

Imparcialidad

Isabel TRUJILLO



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



IMPARCIALIDAD

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 119

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición y formación en computadora: Isidro Saucedo

ISABEL TRUJILLO

IMPARCIALIDAD



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 2007

Primera edición: 2007

DR 2007. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva, s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-970-32-4427-0

CONTENIDO

Introducción	1
Capítulo primero. Una indagación semántica	9
I. Juicio e imparcialidad	15
1. Imparcialidad y virtud: la vía aristotélica	20
2. Ley e imparcialidad: la vía kantiana	33
3. Características generales del concepto de imparcialidad	42
II. Imparcialidad y justicia	45
1. Una distinción clásica y una prioridad moderna: la justicia distributiva	45
2. La igualdad y la justicia	52
3. El principio de imparcialidad más allá de la igualdad formal y material	55
4. Diferencia y justicia	58
5. El problema de la división	62
6. ¿La imparcialidad añade algo a la igualdad?	67
III. Una propuesta de definición	69
1. “Tomar partido” o sobre la diferencia entre imparcialidad y neutralidad	71
2. Imparcialidad, intersubjetividad, universabilidad y generalidad	72
3. Objetividad y desapasionamiento	76

IV. La imparcialidad en el debate jurídico contemporáneo	80
1. Imparcialidad como despersonalización	82
2. Éticas imparciales y perspectiva contractualista	91
3. Imparcialidad en la justificación y la argumentación	96
4. La imparcialidad como injusticia: la crítica del feminismo	101
5. <i>¿Ethics of rights vs. ethics of care?</i>	107
6. La praxis de los derechos a la luz de la crítica feminista	117
7. La imparcialidad tras la virtud	123
Capítulo segundo. ¿Una moral imparcial?	131
I. Ética y moral: a propósito de una distinción	135
1. Filosofía moral y saber ético	137
2. El objeto de la ética y de la moral	140
II. La imparcialidad en la moral como justificación	144
1. Justificación y prioridad de lo justo sobre lo bueno	146
2. ¿Universal en qué sentido?	150
3. Razón práctica y razón justificadora	153
4. La anulación de la razón práctica como facultad subjetiva	158
5. Imparcialidad e intereses	165
III. La imparcialidad en la ética	169
1. Interés personal e imparcialidad	174
2. Egoísmo y simpatía	177
3. Autointerés y simpatía “sustanciales”	179
4. Imparcialidad y regla áurea	185

IV. Éticas plurales	189
1. Pluralismo: ¿un hecho o un valor?	192
2. Multiculturalismo e inconmensurabilidad	198
3. Primado del juicio subjetivo y dimensión institu- cional de la razón	203
4. Imparcialidad, objetividad y verdad ética	206
Capítulo tercero. Imparcialidad y política	219
I. Poder, dirección e identidad	219
1. La política como forma de vida	223
2. Criterios de lo político	228
II. Identidad política y deliberación: la posible (pero parcial) imparcialidad política	233
1. Identidad personal, identidad cultural e identidad política	237
2. Comunidad política y multiculturalidad	242
3. Democracia e identidad política	248
4. Legitimidad e imparcialidad	253
III. Identidad personal e imparcialidad	256
1. Primado del individuo y concepción débil de la política	257
2. La identidad <i>light</i> del liberalismo	260
3. Unidad narrativa, planes de vida y autenticidad	264
IV. La ciudadanía como problema de justicia distributiva	267
1. La ciudadanía como “bien” jurídico y político	269
2. Ciudadanía y políticas migratorias	273
3. ¿Principios externos de distribución?	282
4. La insuficiencia de la justicia distributiva como justicia “política”	287

Capítulo cuarto. La imparcialidad en la experiencia jurídica	291
I. Un valor del derecho	295
1. ¿Justicia procedimental?	298
2. Equidad e imparcialidad	304
3. La justicia natural y el derecho a la imparcialidad	311
4. La obligación de motivar	318
5. El pluralismo de las opciones	325
6. Las circunstancias del ejercicio del poder	329
II. Imparcialidad y administración pública	337
1. Modelos de imparcialidad administrativa	339
2. Interés general y bien común	346
3. Discrecionalidad e interés general	352
4. Deber de igualdad y finalidad de la administración	358
III. La imparcialidad “posible” del juez	360
1. Imparcialidad y poderes del juez	364
2. Discrecionalidad y arbitrio	372
3. El sujeto de la interpretación	375
Conclusiones: los caminos de la imparcialidad	383
Bibliografía	389

A mi padre y a mi madre

Imparcialidad, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 7 de noviembre de 2007, en ENACH Impresión de Libros y Revistas, calle Bertha 198 colonia Nativitas, delegación Benito Juárez, C. P. 03500, S. A. de C. V. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros, y consta de 500 ejemplares.

