

LA ÉTICA JUDICIAL COMO ÉTICA DE LA AUTENTICIDAD

Ambos tienen el mismo derecho y la misma falta de derecho

HEGEL, Fenomenología

Arturo BERUMEN CAMPOS*

SUMARIO: I. *La posfilosofía*. II. *El conocimiento de uno mismo (Hegel)*. III. *La acción institucional (Gehlen-Merton)*. IV. *La ética de la autenticidad (Sartre)*. V. *El mundo de la vida, el derecho y la libertad (Habermas)*. VI. *Los roles sociales, el reconocimiento recíproco y el ser para la muerte (Mead, Hegel, Heidegger)*. VII. *Sistema jurídico e inautenticidad judicial (Luhmann, Marx)*. VIII. *La autenticidad como imparcialidad comunicativa (Habermas)*. IX. *Conclusión*.

I. LA POSFILOSOFÍA

NO DEJA de ser paradójico que en estos tiempos “posfilosóficos” que corren, sea cada vez más común hablar de temas de ética, de ética jurídica o de ética judicial. Por un lado, la filosofía sufre un olvido, un eclipse e, incluso, un desprecio, como en ninguna otra época histórica, en nuestro país. Por otro lado, proliferan los cursos de ética en todos los “curricula”, como éste, claro. “La filosofía no sirve para nada”, dice el tecnócrata impenitente; pero “se necesita que los funcionarios actúen con ética”, diría, tal vez, el mismo personaje. Parecería, entonces, que se quiere o se cree que puede haber una ética sin filosofía, como si la ética se diera por “generación espontánea” y no mediante una “actividad reflexiva”.

Tal vez, sea esta paradoja entre el “desprecio posmoderno” de la filosofía y los “requerimientos modernos” de la ética, la que explique, al menos en parte, otra paradoja aún mayor y más grave, en nuestra realidad social: la sociedad moderna exige y, a la vez impide a sus miembros un

* Maestro en Derecho, Profesor del Posgrado de Derecho en la UNAM.

comportamiento ético.¹ Es decir, establece una ética casi puritana, pero destruye las condiciones que la hacen posible. Por ejemplo, la moral cristiana de ayudar al prójimo es absolutamente imposible en la despiadada competencia económica y política. La consecución de la justicia no parece muy compatible con las exigencias sistémicas del orden jurídico que, al parecer, lo único que le importa es reproducirse, autopoieticamente, a sí mismo, en términos de Luhmann.² La honestidad personal se vuelve un obstáculo para las acciones orientadas al éxito, para hablar como Habermas.³

La simple moral, la mera moral, como diría Hegel,⁴ es impotente, no ya para resolver dicha contradicción, sino ni siquiera para entenderla. Es aquí donde la filosofía le podría prestar alguna ayuda para entender la “paradoja moderna de la moralidad”, aunque la resolución social de la misma, requiera de algo más que “mera filosofía” también.

II. EL CONOCIMIENTO DE UNO MISMO (HEGEL)

Es común escuchar a quienes defienden a la filosofía de los ataques de parte de quienes la consideran como una ocupación inútil, decir que la filosofía no tiene porque servir para algo, puesto que es una reflexión desinteresada, “válida en sí misma”, como ya la caracterizaba el mismo Aristóteles.⁵ Sin embargo, este argumento me parece que es un error, porque la filosofía no tan sólo es la actividad humana más útil de todas, sino que es también la más necesaria.

No, no es cierto que la finalidad de la filosofía sea darle, simplemente, un fundamento a la ciencia, como querían los positivistas; como tampoco se reduce a fundamentar a la historia, como querían los marxistas; ni tan sólo proporcionar una metodología para el estudio y la aplicación del derecho, como parecen creer los iuspositivistas. No. Claro que la filosofía tiene que hacer todo eso y muchas cosas más, pero su finalidad última no

¹ ROSS, Poole, *Moralidad y modernidad. El porvenir de la ética*, trad. Antonio Martínez Riu, Barcelona, Ed. Herder, 1993, p. 9.

² BERUMEN, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas editor y distribuidor, 2003, p. 139: “Así los subsistemas sociales de comunicación son autoreferentes, es decir, se refieren a sí mismos y se constituyen a sí mismos, es decir, son autopoéticos como los sistemas biológicos”.

³ *Ibidem*, p. 368.

⁴ BERUMEN, Arturo, *La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2003, pp. 28, 29.

⁵ ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. Patricio de Azcárate, México, Ed. Porrúa, 1980, A, 2, p. 7.

es esa. La última finalidad de la filosofía es que “el hombre se conozca a sí mismo”, que llegue al fondo de sí mismo. Desde Sócrates hasta Habermas, pasando por Hegel, la filosofía no ha sido otra cosa sino la eterna búsqueda de la conciencia de sí misma y por sí misma.

A veces, la conciencia, en la búsqueda de sí, se pierde a sí misma y busca en la ciencia, en la historia o en la metodología, algo diferente de sí misma, porque no sabe que se busca a sí misma y, por ello no se encuentra a sí misma. Para encontrar algo, dice Platón, hay que saber qué es lo que se busca, pues, de otro modo, no se podría saber cuándo se ha encontrado lo que se busca.

Pero la filosofía, sostiene Hegel, no tiene otra finalidad, no busca otra cosa sino que el espíritu se conozca a sí mismo, para que se haga a sí mismo.⁶ Por ello, continúa Hegel, el espíritu es el ser que, al conocerse a sí mismo, se realiza a sí mismo.⁷ Es decir, el hombre debe conocer sus alcances, pero también sus limitaciones, para poder determinarse a sí mismo, o sea para que pueda ser libre. “Saber su límite quiere decir saber sacrificarse”, sostiene el mismo Hegel.⁸

Y es que, en realidad, es común que nos engañemos, que creamos que nos conocemos, pero lo que, realmente conocemos de nosotros mismos, es algo muy limitado, como ha demostrado Freud e, incluso, algo invertido o distorsionado, como sostienen Marx y Habermas, respectivamente. A veces, hasta ignoramos que nos hacemos a nosotros mismos, con nuestras propias obras. Es, en nuestras propias obras, donde se encuentra el secreto de los que somos, de lo que podemos y no podemos hacer. Es en el conjunto de las instituciones sociales, donde el hombre o el espíritu encuentra la huella de su propia conciencia, porque es el hombre quien las ha creado. El hombre se conoce a sí mismo en la sociedad misma, que es su obra, es su espíritu objetivo, como la llama Hegel.⁹

Cuando el hombre reflexiona sobre la ciencia, lo que realmente está conociendo es su propia inteligencia, la cual se encuentra objetivada en la

⁶ HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, I, trad. Wenceslao ROCES, México, FCE, 1985, p. 28

⁷ HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, trad. Wenceslao ROCES, México, FCE, 1985, p. 467: “Como el espíritu que sabe lo que es, no existe antes, y sólo existe después de haberse llevado a cabo el trabajo mediante el cual, habiendo domeñado su configuración imperfecta, se crea para su conciencia la figura de la esencia, igualando así su *autoconciencia* con su *conciencia*.”

⁸ *Ibidem*, p. 472.

