

JUECES Y POLÍTICA

FERNANDO OJESTO
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
RODOLFO VÁZQUEZ
(COORDINADORES)



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15



TRIBUNAL ELECTORAL
DEL PODER JUDICIAL
DE LA FEDERACIÓN



INSTITUTO
TECNOLÓGICO
AUTÓNOMO DE MÉXICO

MÉXICO, 2005

UNA ESPECULACIÓN SOCIOLOGICA SOBRE EL DERECHO Y LA ÉTICA*

*Michael Baurmann***

INTRODUCCIÓN

El principal argumento de este ensayo es que en las sociedades modernas la ética está experimentando un desarrollo similar al que experimentó el derecho en tiempos pasados: al igual que el derecho, la ética también se está convirtiendo cada vez más en una fuerza social decisiva. Los argumentos éticos y la deliberación ética están jugando un papel creciente dentro de las discusiones públicas y están ganando mayor influencia en los debates y decisiones políticas. El impacto de las consideraciones éticas y morales se crea tanto de manera informal y espontánea como por medio de procedimientos institucionalizados. Si este desarrollo continúa llegará un día en que las decisiones colectivas de distintas áreas estarán justificadas con la aplicación de principios y normas éticas, así como hoy en día las decisiones judiciales se justifican con la aplicación de las reglas de derecho. Consideraré posibles causas de tal desarrollo al final del documento. Pero primero trataré de hacer mi tesis más plausible describiendo algunas de las similitudes más notables entre el derecho y la ética en la sociedad moderna. Comenzaré con un breve resumen de algunas de las principales características de la ley y su desarrollo para después examinar las características comparables en el caso de la ética.

1. EL DERECHO EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

Desde un punto de vista sociológico, la institución del derecho en las sociedades modernas representa un fenómeno impresionante:

* Traducción del inglés por Andrea Meraz y Pablo Vázquez.

** Realmente aprecio haber sido invitado a México por mi colega y amigo Rodolfo Vázquez y que se me haya dado la oportunidad de publicar mis ideas en castellano. Quisiera agradecer a Margaret Birbeck por ayudarme a preparar la versión en inglés de este documento. Doy las gracias también a Geoffrey Brennan y a Christian Curtis por sus importantes sugerencias y comentarios.

encarna una especie de milagro social. El derecho moderno es independiente, fiable, poderoso y de alguna manera irresistible —y exhibe estas cualidades bajo precondiciones *prima facie* desfavorables.

- El derecho no es *político*, sino *neutral*. Las decisiones judiciales no son el resultado de los mandatos de una autoridad política, de un voto mayoritario o de una negociación entre los diferentes grupos de interés. Las decisiones judiciales son neutras con respecto al poder político: sin embargo, son efectivamente aplicadas —aún en contra de la voluntad expresa de los actores políticamente poderosos.

- El derecho no es *casuístico*, sino *normativo*. Las decisiones judiciales no están adaptadas estratégicamente para hacer frente a los requerimientos de cierta situación y no intentan satisfacer los intereses y demandas particulares. Son el resultado de la aplicación de normas y reglas: sin embargo, son ampliamente aceptadas —aún si las decisiones judiciales algunas veces se oponen a los intereses y demandas individuales o colectivas.

- El derecho no es *discrecional*, sino *dogmático*. Las decisiones judiciales no son discrecionales en el sentido de que los que toman estas decisiones no están facultados para decidir de acuerdo a sus convicciones y valores personales. Las decisiones judiciales son dogmáticas de tal manera que deben basarse en principios presupuestos y reglas dadas: sin embargo, son aprobadas de manera confiable —aún si una decisión legal prescrita contradice las convicciones personales y valores de la autoridad judicial.

¿Qué factores fueron importantes para que se desarrollara una institución del derecho con tales características distintivas?

2. EL DESARROLLO DEL DERECHO MODERNO

La teoría del derecho de Max Weber es un instrumento poderoso para analizar las propiedades más significativas del derecho moderno y de las fuerzas que están detrás de su desarrollo (*cfr.* Weber 1921; Baurmann 1991). Desde el punto de vista de la teoría weberiana, podemos nombrar al menos tres factores cruciales que contribuyen a la aparición del derecho tal como se conoce en las sociedades modernas:

- *Racionalización*
- *Institucionalización*
- *Autorización*

A continuación examinaré estos factores.

