demás no para convertirlos a sus ideas ni para reprocharles que no las compartan, sino para eliminarlos.

Tengo que decir que en diferentes textos me he valido de la siguiente taxonomía de los temperamentos morales, y no me resisto a compartirla aquí con ustedes.

En primer lugar están los *indiferentes*, es decir, aquellos que frente a un asunto moral relevante —por ejemplo, debe o no existir la pena de muerte, o debe o no despenalizarse el aborto— se encogen de hombros y dicen que les da lo mismo tanto lo uno como lo otro.

Siguen luego los *desinteresados*, que se parecen bastante a los indiferentes, aunque afirman algo distinto: no dicen que les da lo mismo cualquiera de las alternativas en juego, sino que el problema moral involucrado carece de mayor interés para ellos.

A continuación vienen los *desinformados*, que son quienes, teniendo interés en el problema moral de que se trata y no dándoles en principio lo mismo la decisión que pueda adoptarse al respecto, reconocen hallarse necesitados de mayor información antes de formarse y emitir un juicio al respecto. Así, por ejemplo, desinformado sería aquel que ante la pregunta de si es moral o no la práctica de congelar espermatozoides, óvulos y embriones, pide que se le explique en qué consisten tales prácticas, quiénes las llevan a cabo, a requerimiento de cuáles personas, para qué finalidades, etc., como también aquel que, ~~preguntado por~~ la moralidad de utilizar anticonceptivos de emergencia, pide que se le informe acerca del carácter abortivo o no que éste puede tener. Por tanto, la desinformación no es propiamente un temperamento moral, sino una condición en la que un sujeto puede hallarse frente a un determinado asunto o materia en discusión. Por lo demás, y ante el avance de la ciencia y la multiplicación de sus aplicaciones prácticas, es cada vez más frecuente que precisemos información antes de emitir un pronunciamiento sobre cuestiones morales especialmente complejas.

Luego vienen los *neutrales*, esto es, los que se interesan por el asunto moral de que se trate y tienen incluso un juicio formado sobre el particular, pero que, por alguna razón, prefieren no dar a conocer ese juicio, como sería el caso de un profesor de derecho penal que tiene un determinado parecer acerca de la procedencia o no de la pena de muerte en ciertos casos, pero que, preguntado sobre el particular en medio de una clase por sus alumnos, prefiere callar para facilitar de ese modo una discusión más abierta entre los propios estudiantes. Definidos de

esa manera, los neutrales tampoco encarnan un temperamento moral, puesto que se trata de una postura transitoria adoptada por motivos estratégicos.

Aparecen enseguida los *relativistas*, que serían aquellos a quienes no da lo mismo la disyuntiva moral de que se trate, que están además interesados en ella, que consiguen incluso formarse y a la vez emitir un juicio moral acerca de lo que se encuentra en discusión, pero que consideran que todos los juicios morales que puedan pronunciarse al respecto por distintas personas, y por contradictorios que sean entre sí, tienen igual justificación y, en consecuencia, ninguno de tales juicios, ni siquiera el propio, puede resultar preferible, desde un punto de vista racional, a los restantes que se le opongan.

Distinto me parece a mí el caso de los *escépticos*: éstos, si bien tienen las mismas características que fueron recién señaladas para los relativistas, se diferencian de ellos en el hecho de que prefieren su propio juicio moral al de los demás que pueda oponérseles y están dispuestos a ofrecer algún tipo de argumentación a favor del juicio que tienen, aunque admiten que ni ellos ni nadie cuenta en último término con métodos propiamente racionales y concluyentes que permitan probar con certeza el mayor valor de verdad de uno cualquiera de los distintos juicios morales que puedan encontrarse en conflicto en un caso dado.

A continuación pueden ser identificados los *falibles*: personas con convicciones fuertes en el terreno moral y que, a diferencia de los escépticos, consideran posible demostrar racionalmente la corrección o mayor valor de verdad de las que profesan, pero que, a la vez, reconocen su propia falibilidad, esto es, admiten la posibilidad de estar equivocados y, por lo mismo, aceptan oír los argumentos que puedan darles personas que piensen distinto acerca del asunto moral en discusión. O sea, se trata de personas que practican no sólo una tolerancia *pasiva*, de mera resignación ante opiniones o posiciones morales que no comparten y las cuales rechazan, sino una de tipo *activo*, puesto que, consciente y deliberadamente, entran en diálogo con quienes piensan de modo diferente, exponen razones a favor de su posición, escuchan y pesan las razones que sus oponentes puedan también darles, y se muestran dispuestos tanto a convencer a los demás como a dejarse convencer por éstos.