⁹ HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, E. Ovejero y Maury, México, Ed. Porrúa, 1980, p. 255.

ciencia. Del mismo modo, cuando el hombre reflexiona sobre la religión, sobre lo que, en realidad, reflexiona es sobre sus propios sentimientos, pues la religión es el reflejo de sus propios sentimientos. Igualmente, cuando el hombre busca la “esencia” del derecho, lo que busca no es otra cosa que la “esencia” de su propio comportamiento, pues el derecho es el producto de sus propias acciones. Cuando el hombre reflexiona sobre el lenguaje, realmente lo está haciendo sobre su propio espíritu, porque el lenguaje no es otra cosa que la fenomenología del espíritu.¹⁰ Lo mismo podemos decir sobre la estética, que es una reflexión sobre la propia imaginación humana que ha creado las obras artísticas. Y, por último, cuando el hombre reflexiona sobre la historia de sus instituciones jurídicas, sobre la historia de la ciencia, sobre la historia del arte, sobre la historia del lenguaje o sobre la historia de las religiones, lo que en verdad, está conociendo es la propia historia de su espíritu y de su conciencia; es el conocimiento absoluto de sí mismo, es el “espíritu absoluto” que Hegel entendía como la “historia concebida”.¹¹

En suma, el hombre filosofa sobre la religión, sobre el derecho, sobre el arte, sobre la ciencia, sobre el lenguaje y sobre la historia cuando estudia estos productos sociales suyos, para encontrarse a sí mismo y conocerse a sí mismo en ellos. Puede suceder, empero, que al hombre no le satisfaga o no le guste lo que ha sido y lo que es él mismo, desde el fondo de sus instituciones sociales y se niegue a aceptarse a sí mismo cómo es para sí mismo y, por consiguiente, se cierre el camino a su propia transformación.

III. ACCIÓN INSTITUCIONAL (GEHELEN-MERTON)

Tal vez, lo que más sorprenda al hombre, al estudiar sus propias instituciones es la evidencia que Gehelen ha señalado: la estructura de la personalidad de los sujetos, se corresponde con la estructura de las instituciones a las que pertenece.¹² Y más radical aún, es en la personalidad de los individuos donde residen las instituciones.¹³ Por ejemplo, un individuo

¹⁰ HEGEL, *Fenomenología...*, *op. cit.*, p. 380.

¹¹ *Ibidem*, p. 473.

¹² GEHELEN, Arnold, *Antropología filosófica*, trad. Carmen Cienfuegos, Barcelona, Apodos, 1993, p. 90.

¹³ BERGER, Peter, *Introducción a la sociología*, trad. Sara Galofre Llanos, México, Limusa, 2001, p. 126: “Gehlen considera que la institución es un organismo regulador que canaliza las acciones humanas en forma muy semejante a la manera en que los instintos canalizan la conducta animal. En otras palabras, las instituciones proporcionan maneras

que ha pertenecido por cincuenta años al ejército, es indudable que un aspecto muy importante de su personalidad, se encontrará marcada por la estructura vertical y rígidamente jerarquizada de la institución castrense. Y en la acción “institucionalizada” en la conciencia de sus miembros, es donde radica la institución del ejército.

Los sacerdotes, en otro ejemplo, en sus hábitos mentales y en sus prácticas, reflejan el dogmatismo de la institución religiosa a la que pertenecen: la Iglesia católica. Pero lo mismo puede decirse de los agentes del Ministerio Público que llevan “troquelado” en sus conciencias el autoritarismo típico de la Procuraduría de Justicia a la que pertenecen. Y, por supuesto, los jueces, cuyos hábitos y prácticas están marcados por un cierto formalismo que se manifiesta, incluso más allá de las necesidades del trabajo. Y qué decir de nuestras prisiones que son instituciones que “marcan” para siempre la personalidad de los internos, en perjuicio de la sociedad.

Esta “institucionalización de la personalidad”, como podríamos llamarla, podría resumirse diciendo: “dime como son las instituciones de una sociedad y te diré como son sus ciudadanos y sus funcionarios”, como, por otro lado, ya lo intuía Platón, en su teoría de la justicia.¹⁴ Aunque esta teoría sea muy discutible, como lo veremos más tarde, nos parece muy adecuada para el propósito de las tareas filosóficas, en el sentido del autoconocimiento humano que le dábamos más arriba. Si pudiéramos determinar, por ejemplo, cuáles son las características institucionales que estructuran la “personalidad corrupta”, tal vez, podríamos elaborar un “diagnóstico sociológico” con base en el cual pudiera hacerse una reforma ética de las instituciones. Me parece que todas las propuestas de las “reformas morales de la sociedad” han fracasado porque no se ha sustentado en un “autoesclarecimiento institucional de nuestra personalidad”, entre otras razones. Por eso dice Hegel que la “mera moral” es impotente ante la realidad “instintiva” de las instituciones.¹⁵

Para llevar a cabo una labor de esta envergadura habría que echar mano de las herramientas teóricas y metodológicas existentes sobre las insti-

de actuar por medio de las cuales es modelada y obligada a marchar la conducta humana, en canales que la sociedad considera los más convenientes. Y este truco se lleva a cabo haciendo que estos canales le parezcan al individuo los únicos posibles.”

¹⁴ BERUMEN, *Apuntes de filosofía del derecho*.

¹⁵ BERGER, *op. cit.*, p. 216; Hegel, *Fenomenología*, p. 228: “el curso del mundo es, por tanto, invulnerable para la virtud.”

tuciones. Me gustaría mencionar solamente la teoría de Merton sobre las funciones manifiestas y las funciones latentes de las instituciones. Para este autor, las instituciones tienen dos tipos de funciones: las funciones manifiestas y las funciones latentes. Las primeras se encuentran ligadas a normas jurídicas y, por ello, están escritas, son expresas y públicas. Las funciones latentes, por su parte, están ligadas a normas no jurídicas, sino a normas económicas, políticas y sociales, en general, y, por esta razón no están escritas y son implícitas. No obstante lo cual, pueden llegar a ser más eficaces o más importantes que las funciones manifiestas de las instituciones.¹⁶ Podemos hablar, por ejemplo, de las funciones de la Judicatura, cuya función manifiesta es la administración de justicia, imparcialmente; y la latente podría ser, a título de hipótesis, la legitimación de las decisiones del poder político. Estas últimas funciones latentes no están establecidas por nadie, pero son necesarias para el funcionamiento del sistema social en su conjunto. Por ello mismo, pueden establecerse como hipótesis que deberán demostrarse o invalidarse, como tales, en investigaciones concretas.

Ahora bien, ambos tipos de funciones, y no sólo las manifiestas, contribuyen a conformar la personalidad, la conciencia y la moralidad de quienes las operan, pues forman parte, junto con otros factores, de los hábitos de pensamiento y de las prácticas de los agentes sociales.

IV. LA ÉTICA DE LA AUTENTICIDAD (SARTRE)

A pesar de la enorme influencia que tienen las funciones manifiestas y las funciones latentes en la estructuración de la personalidad de los sujetos, difícilmente se podría aceptar que son determinantes en la actuación social de los mismos. Hay filósofos que no tan sólo niegan esta “determinación institucional de la conciencia”, sino que alertan contra el uso de la influencia institucional en las acciones para evadir la responsabilidad ética de sus autores.

Entre tales pensadores destaca la figura de Sartre, cuya filosofía existencialista exige del ser humano una “ética de la autenticidad” que significa, antes que nada, no escudarse en la fuerza de las instituciones para huir de la libertad. Es decir, la autenticidad significa no obrar de “mala fe”.¹⁷ La mala fe es la negación de la propia libertad, por la incapacidad de soportar la angustia que implica el obrar por decisión nuestra. Por mucha

¹⁶ BERGER, *op. cit.*, p. 63.

¹⁷ *Ibidem*, p. 200.

presión que hayas tenido para decidir en un sentido o en otro, dice Sartre, “pudiste haber dicho no”,¹⁸ por tanto, decidiste en ejercicio de tu libertad; por eso no digas que otros te forzaron a decidir, pues quiéraslo o no, “estás condenado a ser libre”.¹⁹ Puesto que la estructura de la existencia humana es la libertad, no se puede mientras se viva, dejar de ser libre.