INTRODUCCIÓN

La reflexión sobre la imparcialidad debería ser especialmente importante para el filósofo del derecho —en general, para cualquiera que reflexiona sobre el derecho— si es que se quiere comprender la experiencia jurídica. Con todo, el interés de la filosofía del derecho por la imparcialidad ha sido relativamente escaso. No lo ha sido tanto, sin embargo, cuando se trata de la reflexión ético-política: es muy frecuente, en efecto, que en los estudios sobre la moralidad y sobre la justicia política, la imparcialidad desempeñe un papel crucial. Este desigual interés hacia una cuestión tan estrechamente conectada con el derecho, probablemente se deba a la desconfianza, gestada a lo largo del siglo XX, sobre el tratamiento científico de los juicios de valor y, en última instancia, a la exclusión del tema de la justicia de la reflexión científico-jurídica. No es casualidad que el nacimiento de la filosofía política en la segunda mitad del siglo XX —y con ella del auge del concepto de imparcialidad— se fundamente sobre la posibilidad de ofrecer un tratamiento racional de este valor político fundamental.

El objetivo de esta investigación no es, en principio, abordar la evolución de la idea de justicia en la filosofía del derecho y en la filosofía política de nuestro tiempo, pero no podemos olvidar la disparidad de tratamiento a la que hemos aludido y que deberemos afrontar de algún modo. Concretamente, el presente trabajo se propone reconstruir el principio de imparcialidad en el ámbito de la experiencia práctica y social. Pretendemos observar cómo se manifiesta la imparcialidad en tres áreas de referencia, vinculadas por su carácter “práctico” —orientado a la acción— y su carácter intersubjetivo, a fin de constatar semejanzas y diferencias y establecer, si fuera posible, una estructura de referencia básica para la im-

parcialidad. Los resultados de esta sistematización pueden ofrecer sugerencias interesantes para la reflexión filosófico-jurídica.

Desde el punto de vista jurídico, la imparcialidad se ha configurado tradicionalmente como una característica estructural del derecho. Se sitúa dentro del juicio de autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados. Cuando se consolida el principio de separación de poderes, la imparcialidad —del juez y de la administración— pasa a ser un criterio organizativo y asume la forma de un principio que subordina al legislador los poderes Ejecutivo y Judicial, provocando un cierto distanciamiento entre la imparcialidad y el Poder Legislativo. El legislador mantiene, por supuesto, una obligación de imparcialidad en forma de generalidad de la ley, pero esa idea de imparcialidad es muy diferente y tiende a configurarse de manera independiente a su manifestación en los otros ámbitos. En efecto, el derecho es siempre la limitación del poder, pero mientras la imparcialidad ligada a la justicia lo limita desde dentro, la imparcialidad como criterio organizativo lo limita desde fuera, es decir, a través de su confrontación con otro poder. Esta última idea de imparcialidad está hoy en crisis por diversos problemas derivados de la experiencia jurídica y política. Por ello, no debemos olvidar la otra vertiente de la imparcialidad, que aquí trataremos, y que se expresa como un planteamiento normativo necesario y adecuado en cualquier teoría de la justicia.

La segunda idea de imparcialidad aquí estudiada —la primera en el orden expositivo— se sitúa en la reflexión ético-política que, afortunadamente, ha recuperado a la justicia como principal objeto de estudio. El trabajo teórico de reconstrucción pretende desentrañar un presupuesto —la imparcialidad— no siempre explicitado que es, a su vez, corolario de dos tesis irrenunciables para la reflexión ético-política contemporánea: el primado de la igualdad y el valor del pluralismo. La imparcialidad, la igualdad y el pluralismo componen el entramado de la justicia en el ámbito ético-político: aquí hemos intentado mostrar que las tres constituyen también los

elementos de la justicia en el ámbito jurídico. De ahí que resulte muy importante profundizar en ámbitos tan diversos.