2.1 Racionalización del derecho

Hay tres aspectos que son relevantes en el proceso de la racionalización del derecho:

Primero, en algún momento de la historia del derecho en Europa, el cuerpo del derecho —en especial del derecho romano— se convirtió en *materia intelectual* como un sistema de normas, ideas y pensamientos. Surgió una nueva generación de teóricos que trataron al derecho como un reto intelectual y se concentraron en el objetivo científico de hacer del derecho un sistema deóntico de principios y reglas que fuera *significativo, consistente y completo*, para así desarrollar una teoría comprensiva del derecho y una metodología para su aplicación —sin tomar en cuenta si el sistema examinado era el derecho en la práctica o el derecho de sociedades que existieron en el pasado.

Segundo, los académicos del derecho estaban haciendo su trabajo en las *torres de marfil* de las universidades sin estar bajo la presión de tener que producir herramientas útiles para propósitos prácticos o para tomar decisiones judiciales. Estaban separados del mundo real de los asuntos legales e ignoraban el papel instrumental del derecho. Entonces, eran libres para trabajar de acuerdo sus prioridades puramente intelectuales.

Tercero, tratar intelectualmente al derecho se convirtió en una *vocación*, de la misma manera en que se hace investigación científica y académica en otras áreas. Los teóricos estaban intrínsecamente motivados a dedicar su vida intelectual a la creación de un sistema de principios y reglas significante, consistente y completo para desarrollar una teoría del derecho y una guía metodológica para su aplicación.

El resultado de estos procesos de racionalización era un conjunto sistematizado de principios, reglas y normas legales que eran consistentes entre sí y aplicables de manera metodológica y predecible. El derecho como un sistema racional y calculable que al salir de la torre de marfil ya estaba listo para cumplir con una importante función práctica en la sociedad capitalista que emergía. Al tener éxito en el desempeño de su función, ganó el grado de legitimación necesario para establecer su predominancia sobre el poder político y las demandas particulares. La reputación de esta especie de derecho "racional" también creó un cierto tipo de dignidad para aquellos juristas profesionales que, en la aplicación de las reglas de derecho, pudieron subordinar sus convicciones personales a la "majestuosidad del derecho".

2.2 *Institucionalización del derecho*

Para que el cuerpo del derecho, académicamente racionalizado, se convirtiera en un poder fáctico dentro de la sociedad, no sólo debía dejar la torre de marfil, sino que debía integrarse como una institución social estable. Esta institución, antes que cualquier otra cosa, tenía que proveer un hábitat adecuado para una nueva especie de juristas educados académicamente quienes pasaron del entrenamiento universitario a interpretar y aplicar el derecho exclusivamente siguiendo los estándares internos de la jurisprudencia y sin influencia alguna de asuntos políticos y sociales:

Primero, tenían que ser creados los *roles profesionales* para los practicantes del derecho. Estos roles tenían que definir los derechos y obligaciones de los jueces, fiscales y abogados quienes tenían que promover una ética profesional para el campo de la actividad judicial.

Segundo, se tenían que proveer los *incentivos* para desempeñar los roles profesionales dentro de las instituciones legales. Esto incluía incentivos "fuertes" tales como las recompensas materiales en forma de un salario regular, así como los incentivos "débiles" en forma de estima, prestigio y honor social.

Tercero, para promover las decisiones legales independientes e imparciales, los practicantes profesionales del derecho tenían que colocarse en *situaciones de bajo costo* en las cuales sus decisiones tendrían más o menos consecuencias severas para otros, pero no para sí mismos.

La institucionalización exitosa del derecho en estos aspectos proveyó un mecanismo necesario para llevar al derecho de la agenda intelectual de las universidades a la vida real. Esto de ninguna manera implica que el esfuerzo intelectual en las torres de marfil fuera superfluo. Como Weber señala, el gran logro del derecho moderno está intrínsecamente relacionado con el hecho de que las dos cosas pasaron secuencialmente: una racionalización del cuerpo del derecho no hubiera sido posible si no se hubiera practicado como un juego intelectual y como un fin académico en sí mismo, protegido de las presiones prácticas. Asimismo, el derecho representado y aplicado en la práctica no hubiera surtido sus poderosos efectos en el desarrollo de las sociedades modernas si no hubiera sido intelectualmente racionalizado "impráctica" y teóricamente. Max Weber nos revela que el puro desarrollo intelectual de pensamientos e ideas guiadas sólo por la "fuerza" de la deliberación racional y la explicación interna puede tener un inmenso impacto práctico si se dan las condiciones apropiadas. Entonces los resultados de este proceso intelectual se

pueden convertir en fuerzas sociales relevantes —como en el caso del derecho moderno, o en el caso de la secularización de la religión en la ética calvinista. Este es mi argumento en el presente ensayo, que algo similar puede estar ocurriendo en este momento en el reino de la ética.