Por eso, parece decirnos Sartre, acuérdate, cuando digas que “me sedujeron”, “me presionaron”, “me obligaron”, acuérdate que “estás condenado a ser libre”. No te refugies en las instituciones, pues entonces tú mismo te estás considerando una simple cosa, “un ser-en-sí”.²⁰ Acuérdate, no lo olvides, que “estás condenado a ser libre”. Tampoco te refugies en la ley, pues tú fuiste quien tomó la decisión y, cualquiera que ella sea, es producto de tu “ser-para-sí”, dice Sartre,²¹ es decir, cualquiera que sea la decisión, está *dentro de las posibilidades que has aceptado con libertad*. Por eso, no olvides que “estás condenado a ser libre”. Incluso si renuncias a tu libertad, por el miedo a la angustia del decidir, sigues siendo libre porque tu falta de libertad es consecuencia de tu misma libertad, sólo que no vives tu libertad con autenticidad, prefieres ser un “ser en sí” *inerte* a un “ser-para-sí” *activo y creador*.

Es altísimo el nivel de autenticidad exigido por Sartre a los seres humanos comunes y corrientes. Él quiere que todos seamos héroes. De hecho él está pensando, y de ello pone sus ejemplos, en los jueces nazis que, cuando fueron cuestionados en sus decisiones contra los judíos, contestaron que “obedecían órdenes superiores”, justificación no aceptada por Sartre pues, según él, “pudieron haber dicho no”, aunque la alternativa hubiera sido el campo de concentración para los mismos jueces, lo cual implicaba una actitud de héroe, como decíamos antes. Parece que la alternativa de la ética de autenticidad es ser héroe o inhumano.

V. EL MUNDO DE LA VIDA, EL DERECHO Y LA LIBERTAD (HABERMAS)

A pesar de todo lo válido y estimulante que la postura sartreana pudiera ser, podemos hacerle algunas observaciones. La primera la haremos desde el punto de vista del concepto del “mundo de la vida” de Habermas; la

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 201.

²⁰ SARTRE, Jean-Paul, *El ser y la nada*, trad. Juan Valmar, México, Alianza, 1986, p. 466: “Así, la negación de la libertad no puede concebirse sino como tentativa de captarse como ser-en-sí”.

²¹ *Ibidem*, p. 467: “El hombre es libre porque no es sí mismo, sino presencia ante sí”.

segunda, desde la idea del “conflicto de roles sociales” de Lautmann y la tercera desde los “efectos sistémicos” de Luhmann.

El concepto del “mundo de la vida”, Habermas lo toma del sociólogo Schutz quien, a su vez, la había tomado del filósofo Husserl y, en última instancia, se puede remontar a Kant e, incluso, al mismo Platón. Es un concepto un tanto complejo. Intentaremos exponerlo del siguiente modo.²²

Cuando nacemos, cuando venimos a este mundo, este mundo ya ha sido preinterpretado mucho antes de que naciéramos. Ya ha habido quienes se han encargado de preinterpretar el mundo en que nacemos. El mundo tiene, según esta teoría tres dimensiones: el *mundo objetivo* o la naturaleza, el *mundo social* o la sociedad y el *mundo subjetivo*, o el mundo interior de los sujetos.

Son estos tres mundos los que ya han sido preinterpretados por el lenguaje: el mundo objetivo ha sido preinterpretado por el *lenguaje constataativo*; el mundo social ha sido preinterpretado por el *lenguaje regulativo* y el mundo subjetivo ha sido preinterpretado por el *lenguaje expresivo*. De tal modo, el mundo objetivo preinterpretado por el lenguaje constataativo se transforma en el mundo de la vida de los *hechos*; el mundo social preinterpretado por el lenguaje regulativo constituye el mundo de la vida de los *valores* y el mundo subjetivo preinterpretado por el lenguaje expresivo constituye el mundo de la vida de nuestras *vivencias*.

Por ello, el mundo de nuestra vida está constituido por los hechos, los valores y las vivencias que son el resultado de la preinterpretación del mundo objetivo, social y subjetivo por medio del lenguaje constataativo, regulativo y expresivo. Y se llama mundo de la vida porque es el mundo en el que realmente vivimos. No vivimos en el mundo objetivo, social y subjetivo, sino en el mundo de los hechos, de los valores y de las vivencias.

No es lo mismo el mundo de los hechos que el mundo objetivo, pues entre ambos se encuentra el lenguaje constataativo que preinterpreta para nosotros el mundo objetivo. Tampoco es lo mismo el mundo social y el mundo de la vida de los valores, pues entre ambos existe el lenguaje regulativo que preinterpreta para nosotros el mundo social. Del mismo modo, el mundo subjetivo no es lo mismo que el mundo de la vida de las vivencias, pues entre ambos existe el lenguaje expresivo que preinterpreta para nosotros el mundo subjetivo.

²² Puede consultarse mi texto, *Apuntes de filosofía del derecho*, en el apunte primero, inciso núm. 1.7.

De esta manera, podemos decir que no existe ningún mundo real, sino muchos mundos de la vida, es decir, diversas preinterpretaciones del mundo. Así, por ejemplo, existe el mundo de la vida de las mujeres y el mundo de la vida de los hombres; el mundo de la vida de los pobres y el mundo de la vida de los ricos; el mundo de la vida de indígenas y el mundo de la vida de los no indígenas; el mundo de la vida de los mexicanos y el mundo de la vida de los europeos, el mundo de la vida de los del norte y el mundo de la vida de los del centro, entre muchos otros. Cada uno de estos mundos, tiene sus propios valores, sus propias vivencias y sus propios hechos. Vivimos en muchos mundos de la vida en los que se entrecruzan diversas preinterpretaciones valorativas, vivenciales y empíricas del mundo.

Aceptar que vivimos en un mundo preinterpretado y no en un mundo “real”, tienen la ventaja de propiciar la tolerancia entre personas pertenecientes a distintos mundos de la vida. Si, por ejemplo, los norteamericanos y los árabes aceptaran que lo que para cada uno de ellos es el mundo real, el único mundo, es sólo una preinterpretación del mundo, tal vez, podrían si no entenderse, cuando menos convivir y respetar las preinterpretaciones distintas a la de su mundo de la vida. La tolerancia no quiere decir que tenga que aceptarse la preinterpretación del mundo de la vida de los otros, sino en considerar a todas las preinterpretaciones como igualmente dignas de ser respetadas. Es decir, los distintos mundos de la vida no pueden ponerse en cuestión, en su totalidad, pues es el presupuesto del saber de fondo que condiciona todas las interpretaciones posibles dentro de ese mundo de la vida, aunque sí puedan problematizarse fragmentos de un determinado mundo de la vida, a partir de ese mismo o de otros mundos de la vida distintos, y, por tanto, también pueden desempeñarse o defenderse esos fragmentos del mundo de la vida problematizados.

Por otro lado, la existencia de los diversos mundos de la vida, plantea el problema de la libertad individual, tan cara a la ética de la autenticidad que mencionábamos más arriba. Si ya encontramos preinterpretado el mundo de la vida de los hechos, de los valores y de las vivencias, ni unos ni otras son nuestras, sino que han sido construidas e interiorizadas en nuestra conciencia, por medio del lenguaje. Ni son nuestras vivencias, ni son nuestros valores ni son nuestros hechos, sino que los tenemos compartidos por todos aquellos que pertenecemos a un mismo mundo de la vida. No son otra cosa que prejuicios o ideas ordinarias, como las llama Lautmann, los que determinan la manera en cómo sentimos, pensamos y actuamos y desde luego, cómo hablamos. *Parece ser, a primera vista,*

que aceptar la existencia del mundo de la vida es incompatible con la libertad.