Las raíces de la imparcialidad son antiguas y pueden encontrarse fácilmente sus antecedentes, sus aspectos problemáticos e, incluso, sus aporías. No hemos querido realizar una reconstrucción exhaustiva —en todas sus ramificaciones y detalles— de su itinerario histórico-teórico, ni una clasificación completa de todos sus múltiples y variados significados. Hemos preferido partir de una estructura de base e indagar sobre el desarrollo de la imparcialidad, preferentemente, en la reflexión contemporánea. Por tanto, las referencias a determinados autores no pretenden ser completas, sino sólo orientadas a la identificación de los distintos “modelos”. Nos interesa el papel que desempeña la imparcialidad en las diversas teorías y cuáles son las consecuencias principales que de ello se derivan. En este recorrido, la imparcialidad aparecerá conectada con importantes problemas de nuestro tiempo, que serán tratados sólo en lo que afecta al punto de vista aquí propuesto.

La hipótesis de partida es la posibilidad de distinguir dos significados diversos de imparcialidad: el primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera “imparcial” a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo. Ambos significados conviven pacíficamente en el uso común del término imparcialidad, sin entrar en conflicto ni provocar equívocos. En todo caso, el primero de los significados es una extensión del segundo, y éste una intensificación del primero. Cuando hablamos de imparcialidad como objetividad del juicio —lo que denominaremos concepción epistemológica de la imparcialidad, o “imparcialidad-objetividad”—, nos referimos a la actitud de quien “presta la misma atención a todos los datos y razones que están en juego”; se trata de una especie de justicia en relación con todos los factores relevantes para el conocimiento. Cuando hablamos de la imparcialidad como actitud ante la confrontación de intereses opuestos (dimensión intersubjetiva —porque, en general,

los intereses pertenecen a distintos sujetos—) y que denominaremos “imparcialidad-justicia”, nos referimos a una actitud de equidistancia e igual consideración de las partes.

La estructura del trabajo es, pues, relativamente sencilla. Hemos analizado en qué modo y medida estos dos significados o dimensiones de la imparcialidad están presentes y se articulan en las tres dimensiones de la vida práctica, estrecha y problemáticamente conectadas: la ética, la política y la experiencia jurídica.

El primer capítulo —de naturaleza introductoria— se dedica a la reconstrucción del ámbito semántico de la imparcialidad. En la primera parte se identifican, de acuerdo con nuestro criterio, los elementos esenciales de las dos concepciones de la imparcialidad: el juicio y la justicia. A continuación, se presentan los elementos que permiten ofrecer una definición de imparcialidad, clarificando sus diferencias con términos afines utilizados, a veces, incluso como sinónimos: intersubjetividad, neutralidad, generalidad de la ley, universalizabilidad. La última parte del primer capítulo se dedica al desarrollo de la imparcialidad en el debate de los últimos 30 años, dando cuenta de su primordialidad y de su relevancia como principio. En el debate contemporáneo existen diversas posiciones teóricas sobre la justicia sustentadas sobre la imparcialidad; existen también posturas que consideran la imparcialidad como una injusticia y las que tienen como objetivo polémico la imparcialidad. De entre las críticas que se han vertido sobre ella hay que tener especialmente en cuenta las provenientes del pensamiento feminista, sobre todo, porque ponen en evidencia las dificultades que plantea un presunto “primado” del principio de imparcialidad y un determinado concepto de imparcialidad en el ámbito ético y político. De esas críticas se deduce, con claridad, que el principio de imparcialidad no es autosuficiente, ni autofundante, ni siquiera resulta suficiente como principio ético y político. Esta constatación viene a ser confirmada por la existencia de algunas consecuencias “contraintuitivas” que se derivan de su aplicación. En realidad, las críticas a la imparcialidad tienen como objeto una especie de sucedáneo suyo, entendido como distanciamiento o indiferencia respecto

de las diferencias. Por el contrario, en sentido propio, la imparcialidad consiste, precisamente, en tomar en consideración las diferencias.