2.3 Autorización del derecho

Sin una autorización efectiva del derecho, los procesos de racionalización e institucionalización por sí mismos no hubieran sido suficientes para establecer el derecho moderno como una de las más importantes fuerzas sociales. Para ser capaces de imponer su poder político en todas sus variantes y resistir exitosamente a la presión social que intenta que se tomen decisiones de acuerdo a las demandas particulares, los actores judiciales deben establecerse con suficiente autoridad y autonomía. Una vez más, encontramos tres elementos relevantes:

Primero, la fuente fundamental del poder del derecho está reforzada explícitamente a través de la *autorización constitucional*. La constitución —esté escrita o no— transfiere poder al sistema judicial y define sus competencias y sus límites. Visto desde un punto de vista sociológico, una constitución no es sólo una “colección de palabras” sino, gracias a su aceptación fáctica por una parte significativa de la población, es un hecho social que crea estructuras reales de poder. Como Hans Kelsen dijo: el poder de la autoridad legal es la eficacia del derecho (Kelsen 1960, 293; *cfr.* Hart 1961; Baurmann 2000).

Segundo, el poder constitucional del sistema jurídico incluye el derecho de imponer las decisiones judiciales con el uso de la *fuerza coercitiva* y mantener el *monopolio del poder*. Por esto, la autoridad legal está respaldada por la posibilidad de usar el poder estatal para imponer sus decisiones. En este sentido, la autoridad legal no sólo es normativamente un poder supremo, sino que también se basa en la fuente más efectiva para imponer su voluntad contra la resistencia.

Tercero, la autoridad del derecho por el poder constitucional se basa en el principio de que la *legitimidad* puede crearse por la *legalidad* (*cfr.* Baurmann 1998b). La adscripción de la legitimidad a los resultados de las decisiones legales es una precondition necesaria para un compromiso con aquellas decisiones y la voluntad de actuar conforme a ellas. Pero la aceptación de decisiones legales no debe estar basarse sólo en la posible congruencia con las opiniones y valores personales. Debe basarse en la convicción de que las decisio-

nes judiciales deben ser enjuiciadas como legítimas solamente en el entendido de haberse alcanzado mediante un procedimiento legal adecuado.

Estos tres elementos, que juntos crean la autoridad del derecho en las sociedades modernas revelan que su autoridad se basa en diversos de factores interrelacionados: el principio de que la legitimidad puede ser producida por la legalidad se aclama ampliamente, las decisiones judiciales están respaldadas por una fuerza coercitiva abrumadora, y la autoridad del derecho se construye en un poder constitucional que deriva su eficacia de la aceptación general de la "regla de reconocimiento" (*cf.* Hart 1961).

Para resumir nuestro esquema weberiano: la racionalización, institucionalización y autorización del derecho contribuyeron esencialmente al desarrollo del derecho moderno como *una institución políticamente independiente, normativa, dogmática y muy poderosa*. La racionalización del derecho creó un sistema consistente de reglas legales que hizo posible que los casos legales se decidieran de manera objetiva y predecible. La institucionalización del derecho brindó el marco institucional necesario para implementar un derecho académicamente sofisticado respaldado en la práctica social. La autorización del derecho proveyó a la institución del derecho el poder necesario para permanecer independiente y al mismo tiempo lo suficientemente fuerte para superar a todas las fuerzas contrarias a ella.

Mi principal pregunta es: ¿verdaderamente hay indicadores de que la ética está sufriendo un desarrollo similar en las sociedades modernas? ¿Está la ética en el camino de convertirse en una fuerza social irresistible? Trataré de ocuparme de estas preguntas investigando si y en qué medida los factores relevantes para el desarrollo del derecho moderno pueden también identificarse en el contexto de la ética moderna.

3. LA ÉTICA EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

Si comenzamos observando a la ética desde el punto de vista de nuestro pequeño estudio del derecho, notaremos que la ética, tal y como se practica actualmente, realmente comparte algunas características importantes con el derecho moderno. Sin embargo, también encontramos que existen diferencias relevantes:

- La ética no es *política*, sino *neutral*. Los juicios éticos no son el resultado de las órdenes de una autoridad política, del voto de la mayoría o de una negociación entre los diferentes grupos de interés. Los juicios éticos son neutrales con respecto al poder político.

- La ética no es *casuística*, sino *normativa*. Los juicios éticos son el resultado de la aplicación de principios morales y normas, no son el resultado de una adaptación estratégica a las restricciones de cierta situación o de un intento prudente para pacificar los intereses y demandas particulares.