Según esto, la misma libertad es un valor o una vivencia que forma parte de la preinterpretación del mundo moderno de la vida, es decir, no existe en sí misma, sino como un ingrediente del mundo de nuestra vida, puede decirse que es una ilusión, o una ficción, o una ideología, en el sentido marxista.²³ La libertad que, para Sartre, era la *estructura de la existencia humana*,²⁴ para la teoría del mundo de la vida no es más que una preinterpretación posible, entre otras, del mundo en que vivimos, es decir, del mundo de la vida que requiere de la libertad para justificar el castigo al incumplimiento de los valores restantes del mundo de la vida moderna.

¿De qué manera se puede conciliar el mundo de la vida con la libertad? ¿Acaso tendríamos que aceptar que la libertad es sólo la preinterpretación ficiticia de un determinado mundo de la vida? O ¿tendríamos que aceptar que el mundo de la vida es sólo un subterfugio para evadir la responsabilidad de la libertad a que estamos condenados? ¿Cómo resolver esta contradicción entre preinterpretación y responsabilidad? ¿Cómo conciliar a Habermas y a Sartre? Creemos que, como casi siempre, por medio de Hegel.

Nos parece que el problema, o parte de él, radica en cómo concibe Sartre la libertad: de una manera absoluta. Y, por otra parte, en como concibe Habermas, la preinterpretación: también de una manera absoluta. Digamos que la libertad está limitada no, por la preinterpretación, sino por la ignorancia de la preinterpretación. Es decir, en la medida en que la conciencia ignore la preinterpretación del mundo de la vida, en esa medida se encuentra limitada su libertad. En otras palabras, la conciencia no es libre porque cree que es libre, ya que ignora la preinterpretación del mundo de la vida sobre sus propias interpretaciones. El principio de la libertad es el conocimiento y la aceptación de la no libertad. Si el hombre cree que es libre, entonces no es libre, porque nada hará por liberarse de los prejuicios del mundo de la vida del cual procede. Por eso, Hegel dice que la libertad es un proceso de liberación permanente.²⁵

La historia del hombre es la historia de la lucha de su liberación por medio de la verdad de su no libertad. Para que el hombre pueda liberarse cada vez más tiene que partir de los límites reales de su libertad. Sólo

²³ Ver BERUMEN, *Apuntes de filosofía del derecho*, apunte núm 3.

²⁴ SARTRE, *op. cit.*, p. 465: "Mi libertad no es una cualidad sobreañadida ni una propiedad de mi naturaleza: es, exactísimamente, la textura de mi ser".

²⁵ ROSENFELD, Denis, *Política y libertad*, trad. José Barrales Valladares, México, FCE, 1989, p. 29.

mediante el conocimiento de mis prejuicios como prejuicios puedo, si no anularlos, cuando menos “neutralizarlos”, para decidir con más libertad.

De nada sirve confundir, como hace Sartre, la libertad, como ser-en-sí, con la libertad como ser-para-sí, es decir, confundir la libertad en potencia con la libertad en acto, para usar la terminología de Aristóteles.²⁶ En lugar de ser una ética de la autenticidad, el existencialismo deviene en una ética de la ingenuidad. Una verdadera ética de la autenticidad sería una redeterminación de la no libertad en la liberación permanente, por medio del conocimiento del mundo de nuestra vida, es decir, por medio del conocimiento de las instituciones que estructuran nuestra personalidad, o sea, por medio del conocimiento de uno mismo, que ha sido siempre la finalidad de la filosofía.²⁷

Ahora bien, ¿cómo aplicaríamos esta redeterminación de la libertad al mundo del derecho o de la ética judicial? Retornemos un poco de las regiones especulativas, a la realidad. Digamos, primero, con Gadamer, que toda interpretación, incluida la interpretación jurídica, presupone una preinterpretación o está condicionada por una preinterpretación del mundo de la vida del que proviene el intérprete.²⁸

De acuerdo a esta idea, podemos ampliar el esquema del mundo de la vida, agregando los ingredientes del mundo jurídico de la vida. El cual se encontraría integrado por la interpretación de las pruebas, de las normas y de las consecuencias de derecho. Dicha interpretación se encuentra condicionada por la preinterpretación de los hechos, de los valores o de las vivencias del mundo de la vida del que proviene el intérprete. Tal preinterpretación que condiciona la interpretación jurídica va a tener como consecuencia la reconstrucción lingüística de los hechos jurídicos, la semántica de las normas jurídicas y la valoración del merecimiento de las consecuencias de derecho.²⁹

²⁶ SARTRE, *op. cit.*, pp. 465, 466: “Decir que el para-sí ha de ser lo que es, decir que es lo que no es no siendo lo que es, decir que en él la existencia precede y condiciona la esencia, o, inversamente, según la fórmula de Hegel, que para él “*Wesen ist was gewesen ist*”, es decir una sola y misma cosa, a saber: el hombre es libre (...). Estoy condenado a existir para siempre allende mi esencia, allende los móviles y los motivos de mi acto: estoy condenado a ser libre (...) no somos libres de cesar de ser libres. En la medida en que el para-sí quiere enmascararse su propia nada e incorporarse el en-sí como su verdadero modo de ser, intenta también enmascararse su libertad”.

²⁷ Ver *supra*, incisos 2 y 3.

²⁸ AGUILAR RIVERO, Mariflor, *Confrontación, crítica y hermeneútica*, México, Fontamara, 1998, pp. 176 y 177.

²⁹ Ver BERUMEN, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho, cit.*, inciso 1.7.

Así, por ejemplo, si el intérprete judicial proviene de un mundo de la vida “homóforo”, en el que se considera que los homosexuales son perversos, la valoración de las pruebas sobre los indicios de un caso de homicidio entre ellos, será distinta a la de un caso análogo en el que estén involucrados heterosexuales solamente. Es decir, el intérprete estará determinado por los prejuicios del mundo de la vida del que procede porque creará que esos prejuicios son la realidad, son el mundo verdadero y real y, por tanto, no tendrá libertad de interpretarlos de otro modo, por más que haya sido “condenado por Sartre a la libertad”. A menos, claro está, que acepte o que sepa que tales prejuicios limitan su juicio, limitan su libertad, pues sólo entonces, después de ese conocimiento, estará en condiciones, sólo en condiciones, de liberarse de sus prejuicios y de juzgar más imparcialmente. En este caso, el juez estará en condiciones de reinterpretar las preinterpretaciones del mundo de la vida del que procede y que él ha heredado sin darse cuenta, como todos los que comparten su propio mundo de la vida.

Por ello, es muy importante que los operadores del derecho se interesen y estudien temas relacionados con la filosofía y la sociología en general, y del derecho en particular, no tan sólo como cultura general, lo cual sería ya una gran ventaja, sino sobre todo, porque es la manera, entre otras, de conocer y de criticar, aunque sea parcialmente, el mundo de la vida del cual proceden todos nuestros prejuicios y, por tanto, de conocernos a nosotros mismos, en especial, en cuanto a los límites que los prejuicios le marcan a nuestra libertad.

Es a partir del conocimiento de las preinterpretaciones que limitan nuestra libertad, que podemos, junto con otros sujetos del mismo o de distintos mundos de la vida, reinterpretar o redeterminar nuestro mundo de la vida. Nos parece que, de este modo, puede entenderse la ética judicial como una ética de la autenticidad por medio del autoconocimiento de los jueces de los límites de su libertad.

