

**Frente a las sendas del cognoscitivismo ético-judicial:
algunas inquietudes y observaciones críticas a las propuestas de
Luis E. Zamorano y Nelson J. Cuchumbé***

Roberth Uribe Álvarez**

“[l]a única ‘receta’ válida para fundamentar una sentencia es, finalmente, esta: *¡No hay tal receta!* El juez tendrá que cargar con el peso de su propia responsabilidad. Él está, para parafrasear a SARTRE, ‘condenado a ser libre’”¹.

Resumen

El texto es una reseña crítica a los artículos de los profesores Luis E. Zamorano y Nelson Cuchumbé, en los cuales los autores realizan una reivindicación de sendos modelos de cognoscitivismo ético-judicial. La crítica pretende identificar algunos aspectos problemáticos de las mencionadas propuestas cognitivistas y formular algunas preguntas metaéticas a partir de dichos problemas.

Palabras claves

Cognoscitivismo ético-judicial, metaética, racionalismo de la decisión judicial, relativismo ético, emotivismo ético, heurística ético-judicial.

Abstract

This article is a critical review of two papers written by professors Luis E. Zamorano and Nelson Cuchumbé, in which those authors vindicate models of ethical and judicial cognitivism. This critique purports to identify some problematic aspects associated with their cognitivist proposals, and also to ask some metaethical questions based on those problems.

Keywords

Ethical and judicial cognitivism, Metaethics, Rationality of the judicial opinion, Ethical relativism, Ethical emotionalism, Ethical and judicial heuristics.

* Este es un avance de investigación del proyecto “Analizando el discurso epistemológico-jurídico. Un análisis de los saberes jurídicos generales y sus relaciones discursivas”, registrado ante el Comité de Desarrollo de la Investigación de la U. de A.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Coordinador del Grupo de Investigación “Saber, poder y derecho” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín.

¹ Salas (2006: 16).

1. Introducción

1. En la edición número 5 de la revista *Criterio Jurídico*, órgano de publicación del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali, los profesores Luis Eduardo Zamorano y Nelson Cuchumbé Holguín publicaron sendos trabajos alusivos a la reivindicación de un objetivismo moral proyectado a la teoría de la decisión judicial y, con ello, de lo que en la filosofía moral se conoce como “cognoscitivism o racionalismo metaética”².

Estas propuestas cognitivistas están delineadas desde presupuestos metodológicos y discursos filosófico-morales diferentes: Zamorano parte de una hermenéutica existencial gadameriana apoyada en una ética neoaristotélica; Cuchumbé de las visiones constructivistas habermasiana y alexiana de la lógica del discurso práctico y de la concepción del derecho como un caso especial de éste.

Ambos planteamientos tienen en común que postulan, desde una metaética cognoscitivista, se reitera, una polémica consecuencia en el marco del estudio nomoético de la decisión judicial: su carácter de *acto moral racional*. Zamorano, a través de la virtuosidad moral objetiva del juez como ser humano “bueno”, en tanto partícipe-practicante de las virtudes morales objetivas (racionalismo subjetivista); Cuchumbé, mediante la consideración de las normas jurídicas, en tanto que denotativas de un acuerdo político consensual inclusivo de las partes destinatarias de la norma judicial concreta, como enunciados normativos obtenidos a través del consenso democrático (racionalismo intersubjetivista).

2. Este texto contiene una reseña de ambas propuestas desde ese aspecto metaético común. En ella llevaré a cabo una reconstrucción analítica de ambos planteamientos, enfatizando en el análisis crítico de los fundamentos metodológicos —metaéticos— del racionalismo de la decisión judicial que con ellos postulan sus autores.

Lo anterior, toda vez que, si bien se trata de dos muy juiciosos ensayos respecto del problema de la justificación de un objetivismo de valores en la contemporaneidad, como referente de control óptimo del arbitrio de la decisión judicial, considero que en ambos casos se incurre en defectos de consistencia,

² Cf. L. E. Zamorano Aragón (2005: 51-63) y N. J. Cuchumbé Holguín (2005: 65-82). Esta defensa del cognoscitivism o moral la hacen, sin embargo, en forma implícita.

tanto metodológicos, sobre todo en el caso del planteamiento de Zamorano, como teórico-discursivos, como es el caso de Cuchumbé.

Dichos defectos posiblemente son insuperables para una teoría moral, debido al carácter aporético que puede acompañar a cualquier discusión sobre la *existencia* de los “valores”, así como de su *cognoscibilidad* objetiva, en el marco de un contexto social y político de diferencias y diversidades complejas, como el de las sociedades modernas; aporía por la cual me limitaré, simplemente, a identificar algunas problemáticas relevantes en la comprensión de esa difícil cuestión de la fundamentación de un cognoscitivismo y un universalismo axiológicos en la actualidad.

Precisamente, uno de dichos aspectos generadores de ese posible carácter irresoluble de la cuestión radica en la operatividad de diversos enunciados jurídico-constitucionales (valores-principios), como la autonomía del ser humano, el pluralismo ético-político y, en últimas, la dignidad humana, los cuales poseen una estructura semántica abierta, de la que deviene su clasificación normativa de “mandatos de optimización”, según la terminología de Alexy, debido a la cual no tienen un contenido fijo ni definitivo (como sucede con los enunciados-reglas), como para ser susceptibles de comprensión objetiva, o de validez universal, y posiblemente tampoco intersubjetiva.

Considero que ese carácter aporético de la discusión metaética sobre la posibilidad o no de un conocimiento objetivo y racional de lo axiológico, que ese carácter abierto del contenido de los principios como enunciados de valores (o de derechos fundamentales) implica la discusión previa acerca de los métodos de conocimiento de la metaética, específicamente los del subjetivismo, el escepticismo, el emotivismo y el constructivismo metaéticos. Ello en aras de suscribir una concepción metaética apropiada, en términos de coherencia, a ese carácter apenas optimizable de los llamados valores-principios del Estado constitucional, carácter que, aunque no imposibilita la obtención de criterios de intersubjetividad axiológica, si es que se asume esta posición de racionalidad débil, no por adquirir consenso obtiene la condición de una moral objetiva y, menos aún, universal.

Dicho examen crítico no desluce, sin embargo, el importante aporte que en el análisis de problemas sociales desde la reflexión *iusfilosófica* los mencionados trabajos representan, lo mismo que respecto de su valor como impulso a la constitución de comunidad académica *jurídica*, en un medio donde todavía la puesta en conocimiento público de las posiciones que se suscriben, a fin de generar deliberación y debate, genera resistencia y prevención.

No sobra explicitar, asimismo, que es precisamente ese el fin de esta recensión: el diálogo académico deliberativo y dialéctico como forma de constitución de ese tipo de comunidad, a lo que escapa cualquier pretensión de vindicación personal alguna para con mis colegas.

3. Esta recensión tiene la siguiente estructura: en primer lugar, una sección de análisis conceptual de los problemas y temas metaéticos básicos que las cuestiones abordadas por los profesores Zamorano y Cuchumbé implican (II); en segundo lugar, un análisis descriptivo de los discursos de éstos y de las propuestas metaéticas que con ellos formulan (III); y, en tercer y último lugar, una valoración y/o evaluación de dichas propuestas, desde la perspectiva de una teoría metaética negativa o no-cognoscitivista como modelo de “racionalidad” axiológica justificable en un Estado democrático-constitucional, sobre el cual postularé unos elementos metodológicos básicos (IV).

2. Metaética: un marco teórico-conceptual y metodológico para una teoría moral

1. La filosofía moral contemporánea introdujo en el discurso cognoscitivo de la moral una triple distinción de subdisciplinas, como niveles de estudio de la moral, como espacios para su conocimiento racional o epistémico, atendiendo a la clase de método con que dicho conocimiento se lleve a cabo: la *ética sociológica*, propia de un método descriptivo; la *ética normativa*, consecuencia de un método prescriptivo, y la *ética analítica* o *metaética*, en la que se estudian problemas conceptuales y de fundamentación de los juicios morales³.