Los *absolutistas*, en cambio, están en principio en la misma posición que los falibles, aunque con una diferencia importante: no admiten la posibilidad de estar equivocados en lo que concierne a sus convicciones de orden moral, y si se muestran interesados en acercarse a quienes piensan distinto no es para aprender eventualmente de esas otras personas, sino para convertirlas. Así las cosas, todo lo más que practica un absolutista es esa tolerancia pasiva que mencionamos a propósito de los falibles.

El último tipo es el de los *fanáticos*, que son iguales a los absolutistas, aunque con una característica diferenciadora espeluznante: buscan a los que piensan distinto no para convertirlos, sino para eliminarlos.

Vea usted cuáles de esos temperamentos morales le parecen reprobables, aunque en mi parecer sólo lo son los indiferentes y los fanáticos. Vea también con cuál de esos temperamentos morales usted se identifica, aunque la verdad es que ninguna persona responde probablemente a una sola de tales categorías, sino que, según la índole e importancia de los asuntos morales que se discuten, se desplace entre una y otra de las posiciones que aquí fueron identificadas. O sea, es perfectamente posible que ante determinadas cuestiones morales nos comportemos como escépticos, mientras que frente a otras lo hagamos como falibles y aun como absolutistas. Y relativo a los extremos que representan fanáticos por un lado e indiferentes por otro, no me resisto a la ya clásica cita de Bobbio: del hecho de que las convicciones últimas de cada persona son irreductibles —dijo el maestro de Torino— he sacado la lección más importante de mi vida. He aprendido a respetar las creencias ajenas, a detenerme ante el secreto de cada conciencia, a escuchar antes de discutir y a discutir antes de condenar. Y como estoy en plan de confesiones —remató— déjenme decirles que detesto a los fanáticos con toda mi alma.

En su síntesis, en materias de índole moral tendríamos que ser no brújulas, sino radares. O sea, deberíamos tomar conciencia de que es posible señalar un rumbo, más no determinar la exacta posición de nuestro objetivo.

V

Cuentan que Joan Robinson, una profesora de filosofía de Cambridge, dijo cierta vez a sus alumnos que a quienes nos dedicamos a la enseñanza universitaria nos gustaría probar que nos ganamos la vida honestamente, aunque con frecuencia tenemos dudas sobre el particular.

Ganarse la vida honestamente, según imagino, no significa sólo presentarse a dar las clases, sino hacer algo de provecho con nuestros estudiantes, enseñarles algo, hacerles entrar en dudas —como dice Savater de la filosofía—, más no para dejarlos abandonados en un mar de dudas. Algo tendríamos que ser capaces de enseñar —digo yo, incluso tratándose de un tema como la justicia, evitando la tentación de refugiarnos, ya por enésima vez, en la frase de Marx que certifica que todo lo sólido se desvanece en el aire, y evitando, asimismo, la tentación de sumarnos sin más al coro fúnebre de una época —la posmodernidad— que ni siquiera es capaz de encontrar para sí un nombre propio que diga algo más que indicar el momento en que sobreviene, y que, como sabemos, se limita a proclamar el fin de todo: fin de la historia, fin del hombre, muerte de Dios, fin de la razón, muerte de las ideologías, fin de la ilustración, término de las certidumbres, fin de la modernidad, fin de las utopías, fin de las nostalgias, fin de la filosofía y —por qué no— fin de la filosofía del derecho.

Son demasiados fines, digo yo. Demasiadas muertes. Demasiados cortejos que siguen a un buen número de urnas que no sabemos bien lo que contiene cada una y si acaso quienes son trasladados en ellas están realmente muertos o únicamente fríos o son víctimas de un ataque de catalepsia probablemente inducido.

