

Julio De Zan (2004). *La ética, los derechos y la justicia*.

Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.. 310 págs.,

ISBN 9974786827

**(por *Santiago Polop*, Universidad Nacional de Río Cuarto, Río Cuarto, Argentina –
spolop@hum.unrc.edu.ar)**

El libro de Julio De Zan, encargado por la Fundación Konrad Adenauer, tiene un objeto y un destinatario específico: la formación de las profesiones y los profesionales jurídicos y del ámbito judicial. Aunque, a decir verdad, la amplitud de los tópicos abordados exceden el interés de éstos y se orienta a uno de los campos vitales de la filosofía del derecho, a saber, la ética *en* las teorías del derecho. ¿Por qué la preocupación de De Zan por un ámbito como el judicial, esquivo a la discusión filosófica y más proclive a la rigurosidad positivista? Precisamente por eso, y por la evidencia histórica (repasada en sucesos recientes al momento de la escritura de la investigación) de que ese camino encierra inequidades flagrantes de los sistemas de justicia, a la vez que habilita una desconexión de las decisiones y prácticas jurídicas con los dilemas morales que las atraviesan. De Zan va a procurar religar aquello que la institucionalidad -o, mejor, el institucionalismo abstracto- de la ley se ocuparon (a conciencia, tal vez) de desconectar.

Los objetivos de reflexionar sobre la institucionalidad republicana y la justicia como fuente de legitimidad aparecen como una constante no sólo por el descreimiento que el autor hace suyo sobre el poder judicial y la politización de la justicia. La dimensión ética de la función judicial, sostiene, ha sido dejada de lado por su connivencia con los poderes de turno, olvidando que la figura del juez (figura que el autor hace el centro de la reforma de la justicia) es “el último guardián de las promesas que los hombres y las sociedades se hacen a sí mismos”. Con una estructura de silogismo, y con la metáfora

de la “cebolla”, que servirá al autor para ir desgajando de afuera hacia adentro la problemática reflexiva desde la ética hasta lo que considera el núcleo, el *ethos* de los jueces, el texto se divide en tres partes: una primera parte (capítulos 1, 2 y 3) está dedicada a reflexionar sobre los conceptos centrales y el alcance de la ética, la moral y el derecho, así como en sus separaciones, co-implicación y complementación necesaria. La segunda parte (capítulos 4 y 5), orientada a pensar la relación de la ética con las teorías del derecho, toma como criterio rector a la universalidad como fuente y horizonte. Allí se comprenderá que las teorías del derecho no son moralmente neutras, sino que comprenden una dimensión ética irrenunciable. Finalmente, la tercera parte se orienta a pensar en términos de ética práctica o aplicada cómo los profesionales jurídicos pueden adoptar estos criterios en su práctica concreta.

El primer punto a considerar, dice De Zan, son las diferencias entre ética y moral, problemática que se aborda de modo preferente en base a la discusión sobre la universalidad del acto moral. No obstante, evitando caer en el diagrama formalista que Hegel le imputa a Kant en su *Fenomenología del Espíritu*, De Zan lee esa universalidad considerando hermenéuticamente el *ethos* vivido: “Este sentido de la identidad moral tiene su anclaje más profundo, según mi manera de ver, en la fidelidad a la verdad, no como algo ya dado, sino como el horizonte o la meta de una búsqueda del sentido, que implica apertura a la crítica y disponibilidad para la autocorrección y el cambio” (p. 25). La importancia de la discusión en el ámbito público y a través de la razón pública (como Kant la definiera) será estructurante para el resto de trabajo.

En un recorrido por los discursos prácticos de la ética, el capítulo dos invita a la reflexión sobre los elementos que se consideran en la decisión, la clave del acto moral. En el momento en que se establecen sus rasgos, la ética asume (veladamente) un carácter prescriptivo, lo cual debe ser siempre re-tematizado. De Zan analiza allí la mediación entre ética, moral y derecho, la cual requiere un conocimiento del *ethos*, luego un “*distanciamiento frente al mundo de la eticidad histórica objetiva*” (p. 61) para provocar una nueva inscripción superadora de la moralidad en la eticidad. La dialéctica hegeliana habita en el autor. La dificultad de un enfoque estrictamente formal o de una aplicación al modo rawlsiano del *overlapping consensus* es vista por el autor como riesgo

que no debe dejar de tematizarse: *“el consenso entrecruzado se funda también, sin embargo, en una doble exclusión: 1) se excluyen del discurso público las razones derivadas de las propias doctrinas comprensivas, 2) se excluyen del espacio mismo del discurso las doctrinas comprensivas no razonables. Lo que no encuentro aclarado en este autor es quien toma la decisión de estas exclusiones y cuál es el procedimiento para decidir las. Este es un blanco de fuertes críticas al liberalismo político como un decisionismo encubierto”* (en nota al pie nº 14, p. 69).