La discusión metaética, o sea, el discurso que problematiza la (in)fundamentabilidad racional de los juicios morales, debe partir de la diferenciación de este nivel de estudio metaético de la moral con respecto a los dos restantes. Vale señalar que la regla de juego epistemológica que rige la distinción de los planos de estudio en comento demanda el establecimiento de soluciones de continuidad cuando se trasunte de un plano a otro. Es decir, del

³ Cf. Rabossi (1964: *passim*) y Nino (1980: 353-355). Como excepción al planteamiento analítico, es importante la distinción contemporánea de matiz idealista sobre los niveles de estudio de la ética. Sobre esta cuestión puede verse a Heller (1995: 15-17), para quien una “teoría moral integral” incluye tres enfoques metodológicos de estudio: el “enfoque interpretativo”, el “enfoque normativo” y el “enfoque de la *paideia*”. Estos enfoques generan tres tipos de disciplinas que forman parte de la teoría moral integral, respectivamente: la “ética general”, la “filosofía moral” y la “Teoría de la conducta”.

plano ético descriptivo no puede pasarse, sin más, derivando consecuencias conceptuales y discursivas, al plano prescriptivo, y viceversa. Y en ambos casos debe resguardarse de estos dos niveles el correspondiente al conocimiento metaético⁴.

El concepto y la estructura de la metaética permiten tanto un análisis descriptivo como prescriptivo, pero siempre sin abandonar el ámbito metaconceptual⁵. En otros términos, la *meta-ética* no es ética, ni sociológica ni normativa; como metaética podrá ser descriptiva o prescriptiva, sin invadir su objeto de estudio y su función epistemológica: un estudio *cognoscitivo* (metalenguaje) acerca de los estudios de la moral.

2. En tal medida, una discusión metaética debe partir de la diferenciación de este nivel de estudio del fenómeno moral con relación a los restantes. A este respecto, considero que metodológicamente los planteamientos de los profesores Zamorano y Cuchumbé se adscriben, más implícita que explícitamente, a unas filosofías morales o éticas prescriptivas, pero ninguno de los dos logra efectuar un estudio metaético consistente y, con ello, una también consistente fundamentación del racionalismo de la decisión judicial que propugnan. Y media, frente a esta situación, un problema metodológico que afecta la coherencia y validez del análisis que mis colegas efectúan: pretenden hacer metaética desde la ética; hacer del “objeto” el fundamento.

3. Las posiciones objeto de crítica

3.1 *La moral universal y la ética judicial hermenéutico-existencial y neoaristotélico-epikeista de Zamorano*

Cuestionando el carácter exclusivamente formal o procesal de la teoría contemporánea de la argumentación, Zamorano pretende “[r]ecuperar la pregunta por lo justo y el reconocimiento de la importancia del modo de ser de quien justifica una interpretación” (2005: 51).

⁴ Cf. Nino (1993: 35-38).

⁵ Cf. Comanducci (1999: 29): “Mediante la expresión ‘metaética’ me refiero a los discursos que versan sobre discursos éticos. Aquí se presenta un distinto nivel de lenguaje superior al de la ética (que puede tener directamente como objeto comportamientos, pero también otros discursos)”.

“Usualmente, por lo menos en el ámbito de la filosofía analítica, se sostiene que también hay una diferencia de funciones entre la ética y la metaética. La primera se compone de un conjunto de discursos con una función prescriptiva, mientras que la segunda consiste en discursos con una función cognoscitiva”.

Ese carácter formal deviene, en gran medida, por una crisis de la razón occidental, por el abandono desconfiado que hizo la cultura occidental, de la vieja apuesta por “la razón” medieval, abandono que es debido a las tribulaciones experimentadas por esta cultura en la primera mitad del siglo XX. Es por ello que “Ya no nos acercamos a la razón con ingenua esperanza, sino con desconfiado temor, de ella puede esperarse los mayores bienes y los mayores males”. ¿Qué significa preguntarse por la racionalidad de la decisión judicial en este escenario?” (2005: 52).

Parte, en consecuencia, de la caracterización de la teoría contemporánea de la argumentación como un enfoque que, respondiendo al abandono por la razón material, indaga por la razón de la decisión judicial en términos de la razón físico-matemática o formal. Paradójicamente, afirma:

[f]ue la razón físico-matemática la que entró en crisis y con ella el modelo epistemológico de la ciencia moderna que se imponía a toda disciplina que pretendiera afirmar algo como verdadero. La incapacidad de la razón científica para comprender los problemas más humanos posibilitó la reivindicación de la razón práctica como ámbito de investigación legítimo. (2005: 52)

No obstante esa reivindicación racional práctica contemporánea, Zamorano considera que la teoría contemporánea de la argumentación, en tanto “moda” *iusteórica*, corre el riesgo de ser “[u]na recaída disfrazada de novedad en el prejuicio moderno que pone el fundamento del conocimiento en el método” (2005: 53). Y, seguidamente, afirma:

Dejando de lado estas cuestiones, conviene apropiarse de las limitaciones que supone una teoría de la argumentación como principio de las investigaciones que tienen por objeto el discurso jurídico en general y las decisiones de los jueces en particular. (2005: 53)

Comienza su estudio catalogando de formal “toda” teoría de la argumentación, en tanto, valiéndose de Ricoeur, ella “[s]e ocupa de las condiciones de validez que debe cumplir un razonamiento para considerarse recto” (2005: 53); este carácter formal hace radicar la concentración de la rectitud de la decisión judicial en la eficacia de la persuasión, en el hecho de implicar para la cuestión de la rectitud de la decisión judicial el que “[l]a labor del juez consiste en adecuar su decisión a las condiciones de rectitud usadas, de tal forma que su argumentación sea persuasiva. Planteadas las cosas de esta manera se confunde *justicia* con *justeza*” (2005: 54).

Pregunta si “se agota la justicia en justeza” (2005: 54), afirmando luego:

[n]o nos basta con que el razonamiento del juez sea persuasivo según la opinión pública, pues nada nos garantiza que esa opinión, aunque sea mayoritaria, sea la correcta. La sentencia tiene que ser primero y antes que nada justa, pues sólo de principios universales puede surgir la legitimación para usar la fuerza contra otro hombre. (2005: 54)

Lo anterior, toda vez que:

La justicia consistiría simplemente en el parecer de la parte más fuerte, esto es, en la opinión de la mayoría. De ahí que sintamos que lo justo no puede agotarse en el cumplimiento de los requisitos para persuadir y aspiremos a que la decisión del juez tenga por fundamento principios universalmente válidos. (2005: 54)

El punto de partida de Zamorano lo constituye su consideración de que:

[e]l problema de la justicia ya no se presenta como una cuestión de forma del razonamiento sino de su verdad. En otras palabras, ningún acercamiento a la racionalidad de la decisión judicial está completo si se limita a examinar la forma del discurso y deja a un lado la aspiración humana de justicia. (2005: 54-55)

Introduce, negativamente, un concepto material de rectitud, opuesto al formal de la teoría de la argumentación: “[r]ectitud no significa aquí el cumplimiento de las condiciones para persuadir, sino el razonar de acuerdo con principios universales” (2005: 55).