La filosofía general y, según creo, también la del derecho, pueden ayudarnos a conservar el sentido de la complejidad de las cosas, a antagonizar con el sentido común, a poner en tensión la inteligencia, al modo de un cable de acero que yacía flácido en el suelo y que de pronto tomamos y estiramos desde ambos extremos, haciéndolo vibrar entre las manos. La filosofía general y la del derecho deben cuando menos asegurar la supervivencia de una comunidad de hombres y mujeres dubitativos que concurren al espacio público no para enrostrar

a los demás que nada saben, sino para recordarles que nada de lo que vemos es tan simple como parece. Jonathan Franzen, el novelista norteamericano, adjudica un papel parecido a la literatura. En tal sentido, tanto la filosofía como la literatura no tendrían nada propiamente que cambiar, sino algo que preservar. Preservar, ante todo, una comunidad de lectores y escritores que se reconocen mutuamente en que nada del mundo les parece simple y que proclaman como insuficientes la comprensión y las prioridades que gobiernan nuestra vida cotidiana.

Todo lo cual me recuerda páginas de "El telón", el excelente ensayo de Milan Kundera, acerca de que cuanto más se observa una realidad cualquiera, más se entiende que no responde a la idea que todo el mundo se hace de ella. La novela, entonces, la filosofía acaso, podrían ser los últimos observatorios desde donde resulta posible abarcar la vida humana como un todo y comprender el sentido de su derrota y, a la par, el valor de los sentimientos modestos.

Sé que estoy llenando esta conferencia de nombres, de referencias, pero recuerden que los ciegos, entre otras conductas, observan la de quedarse quietos al momento de querer cruzar una calle, en espera de hacerlo protegidos por el tropel humano que sí puede ver los cambios de luz del semáforo que tienen enfrente.

Como ustedes saben, Francis Fukuyama se ha vuelto casi un especialista en ese tipo de defunciones a que aludí hace un instante. Ha declarado nada menos que el fin de la historia y el fin del hombre en dos de sus libros más importantes. Pero si se trata de un pensador apresurado, también lo es de aquellos que saben echar pie atrás a tiempo —lo cual puede ser una virtud intelectual estimable— como lo hizo en cierto modo a propósito de sus tesis del fin de la historia y como acaba de hacerlo ahora al renegar del neoconservadurismo que lo llevó, hasta hace muy poco, a entusiasmarse con la fe en que el poder de los Estados Unidos podía usarse con fines morales en el campo internacional y a agudizar el escepticismo acerca de la capacidad del derecho y las instituciones internacionales para resolver problemas de seguridad y otros a escala planetaria. Así, en su reciente libro "América en la encrucijada", luego de reconocer el fracaso militar, político y moral de la administración Bush en Irak —aunque no lo diga exactamente con

tan sinceras palabras—, el autor propicia hoy "un modo diferente para que estados Unidos se relacione con el mundo", un tipo diferente de política exterior estadounidense, porque —dice él, tímidamente— "resulta muy dudoso que la historia juzgue la guerra de Irak con benevolencia", de manera que en la actual coyuntura ese país tendría que olvidarse de ejercer su poder por medio de la fuerza, sobre todo de la fuerza preventiva y, desde luego, de la meramente anticipatoria, y optar por poner ese poder al servicio de la configuración de las instituciones internacionales, puesto que lo que tenemos post Irak, además de 16.000 muertos sólo en 2006 —de los cuales 12 mil era civiles— es "un déficit de instituciones internacionales viables", aunque —reconoce— "es improbable que llegemos a crear nunca instituciones globales democráticas", todo lo contrario de lo que se oyó decir a Habermas, a Ferrajoli, a David Held, en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social que tuvo lugar el año 2005 en Granada, el cual trató, precisamente, del derecho y la justicia en una sociedad global.

¿Qué perdió a Bush en Irak y con él a Tony Blair, hoy convertido al catolicismo? ¿Avidez, falta de principios, rigidez, ignorancia del terreno que estaba pisando (y, sobre todo, de aquel que iban a pisar sus soldados), imprudencia, excesiva e injustificable confianza en sí mismo? Fukuyama, para sorpresa del lector de "América en la encrucijada" que ha seguido a lo largo de este libro toda la argumentación arrepentida del autor, no descarta que todo haya sido al fin una cuestión de suerte. Simplemente, Bush habría sacado "un dos en vez de un siete o un once al lanzar los dados", una explicación que resulta demasiado frívola colocada sólo unas cuantas líneas después de que el analista se hubiere preguntado, él mismo, si establecido que en un contexto nacional el poder total corrompe totalmente, ¿por qué no habría de ocurrir lo mismo para quien ejerza un poder total a escala internacional?