VI. LOS ROLES SOCIALES, EL RECONOCIMIENTO RECÍPROCO Y EL SER PARA LA MUERTE (MEAD, HEGEL Y HEIDEGGER)

No basta el conocimiento, sin embargo, para que se realice la ética de la autenticidad, es necesario actuar. Y es en la acción cuando sucumbe, más seguido, la libertad del hombre. Para Sartre resulta demasiado sencillo el proceso de decisión humana, cuando dice que decida uno lo que decida,

de cualquier modo ejerce su libertad.³⁰ Esta descripción nos parece una abstracción, porque abstrae de su consideración el conflicto interno en que puede encontrarse el sujeto ante opciones opuestas. O, dicho en términos de Mead, ante el conflicto de roles sociales.

Un rol social es una expectativa recíproca de comportamiento.³¹ El rol social no es una conducta, tampoco una norma. Es algo intermedio entre ambas. Las expectativas están ligadas a normas de distintos tipos y las expectativas condicionan las conductas. Los demás (grupo de referencia) esperan que nos comportemos con base en las normas y nosotros esperamos que los demás (grupo de referencia) reconozcan que nos hemos comportado conforme a las expectativas. Sólo cuando se cumplen ambas expectativas recíprocas se constituye un rol social.³² Por ejemplo, el maestro (grupo de referencia) espera que el alumno estudie y aprenda y el alumno espera que el maestro reconozca, mediante una buena calificación, que ha estudiado. De esta manera, se constituye el rol de buen estudiante, que el sujeto internaliza en su conciencia y se considera a “sí mismo” un buen estudiante. Si cualquiera de estas dos expectativas (estudio y buena calificación) se frustra, el rol social no se asume, ni se constituye, por tanto, en parte de la personalidad y de la conciencia del estudiante y él no se considera un “buen estudiante”. Es decir, el rol social se constituye mediante la recíproca expectativa del grupo de referencia y del sujeto.

Del mismo modo, el rol de “buen juez”, puesto que el juez es un rol, se constituye y se asume cuando, quien desempeña el rol satisface las expectativas de imparcialidad que la sociedad (como grupo de referencia) espera de él y cuando el grupo de referencia reconoce que él ha cumplido o satisfecho dicha expectativa de imparcialidad. Entonces se asume el rol y se internaliza en la conciencia del sujeto la convicción de que es y debe seguir siendo un “juez imparcial”.

Sin embargo, si cualquiera de estas expectativas se frustra, es decir, si la mayoría de los jueces no cumple la expectativa institucional de imparcialidad y, aún a pesar de esto, se les reconoce, por el grupo de referencia (las partes, la sociedad o sus superiores), como un juez imparcial, entonces los demás jueces considerarán que la expectativa de imparcialidad no es real, que nadie espera imparcialidad de ellos. Podríamos hablar, en este caso del reconocimiento de la parcialidad como imparcialidad. Del mismo

³⁰ BERGER, *op. cit.*, p. 202: “Los hombres son responsables de sus acciones. Actúan de “mala fe” cuando atribuyen a una necesidad férrea lo que ellos mismos eligen hacer”.

³¹ *Ibidem*, p. 136.

³² *Ibidem.*, p. 143.

modo, si el juez cumple la expectativa de imparcialidad, pero el grupo de referencia (las partes, la sociedad o sus superiores) no le reconoce el cumplimiento de la expectativa de imparcialidad, difícilmente asumirá el rol de “juez imparcial”. Podríamos hablar en este caso, de la ausencia del reconocimiento del cumplimiento de la expectativa de imparcialidad.

También puede suceder que sólo reconozcan que el juez cumplió la expectativa de la imparcialidad algunos grupos de referencia, pero no otros. Por ejemplo, puede suceder que se lo reconozca la comunidad jurídica, pero no sus superiores. O que se lo reconozcan sus superiores pero no la comunidad jurídica o la comunidad social. Podríamos hablar, en este caso, de un conflicto de reconocimiento de expectativas.

Si el reconocimiento de la parcialidad como imparcialidad, y la ausencia de reconocimiento del cumplimiento de la expectativa de imparcialidad son un obstáculo para la constitución del rol de “juez imparcial” en la conciencia del juez, el conflicto de reconocimientos de la expectativa de imparcialidad, puede llevar a la asunción “débil” del rol en la conciencia del juez. De cualquier modo, es claro que el reconocimiento *auténtico* del cumplimiento *auténtico* de la *auténtica* imparcialidad por parte del juez, contribuye a constituir, en la conciencia de los jueces, el *auténtico* rol de imparcialidad.

Ahora bien, la dificultad del reconocimiento del cumplimiento de expectativas, se puede deber al conflicto mismo de expectativas.³³ Es decir, porque se esperan del juez expectativas incompatibles. Por ejemplo, la mayoría de la gente tiene derecho a esperar del juez un comportamiento imparcial, porque así está establecido en una norma o normas jurídicas, es decir, es una expectativa institucional; pero otra persona, quizá una de las partes, puede esperar que el juez sea parcial a su favor porque le ha hecho un favor o simplemente porque es una persona poderosa económica o políticamente, en cuyo caso nos encontraremos frente a una expectativa no institucional, porque está vinculada a una norma no jurídica, como puede ser un hábito o una costumbre social.

Es común un conflicto de expectativas institucionales con expectativas no institucionales. ¿Cuál expectativa debe satisfacer el juez? ¿Cuál rol social debe asumir: el rol institucional o el rol no institucional? Para Sartre no hay duda, ni hay problema en realidad, pues de cualquier modo como decida el juez, debe aceptar las consecuencias de su decisión, so pena de inautenticidad o de mala fe. Si se decide por el cumplimiento de la expectativa no institucional, el juez tiene el problema de justificar su

³³ LAUTMANN, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, trad. Ernesto Garzón Valdez, México, Fontamara, 1997, capítulo 5.

decisión no institucional, haciéndola pasar por institucional. La manera en que el juez “no institucional” resuelve este problema, es utilizando las operaciones semánticas de ampliación o restricción de la denotación de los términos relevantes de la ley o del lenguaje que describe los hechos sobre los que decide.³⁴ Este comportamiento judicial sólo puede ser auténtico cuando trata de evitar una injusticia o un mal mayor. Pero será inauténtico cuando se utilice para huir de la responsabilidad que implica tomar la decisión no institucional.

Si se decide por el cumplimiento de la expectativa institucional debe aceptar las posibles consecuencias de haber actuado con imparcialidad, como podría ser, ver truncada su carrera judicial, la posibilidad de ser destituido e, incluso, encarcelado o, en caso extremo, muerto. Todo depende qué tan poderosa sea la persona que espera del juez un comportamiento parcial, que ha visto sus expectativas no institucionales frustradas.

Este comportamiento heroico de los jueces, es lo que los existencialistas consideran un comportamiento auténtico. Heidegger, todavía más radical que Sartre, si cabe, considera que la sociedad moderna le ha proporcionado al individuo subterfugios que le ocultan cuál es su verdadero ser.

El ser del hombre (Dasein) es la muerte. “El hombre es un ser para la muerte”.³⁵ Quien no acepta esto, no es un hombre auténtico, y toda su vida, todos los actos de su vida serían inauténticos, pues siempre estará huyendo de la muerte, para encontrarla siempre al final. Sólo aparentemente aceptamos la muerte, porque la creemos lejana en el tiempo, pero, en realidad, la alejamos de nuestra mente y de nuestra perspectiva. La sociedad misma nos quiere ahorrarnos la angustia de la muerte, pero a cambio nos pide la inautenticidad de nuestro ser, pues la sociedad moderna, tal y como está organizada, necesita que no seamos auténticos, pues ella tampoco lo es.³⁶

Para ser auténticos, en cualquier actividad humana, tenemos que tener presente, nos dice Heidegger, que nuestro tiempo, del cual está hecho nuestro ser, puede acabarse en cualquier momento. Si aceptamos la muerte total (la creencia en la vida eterna, en el recuerdo personal e histórico sólo encubren nuestra inautenticidad) nada podemos temer, nada podrá

³⁴ BERUMEN, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, cit., inciso, 1.5.