De Zan parece apostar, en su libro, a que la plenitud de la exposición de lo no-dicho en términos de la razón pública ofrezca la información suficiente para transparentar las decisiones y sus alcances universales. De hecho, el *capítulo tres* aborda las éticas contemporáneas que ofrecerían una solución a este dilema, y lo hace sobre aquellas que en siglo XX provocaron un renacimiento de la teoría *“relativamente independiente de los fenómenos sociales”*. En concreto, se va a referir a la ética definitivamente orientada a la moralidad universalista de inspiración kantiana, en voces de Apel, Habermas, Hare y Rawls. Para justificar tamaña exclusión de los fenómenos sociales, el autor repasa los abordajes de un nutrido número de conceptualizaciones al respecto: la ética positiva (o moral de los sentimientos), la metaética, el contractualismo, el universalismo instrumental y, finalmente, las éticas procedimentales de Apel y Habermas. Como se ha dicho, es en estas en donde lo no-transparente en la información requerida por los participantes para tomar decisiones prácticas aparecería mejor tematizado por la centralidad de las condiciones del discurso y del diálogo, fuentes de la validez y de la búsqueda cooperativa de la verdad. Es con éstas que el autor cree hallar un *“principio de la no violencia”* como condición moral del discurso (p. 103). Queda aquí la sensación, no obstante la profundidad del abordaje, que las éticas discursivas no son sometidas a la rigurosidad crítica de las anteriores.

Es a partir del capítulo cuatro que De Zan aborda la relación entre el juez y el derecho. Su indagación es la de un buscador de conexiones con una profesión que, entiende, se ha distanciado de su función originaria: *la pregunta por el sentido de la justicia* (p. 107). Si los jueces, como profesionales del derecho, no son plenamente conscientes ni rigurosos con el pensamiento ético, De Zan deduce que difícilmente puedan hacer la

crítica de los propios prejuicios. Este será el objetivo del capítulo, una indagación muy seria respecto de la capacidad de discernimiento (*Urteilskraft*). Las teorías del derecho que habitan en las prácticas de las decisiones judiciales, el autor las ordena en tres: el realismo jurídico, que entiende que la decisión es inmanente al campo jurídico profesional; el positivismo, que se reduce a la aplicación de una estructura formal; y la comprensión hermenéutica, la que supone que en el ámbito humano hay -siempre- un punto de indecidibilidad desde el punto de vista lógico. Las preguntas que atraviesan a la ética judicial, De Zan las pone en discusión con una de las teorías filosóficas del derecho más profundas, como es la de Ronald Dworkin. Este autor, analiza De Zan, es una clara superación de las tres anteriores, en tanto vincula directamente el derecho con el problema de la moral. No obstante, su solución a través de la interpretación constructiva en manos del juez, entiende De Zan, es restrictiva y limitada a su carácter hercúleo, lo que debería ser sustituido por la comunidad real de los juristas (p. 137). El problema sigue siendo cómo incluir a todos los involucrados.

La participación del universo y la integración de la diferencia son los horizontes problemáticos de las éticas de orientación kantiana. En el capítulo cinco, De Zan pone justamente en tensión el problema del derecho positivo soberano de los Estados con el valor moral, en tanto en el primero el valor moral es derivado, mientras que en términos filosóficos es fundante. En la misma estela que Kant promoviera *La Paz Perpetua*, De Zan opone la posibilidad de desarrollar un derecho cosmopolita frente al riesgo creciente de enfrentar la vida a un Estado gendarme global. Las tensiones entre la política y la moral no son evitables, pero De Zan argumenta a favor de una demanda moral de no pasividad ante la violación de derechos humanos, lo cual debería tener absoluta prioridad frente a la soberanía política (p. 163). Este pensamiento será también, y por supuesto, ajeno a los objetivos de la globalización económica del capitalismo, lo que tiene un tratamiento algo acotado, dada la dimensión de su gravitación sobre la ética. Al plantear a la democracia como un régimen de gobierno (p.169), el autor hace gravitar la complejidad de este concepto en el *kratos*, desatendiendo la potencialidad de discutir con la noción de *demos*, restringiendo su expansión indefinida a lo que se establece como limitante por el poder generado por la relación entre ética y derecho. El capítulo cierra con un

análisis de la tensión entre el reconocimiento (como concepto ético) con el derecho penal internacional, expuesto de un modo contundente y esclarecedor en relación al caso del ex dictador chileno Augusto Pinochet.