Pero fíjense ustedes: lo que más me gusta de "El fin de la historia y el último hombre" es la manera cómo el autor relativiza su tesis en las páginas finales de la obra. Todos sabemos que el fin de la historia no es el fin de los humanos acontecimientos ni tampoco el estudio y la comprensión de éstos por nuestros hermanos historiadores. Es sólo el fin de de las ideologías, o, mejor aun, el fin de la lucha entre diferentes

ideologías, al haber quedado una de ellas —la democracia liberal más la economía de mercado— dueña de todo el campo y sin que ningún modelo alternativo parezca tener hoy posibilidades reales de ser aceptado y aplicado a una escala mundial relevante.

La imagen que yo rescato de las páginas finales de aquel libro muestra a unas carretas que avanzan en caravana —unas detrás de otras, unas más cerca de la meta y otras más lejos— hacia la ciudad prometida de la democracia y la economía libre, aunque no podamos saber con certeza si los ocupantes de las carretas, una vez llegados a esa tierra prometida, y “después de echar una ojeada al nuevo paisaje, no lo encontrarán de su gusto y posarán la mirada en otro viaje nuevo y más distante”. Este toque final de incertidumbre hacia su propia tesis no se expresa de parte del autor en un llamado a los ocupantes de las carretas para que abandonen hoy la caravana en que marchan y busquen desde ya una nueva ruta, un nuevo destino. Se trata, más bien, de un llamado a mantenerse en fila, aunque sabiendo que por las noches, cuando los viajeros pongan sus caballos a descansar y se sienten junto al fuego, se oirán salir de sus labios nuevas historias, distintas de las que vienen contándoles los ocupantes de la primera de las carretas, es decir, los que están al mando, los que marcan el rumbo de la caravana.

En otras palabras, me pregunto si la filosofía del derecho no podría colaborar a urdir nuevas historias que puedan ser escuchadas por una humanidad que si bien es cierto marcha ya en una dirección, conserva todavía, según quiero creer, la capacidad de detenerse un instante a pensar y a dialogar sobre el destino que lleva en este momento. A una función como esa de la filosofía del derecho se refiere Ronald Dworkin en su libro “El imperio de la justicia”. Allí, bajo el título de “Los sueños del derecho”, sostiene que los filósofos del derecho serían “novelistas en cadena con epopeyas en la mente, que imaginan que su trabajo despliega a través de volúmenes que pueden tardar generaciones en ser escritos. En ese sentido, cada uno de sus sueños ya está latente en el derecho actual; cada sueño podría ser el futuro del derecho. Pero los sueños son competitivos, las visiones son distintas y tenemos que hacer elecciones”. Elecciones que, por supuesto, no corresponden a los filósofos del derecho, sino a “los hombres de Estado en altos cargos judiciales y legislativos”.

Hallar nuestro lugar junto a la hoguera: tal sería lo que filósofos del derecho o, como en mi caso, profesores de filosofía del derecho, tendrían que hacer. Y sin temor de referir allí, en medio de quienes se congregan junto al fuego, palabras como “utopía” y “nostalgia”, si es que por utopía se entiende la posibilidad de imaginar mundos mejores y por nostalgia dar valor a las cosas buenas que pudimos tener en el pasado. Porque no podemos resignar sin más el intento de llegar a un nuevo arreglo con el mundo, aunque tengamos conciencia —como dice Kundera— de que “ese arreglo es imposible”.

En efecto, no somos racionales —recuerda el penalista de esta universidad, Eugenio Raúl Zaffaroni, “pero podemos llegar a serlo”. Lo que en cambio no podemos es dar por sentada la racionalidad humana, puesto que, si lo hiciéramos, desbarataríamos todo intento serio y continuado de luchar por ella. Pero tal vez resulte posible llegar a conseguir racionalidad al modo de esa disposición en que, según vimos aquí, consisten las virtudes, aunque contando con que una disposición semejante sólo es posible de ser adquirida mediante la reiteración de actos racionales o —si se prefieren las palabras de Isaiah Berlin— actuando “a plena luz en vez de salvajemente en la oscuridad”.