- La ética no es *dogmática*, sino *discrecional*. En contraste con las decisiones judiciales, los juicios éticos no están basados dogmáticamente en principios presupuestos o reglas dadas y, en este sentido, son discrecionales. Desde un punto de vista moral los individuos no sólo están facultados, sino que están obligados a juzgar solamente basándose en sus convicciones y valores personales. Por lo tanto, no es posible que se origine un conflicto entre los juicios éticos de los individuos y sus convicciones y valores personales.

A partir de esta comparación preliminar podemos ver que la ética comparte dos propiedades con la ley: es políticamente neutral y normativa. Y que a diferencia de la ley, no es dogmática, sino discrecional. La pregunta a considerarse a continuación es: ¿puede la ética, con estas características, lograr ser tan influyente como el derecho, mantenerse exitosa en contra de los actores poderosos y ser aceptada aún si sus juicios causan conflicto con los intereses individuales o colectivos? ¿Qué consecuencias tendrá el carácter discrecional y no dogmático de los juicios éticos considerando que serán menos predecibles y menos consensuales que las decisiones judiciales?

Para dar por lo menos una respuesta provisional a estas preguntas continuaré examinando si algunos o todos los factores que contribuyeron al éxito del derecho pueden también identificarse en el caso de la ética moderna.

4. DESARROLLO DE LA ÉTICA MODERNA

Para el desarrollo del derecho moderno, las formas particulares de la racionalización, institucionalización y autorización fueron decisivas. ¿Podemos observar un fenómeno similar en el desarrollo presente de la ética?

4.1 Racionalización de la ética

Como se argumentó anteriormente, la racionalización del derecho tomó mucha fuerza porque el derecho se convirtió en una materia puramente intelectual de intereses académicos genuinos, porque la nueva generación de teóricos del derecho pudo alcanzar sus aspiraciones bajo la protección de la torre de marfil de su universidad, y porque la preocupación del derecho se convirtió en una ver-

dadera vocación. Podemos de hecho establecer que hay analogías relevantes respecto a la situación de la ética hoy en día:

Primero, la ética moderna —tanto en teoría como en su aplicación— se ha establecido como una *materia intelectual* que cada vez es más atractiva como disciplina académica. Un número creciente de académicos trata de convertir a la ética en un sistema significativo, consistente, completo y racionalmente justificado. Ellos ven esto como un reto intelectual genuino, sin preguntarse si las consideraciones éticas tienen influencia e importancia práctica o no.

Segundo, estos académicos que se enfrentan con problemas éticos están protegidos de las presiones externas no-académicas por la *torre de marfil* de la universidad. Ellos pueden trabajar en cuestiones de ética meramente como objetivos intelectuales y guiados por los principios internos de la investigación académica. Como miembros de la comunidad académica pueden ignorar la necesidad de decisiones prácticas y las restricciones del escenario político.

Tercero, trabajar como un teórico de la ética es una *vocación* tal como lo es ser un teórico del derecho. La motivación intrínseca de los teóricos de la ética para crear un sistema de ética es la fuerza motriz esencial que se encuentra detrás del reciente progreso especialmente en el campo de la ética normativa y la ética aplicada.

Como consecuencia de este proceso de racionalización, la ética moderna se está convirtiendo en una teoría y disciplina académica altamente desarrollada y profesionalizada. Los juicios éticos están controlados por los estándares objetivos de justificación y argumentación y pueden ser aplicados a todos los problemas de importancia práctica y política. Entonces, parece que las precondiciones relevantes se están satisfaciendo para que la ética deje su torre de marfil y se convierta en un instrumento reconocido para enfrentar exitosamente a los problemas reales de la vida y se mantenga firme ante la competencia con el poder político y las demandas particulares.

4.2 *Institucionalización de la ética*

Si los juicios éticos no sólo deben ser relevantes en los debates y en las decisiones públicas, sino también en ganar el suficiente peso como para garantizar un impacto continuo en los asuntos sociales y políticos, entonces no es suficiente que la ética deje la torre de marfil, su influencia debe ser efectivamente institucionalizada también. Como en el caso del derecho, esta institucionalización debe crear un ambiente adecuado para quienes se formen académicamente en el cam-

po de la ética, para que puedan aplicar sus conocimientos en la resolución de problemas del mundo real.