Evoca a Gadamer para recabar el:

[m]alentendido del presente de creer que la argumentación se limita a estudiar las formas del discurso. Gadamer nos recuerda que la enseñanza de la retórica tenía que ver principalmente con la *formación (Bildung)* del hombre. Incluso se ponía el estudio de la retórica al frente del estudio de las ciencias, en este último los estudiantes aprendían los secretos del cosmos y en el primero las habilidades para actuar bien según las circunstancias. Tanto en la investigación de la naturaleza como en la praxis humana había verdad, eso sí, dos modos distintos de verdad, o si se quiere de la razón, pues un ámbito correspondía a la razón físico-matemática y el otro a la razón práctica. (2005: 55-56)

Apoyado en Vico y en Gadamer afirma que el espacio que ganaba la ciencia natural conllevó el abandono de la retórica, incluyendo esa actitud a autores modernos como Kant y Dilthey (2005: 56). En este marco, al derecho:

[l]e pasaba que cada vez aceptaba con mayor resignación su incapacidad para ser ciencia. En el derecho no había verdad, sólo había decisiones de los que tenían el poder. El derecho moderno no es otra cosa que la manifestación de la voluntad de los agentes del Estado. (2005: 56)

Continúa planteando:

En este escenario el juez deja de ser quien dice lo justo y se transforma en funcionario, es decir, en uno más de los engranajes que hace funcionar la máquina estatal. Su labor no es la de averiguar lo justo en cada caso concreto, sino la de aplicar correctamente las normas creadas por otros órganos del Estado. [...] El ordenamiento jurídico ya no tiene por fundamento los principios universales de justicia, son las oscuras tensiones en la lucha por el poder. (2005: 56)

De allí que sea necesario “[p]lantearnos con toda radicalidad la posibilidad de una *scientia iuris* que fundamentaría sustancialmente el quehacer del juez” (2005: 56). Pretendiendo construir una “*justicia como praxis*” afirma que “Debe abandonarse cuanto antes el ingenuo positivismo que aún contamina inadvertidamente nuestras más profundas convicciones acerca de la ciencia y la verdad” (2005: 58).

Para ese abandono parte de Aristóteles, para quien “[l]a justicia es una virtud y no un asunto administrativo. El problema de lo justo hace parte de la investigación sobre la vida feliz y esta a su vez pertenece al estudio de la felicidad de la polis” (2005: 58); y:

La felicidad en este caso es el buen vivir y para Aristóteles el buen vivir consiste en la virtud. Virtud suele traducir la palabra griega *arete*, que significa excelencia. [...] Lo excelente es aquello que no admite una perfección ulterior. (2005: 59)

Además, afirma:

[e]l bien no es cualquier cosa que nos parezca sino aquello que efectivamente es tal según la peculiaridad de la circunstancia. La actitud hacia el bien según Aristóteles es la prudencia, y “El hombre prudente [...] es aquel capaz de elegir la acción excelente en un caso particular, es aquel que tiene la habilidad para comprender cuál de las posibilidades es la mejor”. (2005: 60)

El prudente, dice Zamorano:

[n]o se limita a reconocer la acción virtuosa, sino que la ejecuta, en otras palabras, el prudente actúa bien. Y esto es precisamente lo más importante, en la medida que un hombre realiza ese esforzado ejercicio sobre sí mismo de ordenar sus pasiones, en la medida que gana destreza para descubrir el término medio y en la medida que actúa conforme a la virtud [...] así surgen diversos tipos de hombres, unos mejores que otros, y a esos mejores es a los que podemos llamar prudentes o virtuosos. (2005: 61)

Reivindica seguidamente, a efectos de brindar la mayor capacidad de rendimiento a su discurso, la distinción aristotélica entre *arte* y *prudencia*, entre la *acción productiva* de la *acción práctica*:

[l]as excelencias de producción son diferentes de las excelencias del modo de ser. En tal sentido, el ser un excelente carpintero o escultor no dice nada del *êthos* de un hombre, en efecto, el mejor de los carpinteros podría ser un hombre malo. (2005: 61-62)

Y adiciona este argumento planteando el siguiente interrogante:

[q]ué tipo de labor es la del juez ¿es acaso una acción productiva? O ¿es una acción ética? ¿Puede un juez decidir justamente sin ser un hombre justo? La respuesta de Aristóteles no ofrece duda alguna: el actuar justamente supone un modo de actuar justo [...] La garantía de que la decisión de un hombre es justa viene dada por su modo de ser, por el tipo de hombre que es. Entre nosotros las cosas son distintas. Poco o nada importa el *êthos* del juez, pues la garantía de que una decisión judicial es justa viene dada por la correcta aplicación de las normas de acuerdo a los cánones usualmente admitidos y a la justificación de la aplicación elegida de acuerdo con las condiciones de persuasión vigentes. (2005: 62)

Por ello, retoma como esclarecedor frente a esta problemática, el tema de la *epikeia*, o “equidad”. Ésta entrará a jugar un papel preponderante en la interpretación jurídica como actividad mediadora entre la generalidad de la ley y el caso concreto, interpretación que debe realizarse desde “la” “circunstancia”; desde “la” “situación”; ésta:

[n]o es un obstáculo para la comprensión, sino lo que le da sentido. [...] para el Estagirita es claro que la correcta interpretación depende del carácter del intérprete. El injusto hará una aplicación de cualquier manera, mientras que el justo lo hará excelentemente [...] En otras palabras, la rectitud de la interpretación descansa y tiene como garantía el modo de ser

del intérprete. Para nosotros el problema de la interpretación es una cuestión de método. [...] [L]a aplicación se vuelve algo formal, nuevamente un simple asunto de justeza, en el que la relevancia del *êthos* del juez se disuelve y la mediación del intérprete se oculta detrás del cómodo anonimato que procura la “objetividad” del método. (2005: 62-63)

Finiquita su planteamiento con una afirmación paradójica:

[n]o se trata de desconocer la importancia de reglas de interpretación, sino de caer en la cuenta de que incluso estas reglas al ser generales también requieren de interrelación [...] Se trata de recordar de una vez por todas el papel protagónico que juega el intérprete en cada aplicación, que estamos en presencia del acto concreto de un hombre concreto en una situación concreta, y en tal sentido, no puede ignorarse la relevancia fundamental que su modo de ser tiene en dicha decisión. (2005: 63)

3.2 Nelson Cuchumbé y el discurso jurídico como caso específico del discurso moral práctico

En su texto, Nelson Cuchumbé se propone abordar la interpretación de la lógica del discurso práctico que propone Jürgen Habermas, “[i]nterpretación que permite fundamentar las acciones comunicativas a partir de presupuestos éticos” (Cuchumbé, 2005: 65), y que a su vez es “[r]ecogida e integrada por Robert Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica* para mostrar cómo el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico” (2005: 65). Esta derivación discursiva implica que “en el ámbito legal los operadores de justicia emplean enunciados normativos que deben ser fundamentados y justificados bajo criterios correctivos” (2005: 65).

Ahora bien, el punto de partida de Cuchumbé, en el desarrollo del cometido transcrito lo constituyen dos supuestos MacCartiano-habermasianos para la alternativa universal del discurso práctico⁶, los cuales resultan significativos, según Cuchumbé:

⁶ Estos dos supuestos son: “(1) Las cuestiones prácticas pueden ser decididas racionalmente, y evitar, sin embargo, los escollos conectados con las tentativas tradicionales, ontológicas y naturalistas, de asimilar o de reducir las pretensiones de rectitud normativa a pretensiones de verdad” y “(2) las diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y de la argumentación práctica no son tales como para desterrar a ésta última del ámbito de la racionalidad” (citando a MacCarthy, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. Madrid: Tecnos [1987], p. 360). *Vide* Cuchumbé (2005: 66-67).

[p]ara comprender el problema de la validez normativa con respecto a la fundamentación del discurso práctico, dado que, cuando el juez toma una decisión realiza una actividad interpretativa a partir de un horizonte normativo (Constitución Política). (2005: 67)

Luego sostiene que “[e]n línea con lo anterior, es válido señalar que una decisión jurídica puede concebirse como un resultado ‘racionalmente motivado’, expresión de una ‘voluntad racional’, un consenso justificado, garantizado o fundado” (2005: 67).