³⁵ STEINER, George, *Heidegger*, trad. Jorge Aguilar Mora, México, FCE, 2001, p. 186: “El ser auténtico es, por lo tanto, un ser relativamente a la muerte”.

³⁶ BERGER, *op. cit.*, p. 208: “La sociedad nos proporciona nombres para protegernos de la nada. Edifica un mundo para que vivamos en él y de esta manera nos protege del caos que nos rodea por todas partes. Nos provee de un lenguaje y de acepciones que hace que se pueda creer en el mundo. Y proporciona un coro de voces uniformes que confirman nuestra creencia y acallan nuestras dudas latentes”.

conmover nuestras convicciones, podemos ser, en todos nuestros actos, auténticamente auténticos. Palabras muy duras para nosotros, simples mortales que, de acuerdo a Freud, inconscientemente, nos consideramos inmortales.³⁷

A pesar de que no podemos negar que el miedo a la muerte nos impide ser totalmente auténticos, Heidegger olvida que el ser humano es un ser social, que tiene expectativas y satisface expectativas, que la expectativa de la muerte sólo puede ser reconocida por la misma sociedad. Por tanto, nuestra expectativa no es la muerte, sino el reconocimiento de los otros, antes y después de la muerte. Con base en Hegel, podemos decir que el hombre es un ser para el reconocimiento. El hombre comparte con los animales muchas necesidades. La necesidad del alimento, de la protección contra el medio, las necesidades sexuales, entre otras. Pero el hombre tiene una necesidad específicamente humana: la necesidad de ser reconocido.³⁸ La vida del hombre y su historia ha sido la lucha del hombre por el reconocimiento. El hombre incluso está dispuesto a morir con tal de ser reconocido por los demás, por eso entabla una lucha a muerte por el reconocimiento. Pero cuando al hombre lo vence el miedo de morir, cuando renuncia al reconocimiento, cuando se convierte en un animal, en cuanto acepta ser esclavo. Nos convertimos en esclavos cuando nos vence el miedo de morir. Nos importa más el instinto de sobrevivencia y renunciamos a ser reconocidos como hombres y nos sometemos; renunciamos a nuestra humanidad para conservar nuestra animalidad. Por el contrario, quien vence al miedo de la muerte, al señor absoluto del hombre, es reconocido por el esclavo y se convierte en el amo.

Sin embargo, ni el esclavo ni el amo se encuentran satisfechos. El esclavo porque ha renunciado al reconocimiento por el miedo de la muerte. Sólo volverá a ser humano cuando venza al miedo de morir y luche por el reconocimiento. Pero el amo tampoco es feliz, porque el reconocimiento que le hace el esclavo no vale nada para él, pues el amo no reconoce que el esclavo es capaz de reconocimiento, por eso no le reconoce a su reconocimiento ningún valor. Y, por esa insatisfacción el amo busca dominar a nuevos esclavos para que le reconozcan, pero entre más esclavos le reconocen menos se siente el reconocido ya que no reconoce tales reconocimientos como reconocimientos.

El amo se ha equivocado, al buscar el reconocimiento ha encontrado sólo el no reconocimiento. No se ha dado cuenta que para ser reconocido

³⁷ MARCUSE, Herbert, *Eros y civilización*, trad. Juan García Ponce, México, Seux Barral, 1986, pp. 229 y ss.

³⁸ BERUMEN, Arturo, *La ética jurídica, op. cit.*, pp. 79 y ss.

necesita reconocer a quien lo reconoce, es decir, se requiere el reconocimiento recíproco de los sujetos como sujetos de derechos, pues no basta el reconocimiento unilateral. El reconocimiento unilateral lleva a un estado de naturaleza mientras que el reconocimiento recíproco lleva a un estado ético.³⁹

En el estado de naturaleza, (o en el estado de derecho abstracto), la función de los jueces es reproducir las condiciones del reconocimiento unilateral, mientras que en el estado ético, la función de los jueces es restablecer las condiciones del reconocimiento recíproco de los ciudadanos. Por ello, la imparcialidad, como virtud cardinal de los jueces, es muy difícil que se dé en condiciones de reconocimiento unilateral, es decir, bajo el imperio del Estado de naturaleza o, en el Estado de derecho abstracto moderno.⁴⁰

Por ello no es de extrañar que, en el Estado de naturaleza que es el Estado de derecho abstracto, los jueces opten por satisfacer las expectativas no institucionales del reconocimiento unilateral, protegiéndose, no obstante, con la institucionalidad, no ya de la imparcialidad, sino de la indiferencia, lo cual implica una auténtica huída de la autenticidad del reconocimiento recíproco. El establecimiento de un Estado ético, en el cual los jueces privilegien las expectativas institucionales, requiere del restablecimiento de las condiciones de reconocimiento recíproco, mediante la constitución de lo que Habermas llama, “el poder comunicativo” de la sociedad civil, que, por un lado estabilice las expectativas recíprocas de comportamiento recíproco y, por otro, lado limite la “colonización” del derecho, por parte de los sistemas económico, político e ideológico que conforman a la sociedad moderna.⁴¹

VII. SISTEMA JURÍDICO E INAUTENTICIDAD JUDICIAL (LUHMANN, MARX)

Está de moda judicializarlo todo, desde la política, el derecho social, la política criminal, las controversias constitucionales, etcétera. Parecería

³⁹ *Ibidem*, p. 95: “La moral será, entonces, *el reconocimiento recíproco de los individuos, como sujetos capaces de autodesarrollarse recíprocamente*”.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 381: “En el Estado, como organización ética de la sociedad, no se encuentra excluido, a primera vista, ningún individuo, pues, de acuerdo con Hegel, el primer deber ético recíproco de los individuos es ser personas y tratar a los demás como personas”.

⁴¹ HABERMAS, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1994, p. 103.

que se está sobrevalorando la capacidad del poder judicial para descargar todos los problemas del sistema social. Sin embargo, la capacidad del sistema judicial es limitada, no puede sustituir las funciones de otras instituciones que deben prever y resolver, negociadamente, los conflictos.

Si estas últimas instituciones administrativas y políticas, sobrecargan al sistema judicial, cuyo deterioro no se puede remediar con ninguna ética judicial, el sistema jurídico y, en especial, el sistema judicial, tiende a autonomizarse, no tan sólo con respecto de los principios morales, sino también con respecto de la eficacia social de sus normas. En términos de Luhmann, tiende a ser autopoietico, es decir, tiende a cerrarse, en su operación, sobre sí mismo, de modo que el subsistema jurídico únicamente resuelve los problemas de su coherencia interna, de su propia legalidad y de su propia constitucionalidad.⁴²

Para Luhmann, los sistemas sociales son sistemas de comunicación autorreferenciales y autopoieticos. Es decir, son sistemas lingüísticos que se refieren a sí mismos y que se constituyen a sí mismos, por medios del sentido lingüístico.⁴³ Así, por ejemplo, el sistema jurídico es un sistema lingüístico que funciona mediante el código binario *lícito-ilícito*. Sólo reconoce como propio el lenguaje que permite hacer esta distinción y desconoce los lenguajes ajenos a la misma, como podría ser el lenguaje de la moral que funciona con el código, también binario, *bueno-malo* o *justo-injusto*. Los conceptos morales sólo son reconocidos por el sistema jurídico, cuando se encuentran contenidos en el lenguaje del derecho, de otro modo son desechados como elementos ajenos al sistema, el cual no reconoce su “sentido”. Así, la separación del derecho y la moral es más radical que en la propia teoría pura del derecho de Kelsen.⁴⁴

Tal descripción de los sistemas sociales en general, y del sistema jurídico en particular, nos parece bastante apegado a la realidad actual. Es decir, en la sociedad moderna, tan compleja, los sistemas sociales de comunicación necesitan simplificar su manera de operar sistémicamente, es decir, mecánica o automáticamente, como si fueran un organismo bioló-

⁴² SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto y Alicia, GONZÁLEZ VIDAURRI, “La construcción particular de la realidad y los sistemas de control social”, en *Política criminal y sociología jurídica*, México, ENEP-Acatlán, UNAM, 1998, p. 344: “Por eso, el derecho penal, no previene nada ni controla nada porque el derecho penal no ve a la sociedad, aunque ideológicamente se afirme que su referente sea ella y aunque se le atribuyan finalidades, resultados, eficacia y cambio. *El derecho penal como sistema cerrado* que es, sólo ve a sí mismo y en su ámbito de inclusión nace y se reproduce entre sus propios principios y sus propios dogmas”.