Primero, deben establecerse *roles profesionales* para la aplicación práctica de la ética que definan los derechos y obligaciones de los actores en estos roles. Este es un punto que ya se está estableciendo: en las sociedades democráticas actuales podemos ver un constante crecimiento en el número de comisiones y comités de ética de todo tipo (*cf.* Brudermüller 1999). Estos varían desde consejos de consultores gubernamentales y parlamentarios hasta órganos que trabajan regularmente en tareas establecidas en hospitales o centros de investigación. Los comités de ética son establecidos por el poder legislativo como parte de la implementación de nuevas leyes, por ejemplo en el área de ingeniería genética o de transplante de órganos. Pero la creciente demanda de "profesionales de la ética" por parte de la iniciativa privada juega un papel importante en el manejo de relaciones y asuntos públicos. Como resultado de este desarrollo, en las universidades se comienzan a introducir programas de estudio en ética aplicada, la cual no califica como académica pero enseña a la gente a lidiar con asuntos y problemas éticos en el contexto de ciertos campos vocacionales.

Segundo, los *incentivos* para satisfacer los roles profesionales en el contexto de la institucionalización de la ética son, hasta este momento, incentivos "suaves" como la estima y la reputación, y no incentivos "fuertes" en forma de reconocimientos materiales y monetarios. Pero esta situación cambia y los tipos de roles profesionales evolucionan, lo cual hace posible vivir como consultor ético profesional. Esto puede observarse, por ejemplo, en empresas o compañías que están interesadas en comunicar al público sus estrategias y decisiones utilizando argumentos y justificaciones éticas basándose en expertos para hacer este trabajo. Por otro lado, los que se preparan académicamente en el área de la ética empiezan a fundar sus propias firmas de consultoría y ofrecen su experiencia en el mercado para clientes privados y públicos.

Tercero, para asegurar independencia e imparcialidad, los consultores éticos profesionales deben colocarse en situaciones de bajo costo, donde sus juicios y afirmaciones no estén vinculados a sus intereses personales. Esto se logra mediante comisiones, comités y consejos cuyos miembros no tengan conflictos de interés con los asuntos que resuelven. La demanda de consultores éticos independientes reforzará los incentivos para establecer roles profesionales con autonomía económica. Asegurar y probar la independencia de los consultores éticos es también su propio interés porque de otro modo sus juicios y argumentos perderán credibilidad.

Como en el caso del derecho, una exitosa institucionalización de la ética es una precondition necesaria para trasladar los conocimientos de las universidades a la vida real. Y, como en el caso del derecho, esto no implica que el esfuerzo intelectual en la torre de marfil sea superfluo. Superar puntos de vista intuitivos o tradicionales, convicciones arbitrarias e ideológicas o declaraciones *ad hoc*, y desarrollar argumentación ética de forma genuinamente racional, sólo es posible en el contexto de la investigación académica autónoma con una agenda establecida por sí misma de acuerdo a sus propios estándares. Sin esta racionalización, la ética no tendría oportunidad de adquirir relevancia perdurable en debates y decisiones públicas. Como en la historia del derecho, el mero desarrollo intelectual de pensamientos e ideas sobre la ética, guiado sólo por impulsos endógenos de deliberación racional y explicación interna, tiene el potencial de lograr un enorme impacto práctico si se tienen las condiciones adicionales necesarias.

4.3 Autorización de la ética

La autorización es el elemento crucial en el caso del derecho, también lo es en el caso de la ética. Sin una autorización efectiva, los procesos de racionalización e institucionalización no serían suficientes para convertir a la ética en fuerza social influyente y duradera. Si los puntos de vista éticos son capaces de anteponerse al poder político u otra forma de presión social, los argumentos o juicios éticos tendrán autonomía e impacto independiente. Pero en este aspecto, el desarrollo de la ética moderna difiere del desarrollo del derecho moderno —y debe diferir, porque de otro modo la ética se convertiría en el derecho. Por esto, las fuentes de autoridad en la ética deben ser distintas de las fuentes de la autoridad en el derecho. Sin embargo, deben ser fuentes poderosas si nuestra especulación acerca del nuevo papel de la ética pretende ser plausible. Podemos examinar estas fuentes en comparación con los tres factores que identificamos como las fuentes de la autoridad en derecho.

En primer lugar, el fundamento de la autoridad de la ética no se otorga a través de la autoridad constitucional. En el campo de la ética no existe un órgano facultado constitucionalmente para decidir sobre cuestiones éticas. Los principios constitucionales no crean directamente la autoridad de la ética, sólo pueden proveer una precondition elemental para tal autoridad: esta precondition elemental es la *libertad garantizada constitucionalmente* para poner en práctica el razonamiento ético dentro de contextos académicos y no aca-

démicos, para debatir en público acerca de asuntos éticos y para basar explícitamente decisiones políticas y no políticas en justificaciones éticas. Esto significa esencialmente que la constitución debe garantizar la libertad de expresión, la autonomía de la investigación académica y la separación entre la iglesia y el estado.