Al mismo tiempo plantea:

[e]s fundamental comprender que en el discurso jurídico las decisiones son producto de una expresión racional que presupone un trasfondo normativo propio del modo de vida de una comunidad. En este sentido, una decisión jurídica es un enunciado normativo que expresa un contenido proposicional que integra los valores y principios que constituyen un modo de organización social de una comunidad. (2005: 67)

Después de caracterizar las perspectivas que derivan el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico se pregunta ¿cuáles son aquellos elementos teórico-filosóficos propios del discurso práctico que hacen parte del discurso jurídico? (2005: 67), a lo cual responde planteando la necesidad de un acercamiento a la interpretación habermasiana del discurso práctico (2005: 67) desde tres aspectos que permiten:

[m]ostrar cómo el discurso jurídico está fundamentado en normas que representan el acuerdo político alcanzado por una comunidad: Normas que orientan y permiten fundamentar las decisiones judiciales. Dichos aspectos son: (1) la relación existente entre racionalidad y cuestiones prácticas. (2) las normas como principios reguladores. (3) la interacción comunicativa fundada en pretensiones como la inteligibilidad, la verdad y la rectitud. (2005: 68)

Del primer aspecto efectúa una descripción que concluye con la siguiente síntesis:

[e]l análisis del discurso práctico permite señalar, en primer lugar, que en la vida cotidiana las normas existentes representan intereses comunes que son logrados desde una comunicación orientada hacia el consenso. En segundo lugar, debe admitirse que los participantes en la discusión pueden ofrecer críticas a las diversas justificaciones teóricas ofrecidas por otro interlocutor, como posibilidades de solución de un problema práctico o en la modificación de una norma. (2005: 72)

En tercer lugar, la perspectiva pragmática ofrecida para fundamentar el discurso práctico muestra que el componente normativo aceptado como válido, en una comunidad, es producto del reconocimiento intersubjetivo, pues las normas, los principios, las instituciones, y los roles diferenciados por una comunidad adquieren su existencia y validez cuando son producto de una discusión consensuada, entre los participantes, y cuando éstos a su vez, de modo recíproco, los reconocen como un producto de la relación entre ellos (2005: 72-73)

En cuarto lugar, el reconocimiento de intereses y necesidades constituye parte del panorama de los deseos particulares, por tanto, estos son elementos constitutivos que pueden ser objeto de generalización o de aceptación compartida por los integrantes de una comunidad. Por consiguiente, es necesario reconocer cierto nivel de objetividad en aquellos juicios normativos que contienen y expresan intenciones compartidas recíprocamente por los actores sociales.

[...] El reconocimiento de la conexión entre intereses particulares e intereses compartidos recíprocamente, muestra que en el discurso práctico es posible lograr, ante una situación problemática común, un consenso racionalmente compartido. (2005: 73)

En último lugar, el análisis del discurso práctico muestra que todo participante en la discusión moral debe reflexionar sobre la relación de dependencia entre sus necesidades, su estado de saber y de poder. (2005: 74)

El segundo aspecto, por su parte, lo finiquita con la siguiente conclusión:

El análisis del discurso práctico nos permitió reconocer que la comunicación o discusión argumentada presupone una competencia comunicativa en el participante. Por tanto, cabe resaltar aspectos pragmáticos como: 1) la disposición de anteponer al acto de habla pretensiones de rectitud, 2) capacidad para utilizar los medios formales de la argumentación -técnicas discursivas-, 3) capacidad para realizar acciones de habla sobre una base común -normas y valores, roles e instituciones, reglas y convenciones- y, 4) capacidad para comprender que el componente realizativo del acto de habla proferido está expuesto a ajustarse o a chocar con el componente normativo.

[...] Las pretensiones de *inteligibilidad*, *rectitud* y *verdad* son posibles siempre y cuando exista una institucionalización del discurso, lo cual implica reconocer un desarrollo evolutivo al interior de las comunidades que lo han logrado como parte de su modo de vida. (2005: 76)

El último aspecto, de otro lado, lo revierte Cuchumbé a la afirmación de que “la estructura del discurso práctico contiene una concepción de comunicación centrada en una ‘comunidad de los sujetos en diálogo’ [...]” (2005: 77); aspecto desde cuyo análisis delimita cuatro señalamientos:

Primero. Las normas permiten regular, en igualdad de condiciones, las interrelaciones entre los participantes.

Segundo. Existen intereses particulares e intereses comunes o generalizables.

Tercero. La función del discurso práctico radica en analizar qué intereses son posibles de generalización a través del consenso (debido a la posibilidad de ser compartidos comunicativamente) y cuáles son susceptibles de compromiso negociado.

Cuarto. La característica que permite identificar cuándo hay intereses compartidos comunicativamente, está en el hecho que los participantes puedan poseer tanto un conocimiento pertinente de las condiciones y consecuencias que determinan los actores sociales, como la capacidad de interactuar a la luz de una perspectiva veraz por parte de ellos. (2005: 78)

Por último, a partir del planteamiento de que la rectitud o corrección axiológicas son un aspecto ontológico de los enunciados normativos⁷, manifiesta Cuchumbé que:

Este aspecto es fundamental en el discurso jurídico pues el juez comprende que su decisión debe ser correcta y demanda una determinación que supone una valoración que representa el horizonte normativo que garantiza un orden social justo para los participantes de la comunidad. (2005: 80)

Culmina su presentación con la siguiente afirmación:

el discurso jurídico presupone enunciados normativos que deben ser justificados desde una perspectiva correctiva. Es esta pretensión correctiva la que permite mostrar que el discurso jurídico es parte del discurso práctico, pues, este último adquiere validez sólo si es realizado desde el trasfondo normativo que representa (sic) los valores, principios y expectativas de vida formalizados en una Constitución Política. (2005: 82)

4. Análisis crítico de las metaéticas cognoscitivistas de Zamorano y Cuchumbé

4.1 El planteamiento de Zamorano

⁷ “[e]n el discurso práctico los enunciados normativos, ofrecidos por cualquier participante en la comunicación, presuponen la pretensión de rectitud. Toda acción comunicativa supone un actuar que se espera como correcta (sic) para el logro de un conocimiento, un acuerdo apropiado, o aplicación de una norma a partir de una situación problemática” (Cuchumbé, 2005: 80).

4.1.1 El esencialismo conceptual

Como se describió, Zamorano retoma para la fundamentación de su objetivismo ético-judicial los conceptos de la teoría moral aristotélica, los que combina con elementos de la filosofía hermenéutica gadameriana. Muy seguramente el recurso a la ética sustancial aristotélica lleva a Zamorano a incurrir en una actitud epistemológica propia del idealismo metafísico: el esencialismo conceptual. Conviene mencionar que conforme a esta actitud:

Se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Esto supone que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consiste en una conexión necesaria que los hombres no pueden crear o cambiar sino sólo reconocer, detectando los aspectos esenciales de la realidad que deben, ineludiblemente, estar recogidos en nuestros conceptos.

Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos. (Nino, 1980: 12)

Como puede colegirse, este esencialismo de los conceptos destierra la admisibilidad de un pluralismo conceptual de las nociones básicas del discurso moral; veda la discusión respecto del significado de los conceptos morales del discurso ético, que no pueden entonces ser dotados de sentidos diversos según sus usos en contextos de discurso, esto es, interpretados y usados argumentativamente, desde una perspectiva plural, lo cual va en contra del carácter abierto, dinámico o evolutivo de la atribución de responsabilidad moral, problema básico de una teoría ética.

Dos manifestaciones específicas de ese esencialismo conceptual de la tesis de Zamorano son las que me interesan examinar: el esencialismo de los conceptos morales de “virtud” y “justicia”, de un lado, y el esencialismo de la noción de “verdad” de los juicios éticos, de otro.

a) *Esencialismo de las nociones morales de los valores “virtud” y “justicia”.*

Como quedó descrito, para Zamorano “la” “virtud” es definible, y lo es de una única y verdadera (estática) forma: “objetivamente”. Para Zamorano la virtud es, con Aristóteles, la “excelencia” en el “buen vivir” como *modus vivendi* “feliz”. La virtud es la práctica “excelente” de “la” “felicidad”, que como estado existencial de “la” “vida buena” (¿o de “la” “buena vida”?) permite, a

su vez, realizar “la” “prudencia”, que es “la” acción “excelente”, la “mejor” acción en el caso “particular”. La mejor acción como la acción de bien que es “tal” “en cuanto tal”.

Llevado al plano de la corrección de la decisión judicial, dicha rectitud estará garantizada por la virtuosidad del juez revertida al caso concreto: el juez “virtuoso”, esto es, “excelente”, “prudente” (¿“perfecto”?), decidirá siempre, *per se*, de manera correcta, independientemente de su consulta del derecho positivo al adoptar su decisión.