Para solventar las dificultades de la imparcialidad en la experiencia moral (segundo capítulo) se ha recurrido a la distinción, típicamente moderna, entre moral y ética: diferencia que constituye el punto de partida de nuestra reflexión en este ámbito. La moral se proyecta sobre el problema de la justificación de los principios, la ética pretende ser, en cambio, una guía y orientación para la vida práctica. Se trata de dos aspectos, dicho sea de paso, que resultan indivisibles en el ámbito jurídico: la decisión operativa es precisamente aquella que debe ser justificada. El principio de imparcialidad constituye la norma que preside la moral de la justificación, mientras que la ética necesita de otros principios además de la imparcialidad. No obstante, si miramos con atención, también las morales de la justificación son, en realidad, “éticas de la imparcialidad” y, desde el punto de vista ético, la práctica de la imparcialidad resulta incompatible con otros principios clásicos como el amor propio, los deberes originados por relaciones especiales y otros.

En el ámbito político (capítulo tercero), la concepción epistemológica de la imparcialidad se revela ciertamente problemática, aunque también la concepción intersubjetiva resulta comprometida a causa de la irrenunciable “parcialidad” política. El problema de la “parcialidad” política no debería, en nuestra opinión, conectarse con la diferente cualidad de las relaciones internas (de amistad) respecto de las relaciones externas (amigo-enemigo), sino que debe situarse, más bien, a la luz de la conexión entre política e identidad.

Cuando la política interacciona con la identidad se diluye el sentido epistemológico de la imparcialidad; es más, la identidad resulta inversamente proporcional a la imparcialidad epistemológica y viceversa, porque la política —como la identidad— exige un “punto de vista” y, por tanto, excluye una mirada imparcial. La parcialidad política, en definitiva, no es sino una cuestión de perspectiva. Por otra parte, si bien la imparcialidad-justicia no está del todo ausente en el campo político, sí resulta claramente “intrasistémica”, esto es,

relativa a una determinada comunidad política. Tal configuración presenta aspectos problemáticos cuando se plantea, con seriedad, la dimensión transnacional que las relaciones humanas van adquiriendo y que miran hacia una exigencia universal de imparcialidad.

El capítulo cuarto está dedicado a la imparcialidad en la experiencia jurídica. En él hemos examinado las formas fenomenológicas bajo las que se manifiesta este principio, tanto en la administración pública como en la función jurisdiccional y legislativa. En cuanto a su estructura teórica, hemos sostenido la tesis de que el derecho ejerce la imparcialidad “posible” por excelencia. Si la imparcialidad en el ámbito político está expuesta al peligro del particularismo y en el ámbito moral está expuesta al peligro del universalismo, la imparcialidad en el ámbito jurídico parece poder evitar ambos peligros, siendo capaz de conjugar particularismo y universalismo; proponiéndose, de esta manera como un modelo ejemplar para la experiencia práctica.

Durante el tiempo que he empleado para realizar este trabajo de investigación, en Ferrara, Roma y Palermo, me he encontrado con muchas personas de las que he podido aprender tantas cosas. Una vez culminada mi tarea, agradezco, en particular, a tres maestros con los que he tenido el honor de colaborar: Letizia Gianformaggio, Francesco D’Agostino y Francesco Viola. De los tres he recibido enseñanzas valiosísimas y, para mi fortuna, muy diversas. Su aportación ha sido muy superior a los logros que pueden encontrarse en este estudio, dado que *quidquid recipitur, ad modum recipientis recipitur*; no obstante, mi gratitud está al nivel de la enseñanza que me han ofrecido.

De Leticia Gianformaggio he aprendido la pasión por la justicia y su inquietud crítica ha suscitado en mí el interés por las formas de control del poder. De ella hubiera querido aprender la claridad y el rigor en la argumentación.¹

¹ Durante los meses de preparación de esta edición nos ha dejado Letizia Gianformaggio, después de una vida y una enfermedad llevadas con admirable dedicación a los demás y suma elegancia. A ella va un recuerdo entrañable.

De Francesco D'Agostino he aprendido a reconocer la distancia entre un trabajo de reconstrucción teórica y una investigación orientada hacia un pensamiento filosófico radical y definitivo, sin la que cualquier investigación resulta, a fin de cuentas, insatisfactoria.

Francesco Viola me ha enseñado a apreciar las razones del derecho y en el derecho. Pero, sobre todo, he aprendido de su vida a amar el estudio y las cosas que son objeto de mi estudio.