En segundo lugar, la autoridad de los juicios éticos no puede garantizarse por medio de la coerción, sino únicamente por medio de la fuerza de la argumentación. Para convertirse en un factor relevante e influir en discusiones públicas, así como en las decisiones individuales y colectivas, los argumentos éticos —bajo la protección constitucional de la libertad— deben desarrollar una dinámica endógena para lograr tal impacto. Esta dinámica endógena será más poderosa en la medida en que (i) un mayor número de decisiones individuales y colectivas socialmente relevantes, así como debates públicos se sustenten en argumentos éticos, (ii) más decisiones individuales y colectivas socialmente relevantes se justifiquen explícitamente haciendo referencia a argumentos éticos, (iii) las personas esperen y demanden que las decisiones individuales y colectivas socialmente relevantes sean debatidas y justificadas con argumentos éticos. Me parece obvio que podemos observar un desarrollo en esta dirección. Pero discutiré la cuestión de qué tan plausible es esperar un progreso a futuro en este aspecto cuando trate con algunas posibles causas del crecimiento del papel de la ética al final de este ensayo.

En tercer lugar, la autoridad de la ética se basa en la *legitimidad por razón*. Como mencioné anteriormente, la legitimidad que se le atribuye a una decisión es una precondition necesaria para comprometerse con tal decisión y tener un buen motivo para cumplirla. Pero en el caso de las decisiones judiciales, la aceptación no se basa únicamente en la congruencia de los valores y las convicciones personales, sino que se basa en la voluntad para evaluar una decisión como legítima por el hecho de haber seguido correctamente el procedimiento legal. Este tipo de *legitimidad por legalidad* presenta una forma especial de fragilidad en el proceso de legitimación del derecho y debilita potencialmente su aceptabilidad. Los juicios éticos no tienen este tipo de legitimidad indirecta, esto les da una fuerza especial. Porque la ética no basa su autoridad en la constitución y no es impuesta por medio de la coerción, su posición parece ser más débil que la posición del derecho. Pero lo contrario resulta cierto al considerar el aspecto de su legitimidad. Pues en tanto que el principio de legitimidad por legalidad requiere un cierto sacrificio cuando difiere de las convicciones y valores personales, el principio de legitimidad por razón produce un compromiso. En este caso, un juicio

goza de legitimidad si concuerda con las convicciones y valores personales, de esta manera no hay lugar para la discordancia o la tensión —como sucedería en el caso de las decisiones judiciales legalmente tomadas. La fuerza de la argumentación no necesita apoyarse en la coerción porque tiene la cualidad de ser irresistible, cualidad que no tiene la fuerza del poder estatal. Si un argumento es convincente para una persona, esta persona debe estar de acuerdo con el argumento. En este sentido, si un punto de vista moral es aceptado, los argumentos morales pueden ser más fuertes que las armas.

¿Pueden estos tres elementos en conjunto crear una autoridad dominante de la ética? Si los juicios éticos se basan en la fuerza de los argumentos, si la argumentación ética es parte de los debates públicos y de las justificaciones públicas, y si la deliberación ética está protegida por garantías constitucionales ¿es plausible esperar que la ética se convierta en una institución influyente cuyo impacto sea comparable con el del derecho moderno? Pospondré una respuesta tentativa a estas preguntas hasta que haya discutido algunas de las posibles causas que se encuentran detrás del desarrollo de la ética y que quizás haga más plausible que la lista de observaciones hechas con anterioridad no sean simples coincidencias sino indicadores de una tendencia genuina.

Pero antes quiero enfatizar una obvia diferencia entre la ética y el derecho: como los juicios éticos son “discrecionales” y no se derivan de premisas dogmáticas, la posibilidad de que existan disidentes acerca de cuestiones morales es más alta que en el caso del derecho —aún si la argumentación ética se practica profesionalmente en concordancia con estándares académicos. Argumentar racionalmente en términos de principios éticos y normas morales no necesariamente aumenta la probabilidad de consenso. La realidad social es prueba de ello. Y, por supuesto, no existe autoridad ética con el poder de dictar una decisión final en caso de opiniones encontradas y puntos de vista en conflicto.