Precisamente aquello que es destinatario de la crítica de Zamorano, la persuasión no convincente, que reivindica la “bondad” íntima —pero “objetiva”— del juez, deambula paradójicamente en su argumentación. El esencialismo conceptual, en este caso el de la noción de “virtud” (del juez), suele incurrir en exacerbados abusos de la especulación metafísica y de la persuasión retórica, sobredimensionando el valor ético de la carga emotiva del lenguaje. El problema de mayor complejidad es que la metafísica incontrolada o especulativa no es susceptible de control intersubjetivo porque se queda en el plano de la convicción y la comprensión *íntimas*. Allí, en la metafísica no cautelosa acerca de la bondad y la virtud se queda inmerso el planteamiento de Zamorano, inextricable, inexpugnable: una especie de “verdad sabida y buena fe guardada” (morales).

Frente a ese planteamiento valdría la pena preguntarnos si conceptos como “virtud” y “justicia” pueden tener sentidos diversos al que Zamorano les asigna y, de ser así, si es posible establecerlos a través de la reflexión íntima, de esa especie de “más allá” interior o si, por el contrario, es necesaria (y acaso posible) una deliberación intersubjetiva que permita llegar a consensos acerca de esos sentidos en los actuales tiempos y circunstancias histórico-sociales y semiótico-culturales dinámicas, cambiantes y, ante todo, tensas existentes respecto de las discusiones axiológicas y morales.

En qué consiste el aspecto de “bondad en cuanto tal” de las acciones “buenas”; ¿es impensable una ética intersubjetiva o formal sin moral? O, ¿es posible, e incluso preferible, una moral intersubjetiva y procesal, no sustancial, como objeto de la disciplina ética? ¿Qué es la inadmisibile imperfectibilidad ulterior como noción de “excelencia”? ¿Quiénes son los no-excelentes”, los “no-buenos”, los “no-prudentes” en una sociedad multicultural y multiétnica? ¿Acaso son los “mediocres”, los “malos” o los “imprudentes”? ¿Qué límites demarcan la pertenencia a grupos culturales, sociales, políticos o étnicos minoritarios de su valoración como “mediocres”, los “malos” o los “imprudentes”?

¿Es una actitud moral la separación por el juez, de los enunciados generales del derecho como *criterios* orientadores (unos obligatorios, otros facultativos) no in-interpretables e in-argumentables discursivamente, de la decisión judicial? ¿Es un juez mediocre, malo e imprudente el que reconoce en los enunciados jurídicos y morales, especialmente en los derechos fundamentales de la modernidad (la igualdad, la libertad, la dignidad, la autonomía de la persona y su inviolabilidad), en tanto que pautas de derecho positivo (siempre derrotable en su sentido), emanado de los representantes democráticos del soberano (el constituyente, el legislador y el poder judicial), elementos de un discurso deontológico-público de deliberación democrática que constituyen criterios para orientar la razonabilidad de su decisión?

b) *Esencialismo de la noción de verdad*

Aunque el concepto de verdad no es el problema central de su ensayo, Zamorano entremezcla una concepción metafísico-objetivista con una hermenéutico-subjetivista de “verdad”. En efecto, previa consideración de la necesidad de inclusión de un aspecto material en una teoría correcta de la argumentación jurídica, a partir de la cual deriva la pertinencia y la necesidad de incorporar el valor justicia para brindar criterios de corrección a dicha teoría, afirma que esa rectitud es un “razonar de acuerdo con *principios universales*”, universalidad “del discurso *verdadero*” que “*vale para todos* independientemente del estatus social o de los caprichos de la multitud” (Zamorano, 2005: 55; cursivas agregadas).

Todo ello para posteriormente plantear que este carácter objetivo y universal de los criterios de rectitud de la teoría de la argumentación judicial es realizable judicialmente mediante la comprensión que de ellos efectúe ese juez virtuoso, prudente y justo que no se limita a ser un “funcionario” estatal sino que es un ser ético, poseedor de la *scientia iuris*, en cuyo único referente fundamentará sus fallos.

La principal problemática a resolver cuando se formula una teoría sustancialista de la verdad moral es el cómo se llega a esos criterios morales verdaderos y universales, en especial por el juez. Por fuera de una actitud dogmática, de un acto de fe o de creencia acrítica en estos “principios” morales, no es posible postular su existencia como referentes axiológicos de verdad universal, cognoscibles en forma racional por un juez que los conoce y los practica en tanto ser moral virtuoso, prudente y justo.

Y a este respecto surgen por lo menos las siguientes preguntas gnoseológicas acerca de la genealogía y el conocimiento de esa verdad moral universal: ¿cuál es su autoridad creadora? ¿Es unívoco el sentido en que pueden ser entendidos dichos valores? ¿Admite esa axiología moral objetiva y universal posibilidades de transformación y de cambio histórico? ¿Cómo responde, desde la perspectiva del pluralismo y la defensa de diversos derechos individuales, esta ética sustancialista a la diversidad cultural?

4.1.2 Dos tipos de generalizaciones filosóficas: la ontológica del carácter formal de las teorías de la argumentación contemporáneas y la epistemológica de la asepsia ética de estas teorías

Como se dejó planteado, Zamorano critica a las teorías de la argumentación contemporáneas por centrarse en la cuestión procedimental de la argumentación y dejar de lado el aspecto material de la ética de la decisión judicial. Considero que esta crítica incurre en una falsa generalización doble: la primera, de carácter parcial, consiste en calificar de “procedimentales” a todas las teorías contemporáneas de la argumentación. La segunda, derivada de la anterior, consistente en atribuir un carácter de asepsia moral a dichas teorías soslayando que el hecho de asignar un valor *principal*, más no único, al aspecto formal o procedimental de la argumentación, no hace incompatible ni destierra del estudio de la argumentación la cuestión de una racionalidad axiológica o moral.

Lo primero que debe señalarse al respecto es que, en efecto, *uno* de los problemas que trata la teoría estándar de la argumentación jurídica es el de los límites procedimentales de la actividad argumentativa, en el entendido de que los procedimientos para razonar son importantes si se quiere llegar a la obtención de criterios de verdad moral intersubjetivos o consensuales. Pero no creo que el análisis se quede allí. Si se examinan los estudios de los autores que forman parte de dicha teoría (*i. e.* Alexy, Dworkin, Nino, Atienza), es posible evidenciar en todos ellos elaboraciones encaminadas a reflexionar acerca del problema de cuáles son, cómo se entienden y cuál es la función que cumplen los valores morales del derecho de un Estado constitucional en (una teoría de) la decisión judicial⁸.

No otra cosa que una reflexión ético-material (aunque no solamente eso) son las elaboraciones de Alexy y Dworkin de la tesis del derecho por principios y sus manifestaciones de la pretensión de corrección y de la única respuesta correcta, respectivamente, y la justificación que a partir de ellas se hace de la

⁸ Cf., por todos, Alexy (1993).

inaplicación judicial de enunciados-reglas o mandatos legales definitivos con fundamento en un enunciado de principio (o valor), o mandato constitucional de optimización.

Lo mismo vale para autores como Nino y Atienza, con sus tesis del derecho como moral aplicada, proyectada en la fundamentación de una metaética de principios liberales básicos del Estado constitucional y la formulación del derecho como argumentación moral, en su orden.

En tal medida, la censura del carácter exclusivamente formal de las teorías de la argumentación, en el sentido de que “la rectitud queda determinada por la eficacia de la persuasión” (Zamorano, 2005: 53), parece más un prejuicio que un juicio que corresponda a una descripción de la estructura de la teoría estándar de la argumentación jurídica, que aunque inclusiva de un aspecto formal o procedimental de la argumentación, no delezna el aspecto “material”; es sólo que establece un criterio ontológico de los valores, no metafísico ni dogmático, ni existente en un mundo axiológico independiente de las construcciones sociales y culturales, sino precisamente originado en el seno de ellas, disponible en su comprensión y dilucidación óptica, mediante procedimientos de comunicación social dialogal y deliberativa que generan la formulación de valores morales que son entonces artificios humanos más no entidades en sí mismas.