Donde “actuar a plena luz” supone pasar de una tolerancia pasiva a una de tipo activo, que es lo mismo que decir que tendríamos que pasar de la molestia aunque pacífica resignación a convivir con creencias, proyectos y formas de vida que reprobamos a un acercamiento deliberado a quienes profesan dichas creencias o impulsan tales proyectos o formas de vida, mostrándonos dispuestos a entrar en diálogo con ellos, a dar, pero sobre todo a escuchar razones, y a llegar incluso a cambiar nuestros propios puntos de vista, mostrándonos como somos: falibles.

VI

Al concluir ya esta conferencia, tengo fuertes dudas de haber permanecido fiel a la perspectiva metaética que anuncié al comienzo de ella. Pero si metaética no quiere decir fuera de la ética, ni menos de espaldas a la ética, sino sólo más allá de la ética, algo así como un peldaño más arriba de la ética normativa y aun de la ética crítica, no es mucho el tiempo que alguien puede permanecer en ese peldaño, o sea, no es

mucho el tiempo que se puede estar más allá de la ética, en plan, si se quiere, de mero observador, porque el llamado de la ética normativa es demasiado fuerte incluso para quienes no aspiramos a cambiar el mundo, pero sí queremos que el mundo cambie en más de algún sentido.

Y veo difícil que las cosas del mundo cambien para mejor si, además de citarla profusamente en ámbitos académicos, no se consigue expandir en sus aplicaciones prácticas, sobre todo entre quienes, por un lado, ejercen cualquier forma de poder —político, militar, económico, mediático, empresarial, espiritual incluso— y, por el otro, quienes son afectados diariamente por decisiones que se adoptan en cualquiera de esos centros de poder, el famoso pasaje kantiano que llama a las personas a actuar de tal forma que siempre traten a la humanidad, tanto en su propia persona como en la de los demás, nunca solamente como un medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin.

Una invocación, según creo, que tiene más de un significado, a saber, tantos como pueda darse a la expresión “tratar como un fin”. En mi manera de ver las cosas, “tratar como un fin” significa, en primer lugar, considerar que los seres humanos no están a nuestra disposición para hacer con ellos lo que nos plazca o lo que mejor sirva a nuestros propósitos, es decir, que las personas han de ser tratadas no como objetos, sino como sujetos, no como algo disponible, sino como alguien libre. En segundo término, dicha expresión admita que cada individuo es capaz de adoptar sus propios fines. En tercer lugar, significa que nadie debe subordinar los fines de otro a sus propios fines. Y en cuarto término —y esto es sin duda lo más difícil—, “tratar como un fin” equivale a respetar los fines que los demás se propongan alcanzar en uso de su autonomía como si se tratara de nuestros propios fines.

Y el fin supremo que cada individuo se propone alcanzar, como dice el mismo Kant, es la felicidad, la difícil felicidad, aquella que algunos describen como un estado, puesto que uno que otro ocasional acontecimiento feliz —que es lo que en verdad nos ocurre a lo largo de la vida— no sería suficiente para hacer la felicidad, tal como una golondrina no hace verano.

Con todo, en aquello que señalamos consiste aquel cuarto y exigente significado de “tratar como un fin”, y entonces es preciso permitir que cada individuo escoja con autonomía su propio verano y

que vuele hacia él sin interferencias de los demás e, incluso, contando con que los demás serán capaces de apreciar ese vuelo ajeno como si se tratara de su propio vuelo.

Tal exigencia, en fin, es igualmente exigible si ese verano existe o es sólo un espejismo, tanto si podemos alcanzarlo como si no podemos, tanto si se aleja o no a medida que batimos dificultosamente las alas para llegar a él y solazarnos con su luz y su calor.

¿En qué, me pregunto, sino en algo como eso, puede consistir la dignidad de la persona humana?

Dicho de esta manera, tal es la única “desesperanzada ternura” (la expresión es de Roger Scruton) de que soy capaz ante la insalvable imperfección del mundo y la ineludible perfección de nuestros sueños sobre el mundo.