No obstante, este hecho no derrumba la tesis de que los juicios éticos sean poderosos y decisivos. Si miramos, por ejemplo, la historia de la legislación alemana sobre el aborto, la eutanasia o la ingeniería genética, encontraremos que los argumentos éticos juegan un papel muy importante en el proceso legislativo. Y esto no significa que hubo consenso en dichos argumentos, pues ni siquiera lo hubo en las leyes. La tesis que sustento en este ensayo no es la tesis de que el creciente impacto de la ética resolverá los conflictos mediante un mayor consenso. La tesis es que los argumentos y juicios éticos tienen una fuerte influencia en las decisiones públicas y privadas y esta in-

fluencia es cada vez mayor —tanto en el caso donde hay disidencia, como donde hay consenso. Sin embargo, el hecho de que muchos problemas sociales y políticos se caractericen por controversias éticas que parecen no tener solución y por posiciones morales irreconciliables es materia de deliberación ética —especialmente considerando la importancia de la cuestión sobre qué tipo de medidas legislativas y leyes pueden legitimarse haciendo frente a dichos enfoques en conflicto (*cf.* Huster 2001a; 2001b).

5. UNA ESPECULACIÓN SOBRE LAS CAUSAS

Una cosa es observar ciertas similitudes entre el desarrollo del derecho y el desarrollo de la ética, y otra es identificar las posibles causas de dichas similitudes para asegurar que no existan por casualidad sino que denoten propiedades comunes más profundas. No puedo presentar una teoría comprensiva de tales causas, pero puedo añadir argumentos más o menos especulativos sobre cómo explicar la importancia creciente de la ética en sociedades modernas.

1. El proceso de secularización ha destruido el estatus auto-evidente de una ética religiosa que era interpretada y aplicada por la autoridad clerical —en este aspecto similar al derecho. La deslegitimación de la autoridad religiosa en cuestiones morales deja un vacío y una nueva demanda para la ética secular.

2. El proceso de individualización en las sociedades modernas disuelve el vínculo entre individuos y grupos. Como resultado de este proceso, los individuos ya no definen su identidad moral como parte de una identidad colectiva, sino que se conciben a sí mismos como autónomos en cuanto a sus valores, convicciones y objetivos. En este sentido, la fuerza de los principios éticos tradicionales de una comunidad se debilitó. En su lugar, los individuos tienen que formar sus propias convicciones en los aspectos morales. La ética moderna ofrece un instrumento para satisfacer dicho requisito por medios racionales.

3. El “fin de la historia” como el fin del conflicto sobre los fundamentos de la sociedad que duró todo un siglo creó un consenso en las sociedades modernas de que la democracia y la regla de la oferta y la demanda son esenciales para un Estado bien ordenado. Esto significa que en tales sociedades las personas comparten importantes premisas formativas, lo que incrementa la posibilidad de resolver conflictos y problemas mediante argumentación racional con base en dichas convicciones compartidas.

4. En las sociedades modernas, las viejas escisiones (*cleavages*) establecidas por los confines de clases sociales estables han desapareci-

do. Como consecuencia, los grupos sociales conformados por miembros con intereses homogéneos se disolvieron y ahora los intereses de una persona ya no pueden ser identificados simplemente por su pertenencia a un grupo. Bajo estas condiciones la mera "política por interés" es arriesgada para todos los miembros de la sociedad (*cf.* Buchanan/Congleton 1998). Debido a la heterogeneidad de los grupos sociales todos deben reconocer que es imposible pertenecer a una mayoría estable que tenga sus intereses siempre asegurados. Pero si los ganadores y los perdedores de las decisiones colectivas cambian regularmente, es mejor tomar decisiones basadas en principios éticos y no sólo en intereses. De tal suerte que todos estarán mejor a largo plazo si se obliga a que los actores políticos decidan de acuerdo a criterios morales en lugar de decidir como representantes de intereses particulares (*cf.* Baumann 2003; Brennan/Hamlin 2000).

5. Consecuentemente, en las democracias modernas hay una expectativa general de que las decisiones políticas se basen en principios morales. Como efecto de tal expectativa los problemas políticos se discuten con argumentos éticos. En una democracia moderna, ningún político o ciudadano en un debate público sobre cuestiones políticas puede simplemente apoyar intereses personales o de grupo. Todos están forzados a argumentar de manera imparcial sobre los intereses y las necesidades de todos los miembros de la sociedad. Aún si los participantes en los debates públicos usan argumentos éticos estratégicamente, no será fácil que después decidan o actúen de manera oportunista. La discusión pública con argumentos morales crea un compromiso efectivo para también actuar moralmente en público.