La ética de las profesiones y de la función pública es el capítulo en donde De Zan analiza reflexivamente la distancia necesaria que hay que establecer entre la ética profesional y la burocratización a la que tiende una práctica reduccionista del derecho. Cuando esta tensión es expuesta, se evidencian los conflictos notorios con las prácticas y las excepciones que ésta plantea. La diferencia entre una ética de la responsabilidad y la renuncia de principios como una cuestión de estrategia (p. 201) son el corazón de este *capítulo seis*, en donde se expone, en definitiva, la vieja pregunta respecto a si puede tenerse una moralidad para la esfera pública y otra para la privada. Al respecto, el autor toma la misma vara de Kant en relación a los problemas éticos, aunque admitiendo que lo real es mucho más complejo que un diagrama formal (p. 208), lo que pareciera habilitar una fisura en el rigorismo. No obstante, sostendrá que la validez moral no depende de los consensos fácticos históricos, lo que expondrá en una discusión -que tal vez podría haber tenido mayor profundidad, dada la importancia- entre el discurso racional de Habermas como marco procedimental ético-jurídico y la incompatibilidad que supone del pensamiento schmittiano con la democracia. La honestidad, competencia y responsabilidad de la ética judicial, dice De Zan, debería asumir estos preceptos como fundacionales de sus decisiones.

En el *capítulo siete*, el único escrito por Alejandro Turjanski, colaborador de De Zan en la investigación presentada en el libro, se expone un estudio comparado de códigos provinciales y nacionales sobre el abordaje y trato de la ética judicial, a través del dictado de códigos de conducta. La comparativa pretende evidenciar lugares comunes y disidencias en relación a las normas que rigen los comportamientos requeridos y deseados de aquellos que ocupan la función judicial. Un aspecto que habría enriquecido mucho la comparativa, tal vez, habría sido pensar en los modos de su selección más allá de sus cualidades morales, refiriendo a la presencia misma de la democracia en el proceso de su selección y continuidad.

Finalmente, el *capítulo ocho*, “Observaciones para una ética de los jueces” (el libro siempre refiere así, a su uso masculino), De Zan aborda muy concienzudamente los nuevos escenarios históricos que tensan tanto la moralización de la política como la juridización de la moral y de la política, siempre pensando en los usos instrumentales y meramente estratégicos al poder de estas relaciones. Las referencias a una *clase política*, así como a una *clase judicial*, tiene la virtud de identificar prácticas asociadas, pero tiene el defecto de reducir su concepción a cierta inmanencia que, en realidad, entiendo que no tienen ni debería expresarse con un criterio de separación de la totalidad histórica. Es interesante aquí la demanda del autor de que el discurso judicial no neutralice la dimensión colectiva de lo político al tratar a las partes como individuos (p. 255), lo que se hace más expreso en el control de constitucionalidad, situación que es tratada con la tensión entre los poderes de gobierno ejecutivo y judicial. No deja de ser llamativa la consideración de *política* sólo referida al primero, a la vez que algún exceso del autor al plantear que su pensamiento se deriva como consecuencia lógica al *tener en cuenta la experiencia de toda la historia humana* (p. 258), cuando es claro que falta bastante de la misma, sobre todo las versiones no hegemónicas. La reflexión sobre los riesgos actuales que comporta la relación entre la justicia y los medios de comunicación no deja de tener una actualidad extraordinaria, y cada vez más acuciante de su tratamiento, sobrevolando hoy el riesgo de que la totalidad de los poderes de una república queden sometidos a los imperativos de las empresas privadas de comunicación. Los jueces, dice el autor, no pueden estar al margen del conocimiento de los riesgos de la mediatización de la realidad social, así como la necesidad para la sociedad civil de que estos mismos actores del derecho aboguen por la transparencia de sus fundamentos, por una *Verstehen* (publicidad y comunicación), antes que el secreto y la no publicidad que el poder de las élites prefiere. Esa publicidad y comunicación de los jueces con su medio supondría la necesidad de confrontar argumentos, algo a lo que este sector no es muy propenso y que la propia ley deja a su criterio.

El último apartado del libro, el anexo, se dedica justamente a exponer las reticencias, temores y debilidades en la propia palabra de los jueces, ya que se trata de la exposición de los resultados de una encuesta realizada a magistrados respecto a estas temáticas.

La poca presencia de una ética de orientación universalista de inspiración kantiana, como De Zan viene sosteniendo que debe ser el horizonte formativo, queda expuesta como lo *radicalmente otro* del pensamiento de los jueces, en tanto se desprende de allí el carácter corporativo y no consultivo con el que abordan las problemáticas de tipo moral al interior de su profesión.

El libro de De Zan es testimonio de una preocupación honesta y vigente, atravesada de una ocupación extraordinaria por trasladarla al ámbito formativo de los jueces y que, para complementar y ampliar, debería ser pensada para los espacios de la formación de grado. La accesibilidad del libro es otro punto a destacar, lo que sólo es posible cuando alguien adquiere una claridad conceptual que puede ordenar lo que de otro modo muchas veces parece inaccesible al público general. De Zan logra su cometido: ofrecer una obra a las profesiones jurídicas sobre un tema que los atraviesa, pero que no están habituados a indagar en estas profundidades. Sería deseable que desde los ámbitos de formación de grado y posgrado en estas profesiones accedieran a este material, puesto que elevaría el nivel de la discusión respecto de un campo como el derecho, el cual, por cierto, es demasiado importante para dejarlo sólo en manos de sus profesionales.