4.1.3 Las confusiones metodológicas: ¿una ética descriptivo-normativa?

Una última cuestión del planteamiento de Zamorano tiene que ver con el aspecto metodológico: ¿es la suya una ética o filosofía moral metodológicamente descriptiva o prescriptiva? Su impugnación de las teorías de la argumentación tal vez soslaya el carácter normativo de ellas, es decir, su formulación, a veces explícita, otras veces implícita, de teorías morales o éticas *normativas*, esto es, de cómo *deben ser* las argumentaciones de los abogados y de los jueces. Su objeto de estudio no son las descripciones del ser de dichas argumentaciones.

En el trabajo de Zamorano quedan dudas acerca del estatus metodológico de su teoría ético-judicial, ya que en ocasiones parece una teoría normativa pero en otras se desplaza a argumentos de una teoría descriptiva. En otros términos, su teoría apunta más a una simbiótica ética descriptivo-normativa, que entonces debe encarar su resolución de la falacia naturalista de Hume, y su conocida regla metodológica de que del ser no se deriva el deber ser, ni viceversa.

En efecto, preguntarse, como lo hace Zamorano, en un mismo nivel metodológico de elaboración de un discurso ético, acerca de la posibilidad de un discurso axiológico “verdadero”, de la de uno “justo” y de la de uno “persuasivamente eficaz” da lugar a albergar esta confusión (Zamorano, 2005: 55), pues “verdad”, “justicia” y “eficacia” (de la persuasión) son predicados metodológicos diferentes de un discurso moral: el predicado de lo “verdadero” se adscribe a planos metodológicos que son tomados casi siempre como descriptivos para las ciencias empíricas y normativos para las humanísticas; el de lo “justo” a unos ámbitos metodológicos normativos y el de lo “eficaz” a métodos descriptivos.

4.2 El planteamiento de Cuchumbé

El ensayo de Cuchumbé se adscribe a una ética normativa de la decisión judicial. Esta explicitación no es óbice para demarcar algunos puntos críticos de su concepción normativa de la ética judicial. Estos puntos son los siguientes: en primer lugar, el referido a la justificabilidad que tiene la institucionalización de *una* (no “la”) moral, la mayoritaria (no por ello “consensual”) a través del derecho estatal, teniendo en cuenta el carácter neutral que ideológicamente debe acompañar a los Estados de derecho constitucional.

En segundo lugar, el aspecto referido a la validez teórica de concebir la decisión judicial como justificación correctiva de los enunciados jurídicos, desde el punto de vista de los límites derivados de una aplicación consecuente de la teoría de democracia moderna y su influencia en la concepción de la separación o división de las competencias del poder estatal en un Estado de derecho.

4.2.1 La institucionalización del discurso práctico-moral a través del derecho

Esta tesis es propia de autores que, como Habermas y Alexy, entablan una relación conceptual entre el derecho y la moral. Esta relación tiene a la moral como un discurso normativo o práctico general respecto del derecho, que se torna en un discurso práctico específico, en un caso-tipo o caso especial de aquel.

Desde este punto de vista, el derecho es una moral institucionalizada estatal y socialmente. Ello significa que todos los diferentes actos jurídicos, desde la Constitución, pasando por la ley y los reglamentos, hasta llegar a los actos particulares y a las sentencias judiciales, son parte del discurso moral, son discursos morales.

Como se trata de una moral no sustancial sino procesal y discursiva o consensual, la construcción del acto jurídico de la decisión judicial, para que sea un acto moral, esto es, axiológicamente correcto o recto, deberá ser producto de una concepción del proceso judicial como una situación de habla de agentes morales que deliberan como seres racionales, capaces de construir consensos éticos a través de la comunicación, el diálogo y la argumentación.

Frente a esta tesis caben diversos cuestionamientos. En especial se destaca el que tiene que ver con lo que dice este enfoque respecto de los límites que pueden surgir para el auditorio procesal a partir de las normas jurídicas, si siempre éstas son concebidas como derivados de las normas morales. Para plantear un ejemplo, ¿constituirán las reglas de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el derecho al silencio y a no declarar contra sí, límites de deliberación para el auditorio de un proceso penal concebido como un espacio de construcción de consensos morales “racionales” acerca de la “compatibilidad de intereses” susceptibles de “compromiso negociado” por las partes (Cuchumbé, 2005: 78-79)? ¿Podrá discutir un auditorio procesal el carácter de límites y de criterios de legitimación del *ius puniendi*, que tienen dichas garantías ciudadanas en un Estado de derecho? Y, más aún, ¿podrá considerar dicho auditorio procesal derrotados estos principios a partir de una valoración de éstos como intereses particulares no generalizables?

Una lectura del planteamiento de Cuchumbé deja abierta, a mi juicio, esta posibilidad, con los consecuentes riesgos de autoritarismo estatal que ella puede representar. El derecho puede seguramente asumir en ciertos aspectos la condición de un caso especial de un discurso moral, pero también una moral, en algunos de sus aspectos ontológicos (y fenomenológicos), puede tornarse parte del derecho y ser un caso especial de éste.

Precisamente, eso es tal vez la mejor forma de comprender, ya no desde un plano ontológico sino epistemológico, porque es ésta, la del estatus de algunas normas (enunciados de derechos fundamentales) como garantías ciudadanas, en este aspecto, una cuestión epistemológica: dichas normas están antepuestas a la política y a la moral. Vinculan a estas dos instituciones sociales y no es adecuado concebirlas como intereses debatibles por los miembros de un auditorio procesal, al menos en sus dimensiones mínimas.

Cuando ello ocurre, la tesis del carácter relativo de los derechos fundamentales y de su ponderabilidad ontológica (que no es ontológica sino epistemológica), que desde una perspectiva no radical sino débil puede ser teóricamente

sustentable, se exagera y pierde sus contornos de limitabilidad y controlabilidad.

4.2.2 La decisión judicial como justificación correctiva de los enunciados jurídicos

Este planteamiento debería responder a la interrogante de si el proceso judicial es un debate moral. ¿Y la decisión judicial es una respuesta a este debate? De ser afirmativa esta respuesta, ¿es solamente un debate moral el proceso judicial? Y, ¿cómo se da esa relación entre derecho y moral en el discurso jurídico-judicial? ¿Son los jueces y los juicios judiciales, agentes y enjuiciamientos morales?

Plantear que los enunciados jurídicos que usa el juez en sus decisiones deben ser justificados y fundamentados no es algo problemático en sí mismo. Ello deriva de la ontología de dichos enunciados: son actos de habla en los cuales el lenguaje es usado prescriptivamente. Lo problemático deviene de establecer para esa justificación y fundamentación un carácter de “pretensión correctiva”, que es la que permitiría “demostrar” que “*el*” discurso jurídico es parte “*del*” discurso práctico (Cuchumbé, 2005: 82), dejando de lado la reflexión que indaga sobre si existe un solo discurso práctico, un solo discurso jurídico o un solo discurso moral, o lo que es lo mismo, soslayando que no hay una alternativa de fundamentación, así como que se deja de lado el análisis del problema de si es unitario el discurso iusteórico sobre la decisión judicial y, desde luego, el de la cuestión de si existe, y además es unitario, un (“*el*”) discurso práctico-moral objetivo o intersubjetivo.

5. Bases metaéticas para la discusión acerca de la valoración moral del discurso jurídico-judicial

5.1 La posibilidad de fundamentación racional de los juicios morales y la decisión judicial: ¿es posible la existencia de una moralidad de la decisión judicial?

Como todo acto institucional, las decisiones judiciales son susceptibles de un análisis ético, análisis que reviste grados y niveles distintos de complejidad. En primer lugar, una decisión judicial implica el problema moral del reconocimiento (o no) del derecho positivo como razón para la acción y, por ende, como razón para la decisión judicial que valora normativamente dicha acción. Con otras palabras, en cuanto ella significa adhesión al derecho positivo por el poder judicial, así sea en un nivel mínimo, la decisión judicial constituye un problema ético que tiene que ver con la pregunta de ¿por qué el

derecho merece ser obedecido por los ciudadanos y por qué es justificable que su (des)acato sea (des)valorado por el poder judicial?