6. Estar conforme con la moralidad en las sociedades modernas no es únicamente resultado de una motivación extrínseca por expresar públicamente argumentos morales. También es resultado de una motivación intrínseca porque las personas se sienten efectivamente comprometidas con los principios y reglas morales. Para las personas que se encuentran en este supuesto, la argumentación ética no es parte de una estrategia para conseguir sus intereses, sino un instrumento para encontrar una adecuada decisión conforme a sus preferencias personales. Para las personas con una motivación moral intrínseca, la ética adquiere un poder relevante en sus vidas porque la ética es una parte genuina de la toma de decisiones personales y una parte esencial de sus juicios sobre la conducta de otras personas. Contrario a un prejuicio común, un compromiso intrínseco con principios morales no tiene por qué estar en contradicción con los incentivos de una sociedad liberal con economía de mercado. Se puede argumentar que aún tal sociedad tiene el potencial de promover una

demanda especial de una moral universal e imparcial. (Baurmann 1998 a, 1997;1996).

7. Último, pero no menos importante, la deliberación ética posee la dinámica de un proceso auto-expansivo. Max Weber señaló esta cualidad para el razonamiento judicial. El punto principal es simple: si se acepta que un problema debe resolverse mediante estándares éticos, entonces una solución para tal problema a la que se llegue con argumentos éticos también debe aceptarse. Este tipo de aceptación no es materia de posible decisión. Si las personas están convencidas de que cierto principio moral es válido, entonces ellas no tienen opción en cuanto a su aceptación de las consecuencias lógicas de tal convicción. No es posible decidir tener la convicción de que una premisa es verdadera y no aceptar la verdad de sus consecuencias. En este sentido, si ciertas personas exhiben un compromiso intrínseco con algunos principios éticos básicos, entonces se puede "forzar" a dichas personas por medio de la argumentación a que también se sientan comprometidos con las normas y juicios que se pueden deducir de los principios éticos básicos, aún cuando vayan en contra de sus incentivos e intereses. No se puede borrar voluntariamente —aunque uno quiera— la creencia de que cierta acción es moralmente errónea porque se sigue de la aplicación de una norma ética. Esto significa que la deliberación ética no puede restringirse artificialmente a ciertas áreas y problemas, sino que tiene la tendencia irresistible de extenderse a todas las áreas —una vez abierta la caja de Pandora de la argumentación ética no es fácil volver a cerrarla.

Como mencioné al inicio, no puedo presentar una teoría completa y coherente sobre la similitud entre el desarrollo del derecho y de la ética. Lo que ofrezco aquí es una combinación de observaciones, comparaciones y una lista de explicaciones tentativas. Pero considerar en conjunto la evidencia descriptiva y explicativa de una posible convergencia entre el derecho y la ética hace que esta especulación merezca, por lo menos, una reconsideración.

BIBLIOGRAFÍA

- BAURMANN, M., "Majority Without Morality? Why Democratic Decisions Demand Ethical Principles", en *The Future of Democracy. Essays of the Tampere Club*, Tampere, 2003, pp. 97-127.
- BAURMANN, M., "Legal Authority as a Social Fact", en *Law and Philosophy* 19, 2000, pp. 247-262.
- BAURMANN, M., *El mercado de la virtud. Moral y responsabilidad social en la sociedad liberal*, Barcelona, 1998 a.

- BAURMANN, M., "Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität", en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das "Böse"?* Frankfurt, K. Lüderssen (Ed.), 1998 b, Band I, pp. 409-441.
- BAURMANN, M., "Universalisierung und Partikularisierung der Moral. Ein individualistisches Erklärungsmodell", en *Moral und Interesse. Zur interdisziplinären Erneuerung der Moralwissenschaften*, München, R. Hegselmann/H. Kliemt (Eds.), 1997, pp. 65-110.
- BAURMANN, M., *Der Markt der Tugend-Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft*, Tübingen, 1996.
- BAURMANN, M., "Recht und Moral bei Max Weber", en *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, H. Jung/H. Müller-Dietz/U. Neumann (Eds.), 1991, pp. 113-138.
- BRENNAN, G./A. Hamlin, *Democratic Devices and Desires*, Cambridge, 2000.
- BRUDERMÜLLER, G., "Ethikkommissionen und ethischer Diskurs", en *Angewandte Ethik und Medizin*, Würzburg, G. Brudermüller (Ed.), 1999, pp. 85-116.
- BUCHANAN, J.M./R.D. Congleton, *Politics by Principle, not Interest*, Cambridge, 1998.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961.
- HUSTER, S., "Bioethik im säkularen Staat. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechts- und Moralphilosophie im pluralistischen Gemeinwesen", en *Zeitschrift für philosophische Forschung* 55, 2001a, pp. 258-276.
- HUSTER, S., "Moral or Legal Philosophy? On the Self-Conception of Bioethics", en *Associations*, 5, 2001b, pp. 165-175.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960.
- WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1921.