⁴³ BERUMEN, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 139 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 149-151.

gico.⁴⁵ Por ello, no pueden dejar nada a la subjetividad de los operadores (jueces) del sistema y, mucho menos, a su moralidad. La única moralidad permisible será la de que los jueces se sientan obligados, internamente, a operar, de una manera automática, al sistema, pues de otro modo, la complejidad del sistema jurídico sería tal, que la seguridad jurídica se quebrantaría en gran medida, en perjuicio del sistema social en su conjunto.

Tan es así, que el lenguaje con el que están escritas las normas jurídicas parece un lenguaje cifrado, y el lenguaje de los procesos judiciales concretos es totalmente “encriptado”, el cual sólo se puede descifrar con una larga práctica, la que, sin embargo, no hace sino cifrarlo más aún.

Este lenguaje parece estar escrito por y para máquinas que sólo conocen un código descifrador: lícito e ilícito: los propios juristas. Los cuales no se permiten ni la más mínima licencia, no digamos poética, pero ni tan siquiera de elegancia o de originalidad.

En suma, el lenguaje del derecho es un lenguaje sumamente aburrido por ser tan reiterativo, tan plano, tan carente de toda belleza formal.⁴⁶ Pareciera que han reducido al lenguaje al mínimo de su significado. Todo en aras de la “exactitud” que, por lo demás, es inalcanzable, lingüísticamente. Por ejemplo, el lenguaje del derecho penal que se supone que es el más preciso, no connota el significado de los “bienes jurídicos protegidos” por cada tipo penal, sino que los “presupone” cada operador del derecho penal. Será tal vez, porque dichos bienes no podrían definirse sin apelar a valores éticos y morales, de los cuales el lenguaje autopoietico y autorreferente del derecho quiere prescindir lo más posible.

Desde esta perspectiva, la ética judicial no puede ser una ética de la autenticidad, sino al contrario, una ética de la inautenticidad, que consiste en la lealtad despersonalizante y enajenante del operador al sistema. Como el obrero descrito por Marx, el juez se transforma en un apéndice del sistema jurídico que produce, no ya mercancías, sino resoluciones autopoieticas y se reproduce a sí mismo como un sistema autopoietico, es decir, operacional y cognitivamente cerrado.⁴⁷

⁴⁵ *Ibidem*, p. 143.

⁴⁶ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, FCE, 1978, p. 134: “El lenguaje de la ley y el lenguaje de los juristas son objeto de frecuentes censuras, aunque por razones opuestas: mientras que al lenguaje jurídico se le reprocha la aridez y la pobreza, al lenguaje forense se le acusa, por el contrario, de pomposo y de falso.”

⁴⁷ BERUMEN, Arturo, *La ética jurídica*, op. cit, p. 124.

VIII. LA AUTENTICIDAD COMO IMPARCIALIDAD COMUNICATIVA (HABERMAS)

Sin embargo, nos parece que esta concepción del sistema jurídico, por parte de Luhmann, aunque realista, es demasiado fatalista, debido a su concepción puramente semanticista del lenguaje, es decir, porque no lo concibe con base en la pragmática del lenguaje. La descripción que Luhmann hace del lenguaje del sistema jurídico, no alcanza el mínimo de inteligibilidad porque no lo concibe como integrado por actos de habla.⁴⁸

El acto de habla, en la versión de Habermas, se define como la “unidad mínima del lenguaje para que éste tenga un sentido determinado”.⁴⁹ Para que exista este mínimo sentido determinado del lenguaje, el acto de habla se compone de un elemento proposicional y un elemento ilocucionario. El elemento proposicional describe un estado de cosas en el mundo de la vida (objetivo, social y subjetivo) y el elemento ilocucionario expresa un estado de ánimo. En otras palabras, el elemento proposicional es lo que se dice o se escribe y el elemento ilocucionario es la intención con que se dice o se escribe algo. Todo acto de habla se compone de ambos elementos, pues siempre se dice algo con alguna intención de decirlo. Es decir, siempre hay una intención ilocucionaria.

Si no siempre aparece el elemento ilocucionario es que se presupone en muchas ocasiones, y en otras se oculta. Es entonces, precisamente, cuando el lenguaje se presta a malos entendidos y a dificultades en la comunicación. Cuando el elemento ilocucionario se oculta para sustraer el acto de habla a la problematización comunicativa, se le llama perlocucionario, tanto al elemento en particular o al acto de habla, en su conjunto.

Desde este punto de vista, me parece que las normas jurídicas son actos de habla, sólo que perlocucionarios, pues su elemento ilocucionario intencional, o una parte de él, se encuentra implícito y no está expreso jamás. De ahí, tanto la pertinencia de la exégesis jurídica, como su ideologización, en tanto que busca la *voluntad del legislador*.

Podríamos entender a la voluntad del legislador como el elemento ilocucionario o perlocucionario de los actos de habla legales. Es decir, el elemento necesario para que la ley tenga un sentido determinado y preciso, pues sin él, la ley queda totalmente indeterminada en su sentido. Ahora bien, la búsqueda de dicha voluntad del legislador, por parte del intérprete (juez), es la búsqueda del sentido determinado de la ley que, como hemos propuesto, puede entenderse como un acto de habla. Si no se en-

⁴⁸ Berumen, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, op. cit., pp. 38 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 39.

cuentra dicha voluntad o dicho elemento ilocucionario, no constituiría una ética de la autenticidad atribuirle una determinada voluntad o una determinada intención ilocucionaria al legislador, de acuerdo a las necesidades autopoieticas del sistema jurídico, para atribuirle a la norma jurídica un sentido que, por sí mismo, no tiene. Reconocer, en cambio, cuando es el caso, por supuesto, que no se ha encontrado dicha voluntad, o dicho elemento ilocucionario, constituye una ética judicial auténtica, porque se asume el riesgo de reconstruir dicha intención ilocucionaria, abiertamente, a partir de los valores éticos o pragmáticos del sistema social en su conjunto, de una manera argumentativa, expuesta a la crítica, pero también a la convalidación comunicativa.⁵⁰

Esto nos lleva, directamente, al desarrollo de los actos de habla. Según Habermas, podemos distinguir tres fases en el desarrollo de los actos de habla: la afirmación de las pretensiones de validez de los actos de habla; la problematización de las pretensiones de validez de los actos de habla y el desempeño de las pretensiones de validez de los actos de habla problematizadas. El primer momento, la afirmación de o las pretensiones de validez de los actos de habla, significa que cualquier acto de habla pretende valer en esos cuatro aspectos: la inteligibilidad, la verdad, la veracidad y la rectitud. Pero son sólo eso, pretensiones. No quiere decir que realmente valgan en esos cuatro aspectos.