Este es el problema (filosófico-moral) de la obediencia al derecho, de si existe o no una obligación moral de los ciudadanos a obedecer al derecho, que por extensión integra la discusión de si existe tal obligación para los jueces al proferir sus decisiones.

En segundo lugar, en cuanto ellas como normas, como parte del derecho, constituyen configuraciones de sujetos y de comportamientos humanos, por aquello de que “individualizan” o “concretizan” el derecho general, las decisiones judiciales, como discursos subjetivos del juez, unipersonal o colegiado, contienen juicios morales (Teubner, 2005). Este es un hecho real y en tal medida lo abordaré como problema desde una perspectiva realista y no normativista (Haba, 2002; Salas, 2006): los jueces como seres humanos, es decir, como sujetos morales, poseen criterios axiológicos que inciden en mayor o menor grado en la elaboración de sus decisiones, en su juzgamiento del caso. Este es el problema de la neutralidad axiológica de las decisiones judiciales, de la actitud de pluralismo moral que los jueces como sujetos morales tienen respecto de los casos sometidos a su juicio, respecto de las diferentes perspectivas morales de los sujetos que integran el auditorio del proceso.

Ambos problemas, el de la (in)existencia de un deber moral de obediencia judicial al derecho y el de la configuración neutral de la(s) moralidad(es) sociales a través de la semiótica judicial, son cuestiones históricamente abiertas, controvertibles y debatidas, que carecen de una respuesta unitaria y definitiva. En su abordaje confluyen posturas filosóficas divergentes y contrarias, básicamente las de los enfoques filosófico-morales objetivistas y subjetivistas, en sus diferentes modalidades internas.

Las posturas objetivistas defienden, como es sabido, la existencia tanto de valores morales racionalmente cognoscibles como de valoraciones también racionales u objetivas de esos valores. El criterio de objetividad oscila entre concepciones metafísicas y concepciones constructivistas del concepto “valor” (Nino, 1989).

Las posiciones subjetivistas, por su parte, adhieren a un escepticismo de la existencia de valores que los hace elementos de la subjetividad similares a los juicios estéticos, cuando no meras ficciones lingüísticas.

Estos problemas como cuestiones de una filosofía moral, a mi juicio, son en una buena medida aporéticos, es decir, su resolución es apenas heurística y de alcance racional precario, limitado. Lo anterior por cuanto, como lo afirma Haba:

En definitiva, dos éticas judiciales: una de ellas, esencialmente dogmática y escapista: normativismo. Pero enfrente queda la posibilidad, metodología realista-crítica, de sacar adelante una ética de la *plena* RESPONSABILIDAD intelectual y social del juez, como sujeto moral de sus propios fallos. (Haba, 2002: 529)

En esta mira de análisis son ilustrativas, al tiempo que generadoras de perplejidad y desencanto, las reflexiones de von Wright:

[...] hablaré de “valoraciones” y no de valores”. “Valoraciones” se refiere a algo que hacemos, y de lo que se puede hacer una descripción relativamente unívoca. “Valores” parece referirse a un reino de entidades difíciles o hasta imposibles de abarcar. Es más, en sentido estricto puede que tal reino ni siquiera exista en absoluto. (Wright, 2001: 385)

Se suelen distinguir varios reinos de valores. Se habla de valores morales y estéticos, de valores políticos y sociales, de valores religiosos, etc. Sin embargo, no está muy claro lo que significa esta categorización. Estamos en otro rincón oscuro de la filosofía de los valores tradicional.

Por ejemplo, ¿son la bondad y la maldad típicos valores morales? Pienso que todos estamos de acuerdo en que “bueno” y “malo” son términos usados correctamente en numerosos contextos que nada tienen que ver con la moralidad. Por ejemplo cuando hablamos de una “buena comida” o de una “buena cabeza”. [...]

La moralidad, el arte, la religión y la política representan muy diferentes formas de vida humana o de cultura. Casi todos los fenómenos que abarcan son objetos de valoración potencial. Ésta es su conexión con la filosofía de los valores. Un tema filosófico tradicionalmente conflictivo es el de la medida en que se pueden especificar tales formas de vida ¿Qué es la moral? y ¿qué es el arte? son cuestiones sobre las que se ha discutido a lo largo de toda la historia de la filosofía.

Dijimos que las valoraciones son actitudes emocionales aprobatorias o desaprobatorias. Preguntemonos ahora: ¿es por ejemplo la (des)aprobación moral, como actitud emocional, diferente de la (des)aprobación estética? Estos dos tipos de valoración son desde luego característicamente diferentes en muchos aspectos, pero su diferencia principal se refiere a los objetos, y no a las actitudes evaluativas. Lo que es objeto de valoración moral es diferente de lo que es objeto de valoración estética; las “materias” morales son diferentes de las materias de estética. [...] En las materias morales “bueno” es más común que “bello”, mientras que en las materias estéticas (quizá) al revés. Pero “bueno” se acoge también en contextos

estéticos y “bello” en contextos morales. La cuestión filosóficamente relevante concierne por tanto, principalmente al criterio según el cual se trata de un objeto de valoración moral o de un objeto de valoración estética, más que al criterio según el cual se trata de un caso de (des)aprobación moral o de un caso de (des)aprobación estética.

Si se acepta esto, la distinción entre los diferentes “reinos de valores” deja de ser una distinción entre diferentes clases de valor, y pasa a ser una distinción entre diferentes tipos de objetos de valoración. Esto es lo que cuenta respecto a las diferencias entre los “reinos”. Resulta engañoso llamarles reinos de valor”, puesto que la distinción se da entre los fenómenos, entre los fenómenos morales, estéticos, políticos, sociales, religiosos, etc. Y entre las correlativas esferas de vida humana o de cultura. (Wright, 2001: 392-393)

Las valoraciones se expresan en el lenguaje por medio de adjetivos evaluativos como “bueno”, “bello”, “justo”, “simpático”, etc., de cuyas formas sustantivizadas se dice que denotan valores: la bondad, la belleza, la justicia, la simpatía, etc. La ontología de los valores se convierte así en un problema para el filósofo ¿Son los valores entidades? ¿Cuál es su modo de existencia? Yo preferiría llamarles “ficciones lingüísticas”. (Wright, 2001: 395)

5.2 Metaética constructivista y ética normativa relativista: sentido y límites heurísticos del intersubjetivismo moral en la decisión judicial

El problema de la racionalidad axiológica o ética de la decisión judicial sigue siendo uno de los temas más debatidos y controvertidos de la teoría del derecho. Prácticamente no hay iusteórico que no haya reflexionado sobre el mismo. Irracionalismo y racionalismo constituyen dos extremos casi siempre irreconciliables de la discusión. El escepticismo de la racionalidad judicial caracteriza a los primeros. El racionalismo a los segundos, sobre todo a partir de la posmodernidad. Este racionalismo plantea, por su parte, lo que Zamorano y Cuchumbé de alguna manera presuponen, como lo hace una buena parte de los autores cognoscitivistas éticos, sin adentrarse en mayores y necesarias explicitaciones: que la sentencia judicial no *es* (¿debe ser?) un acto de voluntad del juez, ni siquiera relativamente voluntario, sino un acto de aplicación racional (a veces entendida la racionalidad en sentido fuerte, otras veces débil: razonabilidad) de los enunciados jurídicos (que a la vez son morales, dada su suscripción implícita de la relación conceptual entre derecho y moral).

En el panorama histórico y metodológico de la teoría del derecho las concepciones epistemológicas de cada enfoque iusteórico condicionan ese péndulo acerca de lo (ir)racional de la sentencia judicial: aunque con fundamentaciones diversas, positivistas (tanto normativistas —excepto

Kelsen— como analíticos) y constructivistas jurídicos, abogan por tipos de racionalismo judicial; los realistas, por su parte, y Kelsen, son escépticos de esa posibilidad.