Empecemos con la inteligibilidad. Se entiende como la recíproca obligación comunicativa del “yo” (el que habla o el que escribe) y del “tu” (el que escucha o el que lee) de cooperar en la comunicación lingüística, el primero, tratando de ser lo más claro posible y el segundo, tratando de entender lo más posible. La inteligibilidad se refiere, por tanto, a los dos elementos de los actos de habla: el proposicional y el ilocucionario.

La verdad se refiere al elemento proposicional de los actos de habla y puede ser, a su vez, de tres tipos: verdad como correspondencia, verdad como coherencia y verdad como consenso. La primera, la verdad como *correspondencia*, es en la que hay una correspondencia entre los enunciados y los hechos. Es la verdad científica. La verdad como coherencia es la que resulta de la coherencia entre enunciados. Es la verdad histórica y la verdad jurídica. Por último la verdad como *consenso* tiene por objeto a la verdad como correspondencia o a la verdad como coherencia y significa que alguien tiene que decidir si hay o no una u otra y debe hacerlo mediante los mejores argumentos, es decir, tratando de convencer a su audi-

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 209-212.

torio (particular: las partes; de élite: el juez de alzada y el universal: la comunidad jurídica o política).

Por su parte, la veracidad se refiere al elemento ilocucionario de los actos de habla y consiste en que la intención del acto de habla no debe ser engañosa. El engaño puede ser total o parcial, este último es el más difícil de detectar, por tener una parte de verdad.

Por último, la rectitud, se refiere al elemento ilocucionario, también y consiste en que la intención ilocucionaria no sea la de imponer los actos de habla, violentamente. La violencia de un acto de habla puede ser, a su vez, abierta o subrepticia. Existe, en este punto, un problema conceptual, si aplicamos la teoría de los actos de habla al derecho, pues éste, por su naturaleza, es coactivo, lo cual es incompatible con la pretensión de la rectitud de aquellos que excluye a la violencia, entre otras patologías.

Sin embargo, esta dificultad se puede enfrentar diciendo que los actos jurídicos de habla sólo podrán ser impositivos, éticamente, si son el resultado de una comunicación racional y no su condición. Es decir, los actos de habla regulativos podrán ser impositivos sólo si son el resultado de actos de habla argumentativos, libres de toda coacción, durante los procedimientos de creación o de aplicación del derecho. Por ello, cuando, por razones de la ética de la responsabilidad, los actos jurídicos de habla sean impositivos (v.g. la orden de aprehensión, auto de formal prisión) la ética de la autenticidad deberá compensar o neutralizar dicha imposición (libertad bajo caución).⁵¹

Por su parte, el momento de la problematización de los actos de habla significa que cualquiera de los interlocutores puede cuestionar la validez de los actos de habla del otro, en cualquiera de sus pretensiones de validez. Es decir, puede señalar cualquiera de las patologías comunicativas que se presenten en ausencia de los requisitos de validez: oscuridad, error, falsedad y la imposición.

Por último, el desempeño de las pretensiones de validez problematizadas significa responder a los cuestionamientos hechos en la problematización. Es ésta, una obligación comunicativa de quien se ha problematizado sus actos de habla. De este modo, si se ha problematizado la pretensión de inteligibilidad, se deben hacer aclaraciones; si se ha cuestionado la verdad, se deben hacer explicaciones y si se han cuestionado las pretensiones de veracidad o de rectitud deben hacerse justificaciones. El desempeño puede consistir, por tanto, en aclaraciones, explicaciones o justificaciones.

⁵¹ BERUMEN, Arturo, *La ética jurídica*, pp. 154 y ss., y *Apuntes de filosofía del derecho*, pp. 375 y ss.

En el proceso judicial se lleva a cabo este desarrollo de los actos de habla jurídicos, pues las partes tienen pretensiones, se problematizan recíprocamente y desempeñan las mismas problematizaciones. La ética judicial, en este caso, consistirá en garantizar este desarrollo comunicativo de los actos de habla procesales. En los procedimientos de revisión jurídica, que es la forma de problematización de los actos de habla del juez, éste mismo debiera asumir el desempeño o la defensa de sus propios actos de habla problematizados.

Ahora bien, Habermas distingue dos tipos de actitudes ilocucionarias durante el desarrollo de los actos de habla: la actitud asertórica y la actitud hipotética. La actitud asertórica significa que el elemento ilocucionario de los actos de habla es categórico y la actitud hipotética significa que el elemento ilocucionario de los actos de habla es una suposición. Por ejemplo: “afirmo que eres culpable” (acusación), es un acto de habla emitido en actitud asertórica, como también lo es el acto de habla contrario: “niego que soy culpable” (defensa). En cambio, decir: “supongo que eres culpable” o “supongo que no eres culpable” (juez) son actos de habla emitidos en actitud hipotética.

Mientras no sean cuestionadas las pretensiones de validez de mis actos de habla, tengo el derecho a emitirlos en actitud asertórica, pero, tanto si problematizo como si desempeño pretensiones de validez de actos de habla, la actitud con que emita mis actos de habla debe ser hipotética, para hacer posible tanto la argumentación de las partes como para la toma de decisiones por parte de los jueces.

Dice Habermas, que la actitud hipotética (o actitud participante o actitud en tercer persona), es el más alto nivel de desarrollo de la conciencia ética, cuando menos, en principio.⁵² Por ello, a mí me parece que la asunción de la actitud hipotética, por parte de los jueces, durante el proceso de argumentación de sus decisiones, y de la actitud asertórica, en los puntos resolutivos, es el más alto nivel de desarrollo ético de la conciencia jurídica.

Desde un punto de vista comunicativo, la ética de la autenticidad en la resolución judicial se dará cuando se argumenta, mediante actos de habla emitidos en actitud hipotética, es decir, suponiendo, primero, que el actor tiene razón y luego, suponiendo que la tiene el demandado. De este modo, se valoran los argumentos de ambos, en actitud ilocucionaria hipotética, es decir, con una imparcialidad auténtica. Si, por el contrario, se argumenta en actitud asertórica, la imparcialidad judicial, corre el peligro de

⁵² HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. Ramón García Cotarelo, Barcelona, Península, 1999, pp. 187 y ss.

ser presa de las expectativas de comportamiento no institucionales que mencionábamos más arriba o de los prejuicios del mundo de la vida del que procede el juez o de los intentos de colonización por parte de los sistemas autopoieticos de la economía y de la política.⁵³

IX. CONCLUSIÓN

La asunción de una actitud hipotética, en la argumentación de las decisiones judiciales y la asunción de una actitud asertórica en los puntos resolutorios, es el núcleo de una ética de la autenticidad del discurso judicial. Mediante la actitud hipotética se pueden neutralizar los contextos de la acción social de los roles no institucionales, de los prejuicios del mundo de la vida y de la acción colonizadora de los sistemas económico y político, sobre el sistema jurídico. Mediante la asunción de una actitud asertórica se pueden estabilizar las expectativas recíprocas de comportamiento recíproco, que es la función del derecho.

De esta manera, podemos considerar a la ética de la autenticidad judicial como una condición (necesaria pero no suficiente) de la eficacia del sistema jurídico, pues contribuye a neutralizar los contextos de acción (sistémicos, de roles, del mundo de la vida) que hacen del derecho un sistema autopoietico, es decir, integrado sólo con actos de habla asertóricos, al tiempo que estabiliza los roles sociales del reconocimiento recíproco, en los que, según Hegel, reside la eticidad de un pueblo.

⁵³ HABERMAS, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 146.