Muy seguramente detrás de la adopción de alguna de esas opciones epistémicas cumple un papel relevante, como en los autores en comento, el grado de idealización del juez como autoridad institucional del derecho. La idea de un Hércules, un Hermes e incluso un Júpiter, deambula en muchos teóricos del derecho e interfiere en la relevancia que éstos asignan a las reglas de producción de la sentencia.

Pero, frente a estas concepciones ético-ideales de juez, existe un dualismo de restricciones que debería impactar este tipo de teorización: en primer lugar, la concepción del juez no sólo como un sujeto moral “ordinario” sino también sometido a condicionamientos institucionales como el derecho, esto es, como un “agente moral cualificado institucionalmente”⁹. Esta restricción puede surgir si se trata de un juez que reconozca al derecho en tanto que institución social, una dimensión razonamental *privilegiada* frente a otras razones, incluyendo las de carácter moral, para su decisión. En segundo lugar, la concepción del juez como un agente social *real*, portador de emociones, prejuicios, preconcepciones, ideologías, moralidad, etc., todo lo cual impide que decida sólo basado en el derecho positivo puro, aplicado al caso con independencia de su subjetividad psico-social.

Ese dualismo, que rescata el carácter humano del juez y de la decisión judicial, en el sentido de acto falible, complejo, integrador de actos cognoscitivos pero también emotivos, jurídico pero también político, implica para las diferentes posiciones metaéticas y ético-normativas la inclusión de niveles de relativismo y de fijación de sentidos y alcances heurísticos de la ética en la decisión judicial. Este relativismo se encamina a comprender el carácter limitado de los “consensos” en materia moral y, ante todo, de su interpretación por los jueces. Estos consensos no se interpretan con una neutralidad adecuada debido a la estructura misma del lenguaje y del razonamiento moral: aceptando incluso que pueden ser lenguaje prescriptivo son también lenguaje emotivo, por lo que en ellos con dificultad pueden entrar en juego puntos de vista exclusivamente racionales o siquiera neutrales de la valoración de la conducta humana y de sus aspectos normativos internos y externos.

Del mismo modo, un consenso moral, de lograrse a partir de un nivel de intersubjetividad alto tendrá siempre un alcance heurístico, como lo han puesto

⁹ Esta distinción en Lariguet (2007: 53).

de presente autores como Haba y Salas para indicar criterios de corrección de la actuación humana y de la decisión judicial, como uno de sus casos. Este alcance heurístico debería permitirnos aceptar y proyectar una doctrina de la decisión judicial que no termine siendo defensora de un eticismo ingenuo¹⁰, sucedáneo del positivismo ideológico del siglo XIX que creía, con ingenuidad teórica, que las normas hablaban por sí mismas y, más aún, que “poseían” de alguna manera al juez y lo hacían hablar por ellas.

Esta falacia normativista desconoce que, morales o jurídicas, las normas son entidades deónticas que admiten ámbitos de análisis tanto racionales como irracionales, que se usan con neutralidad dependiendo del interés de ser neutral que tenga el juez, que cuando opta por esa neutralidad, esto es, asume una opción institucionalista, no está siendo puramente neutral, pues está procediendo a una elección que tampoco es algo sólo racional, o que puede ser algo en tan sólo emocional.

Con lo dicho he pretendido dilucidar algunos problemas que plantean los enfoques cognitivistas ético-judiciales de los profesores Zamorano y Cuchumbé, en tiempos donde estos enfoques racionalistas morales se erigen en paradigmas de la filosofía práctica, incluyendo los discursos iusteóricos. Este carácter paradigmático seguramente adquirirá mayor legitimidad en cuanto consenso teórico si es sometido a cuestionamientos, es receptivo de interrogantes, da lugar a la admisión de paradojas y actúa con perplejidad y sospecha para, de tal forma, encararlos con apertura al diálogo y a la deliberación plurales y públicos. Pienso que es lo óptico de cuestiones aporéticas como la existencia de entidades axiológicas y la posibilidad de un conocimiento racional de ellas el estar inmersas en un intersticio entre paradoja y perplejidad.

¹⁰ Cf. Bulygin (1987: 84): “[l]a fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre. Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa, conquista del hombre, a la que hay que cuidar con esmero, si no se quiere que esa conquista se pierda”.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1993).
- Apel, Karl-Otto. *Estudios éticos*. Trad. Carlos de Santiago. México: Fontamara (1999).
- Aristóteles. *Ética nicomáquea*. Trad. Julio Pallí. Madrid: Planeta/Deagostini (1997).
- Bulygin, Eugenio. Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos. *Doxa* 4 (1987), pp. 79-84.
- Camps, Victoria. *Ética, retórica, política*. Madrid: Alianza (1988).
- Comanducci, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Trad. Pablo Larrañaga. México: Fontamara (1999).
- Cuchumbé Holguín, Nelson J. “El discurso práctico y su relación con el discurso jurídico.” *Criterio Jurídico* 5 (2005).
- De Aquino, Tomas. *Suma teológica* (V. 8): *Tratado de la prudencia y de la justicia*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (1956).
- Garzón Valdés, Ernesto. “Los enunciados de responsabilidad.” *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*. Coord. Manuel Cruz y Roberto Aramayo. Madrid: Trotta (1999).
- Haba, Enrique Pedro. “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial.” *Doxa* 25 (2002).
- Habermas, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Trad. Manuel Jiménez. Barcelona: Paidós (1991).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, Losada (2004).
- Heller, Agnes. *Ética general*. Trad. Ángel Rivero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1995).
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (11 Ed.). Trad. Luis Martínez de Velasco. Madrid: Espasa-Calpe (1995).
- Kant, Immanuel. *Lecciones de ética*. Trad. Roberto Rodríguez y Concha Roldán. Barcelona: Crítica (2002).
- Lariguet, Guillermo. “El desafío de Billy Budd. Dilemas morales y dimensión institucional del derecho.” *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía* 39.116 (2007), pp. 59-78.
- Marx, Karl. *La moral comunista*. Medellín: Ediciones Pepe (1969).
- MacIntyre, Alasdair. *Historia de la ética*. Trad. Roberto Juan Walton. Barcelona: Paidós (1998).
- Mendonca, Daniel. *Los secretos de la ética*. Madrid: Tecnos (2001).
- Moore, George E. *Ética*. Trad. Manuel Cardenal. Barcelona: Labor (1989).
- Moore, George E. *Principia Ethica*. Trad. María Vásquez. Barcelona: Crítica (2002).

- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea (1980).
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel (1989).
- Nino, Carlos Santiago. “Ética analítica en la actualidad.” En: *Concepciones de la ética*. Ed. Victoria Camps, Oswaldo Guariglia y Fernando Salmerón. Madrid: Trotta-CSIC (1992).
- Pieper, Anne Marie. *Ética y moral. Una introducción a la filosofía práctica*. Trad. Gustau Muñoz. Barcelona: Crítica (1990).
- Rabossi, Eduardo. *Acerca de la moral y sus niveles metodológicos de estudio*. La Plata: Cuadernos de la Universidad Nacional de la Plata (1964).
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. Trad. Dolores González. Madrid y México: Fondo de Cultura Económica (1997).
- Salas, Minor. “¿Qué significa fundamentar una sentencia? O el arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica.” Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 13 (2006) (<http://www.uv.es/CEFD/13/minor.pdf>).
- Teubner, Günther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Trad. Carlos Jara Gómez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).
- Weber, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (4 Ed.). Trad. José Chávez. México D.F.: Ediciones Coyoacán (1997).
- Wittgenstein, Ludwig. *Conferencia sobre ética*. Trad. Fina Birulés. Barcelona: Paidós, Universidad Autónoma de Barcelona (1989).
- Wright, Henrik von. *Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo*. Trad. Carlos Alarcón Cabrera. *Anuario de Filosofía del Derecho* 18 (2001), pp. 385-398.
- Zamorano Aragón, Luis Eduardo. “Decisión judicial y *ethos*.” *Criterio Jurídico* 5 (2005).