Algunas partes de este trabajo han sido ya presentadas o publicadas con ocasión de mi participación en congresos; sin embargo, han sido revisadas de nuevo bajo la óptica global de la investigación.

El apartado III, "Identidad personal e imparcialidad", del capítulo tercero, fue presentado en Roma, en la Universidad de Tor Vergara, bajo el título "Éticas de la imparcialidad e identidad personal: notas sobre algunas orientaciones de la filosofía política contemporánea", durante el congreso II Corpo de-Formato. Nuovi Percorsi dell'Identità Personale, del 11 al 13 de enero de 2001.²

A su vez, el apartado IV, "La ciudadanía como problema de justicia distributiva", del mismo capítulo tercero, fue presentado bajo el título "Ciudadanía y justicia distributiva", durante la V Settimana di Studio del Dottorato sui Diritti Umani, Evoluzione, Tutela e Limiti, en la Universidad de Palermo, del 4 al 8 de junio de 2001.³

El punto 4, "La imparcialidad como injusticia: las críticas del feminismo", del apartado IV del capítulo primero, fue expuesto con el nombre "Partiality and Distributive Justice", en Amsterdam, durante el Congress on Pluralism and Law, del 19 al 23 de junio de 2001.⁴

² Publicado posteriormente en D'Agostino, F. (ed.), *Il corpo de-formato. Nuovi percorsi dell'identità personale*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 79-91.

³ Luego fue publicado en *Ragion Pratica*, 18, 2002, pp. 101-126.

⁴ Publicado por Soeteman, A. (ed.), *Pluralism and Law*, Proceedings of the 20th IVR World Congress, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 88, 2003, pp. 95-102.

Capítulo primero. Una indagación semántica	9
I. Juicio e imparcialidad	15
1. Imparcialidad y virtud: la vía aristotélica	20
2. Ley e imparcialidad: la vía kantiana	33
3. Características generales del concepto de imparcialidad	42
II. Imparcialidad y justicia	45
1. Una distinción clásica y una prioridad moderna: la justicia distributiva	45
2. La igualdad y la justicia	52
3. El principio de imparcialidad más allá de la igualdad formal y material	55
4. Diferencia y justicia	58
5. El problema de la división	62
6. ¿La imparcialidad añade algo a la igualdad?	67
III. Una propuesta de definición	69
1. “Tomar partido” o sobre la diferencia entre imparcialidad y neutralidad	71
2. Imparcialidad, intersubjetividad, universalidad y generalidad	72
3. Objetividad y desapasionamiento	76
IV. La imparcialidad en el debate jurídico contemporáneo	80
1. Imparcialidad como despersonalización	82
2. Éticas imparciales y perspectiva contractualista	91
3. Imparcialidad en la justificación y la argumentación	96
4. La imparcialidad como injusticia: la crítica del feminismo	101
5. <i>¿Ethics of rights vs. ethics of care?</i>	107
6. La praxis de los derechos a la luz de la crítica feminista	117
7. La imparcialidad tras la virtud	123

CAPÍTULO PRIMERO

UNA INDAGACIÓN SEMÁNTICA

Aproximarse a la semántica de la imparcialidad resulta un cometido complejo pero interesante e irrenunciable por diversos motivos. La complejidad del tema deriva de que es un concepto común a diversos contextos: epistemológico, ético, jurídico y político. Así pues, resulta inherente a la idea de imparcialidad una cierta flexibilidad y ductilidad respecto a cada uno de esos contextos que acaban por hacerla difícilmente definible de manera unívoca. No obstante, una vez establecido el significado específico del término en cada uno de los diversos campos de aplicación, podemos identificar un núcleo común a todas sus acepciones. No es fácil evitar la impresión de que todos sus significados tienen algo en común; impresión que surge de la dificultad de agotar su definición en cualquiera de los contextos mencionados, prescindiendo completamente de los otros. En efecto, puede observarse una tendencia a trasponer el significado epistemológico de la imparcialidad al ámbito ético y jurídico, o de definir la imparcialidad epistemológica a partir de su significado propiamente moral o jurídico. En cierto sentido, las diversas acepciones de la imparcialidad son recíprocamente comunicantes y coextensivas

Otra típica característica de la imparcialidad, desde el punto de vista semántico, es su resistencia a ser definida “positivamente”: resulta más fácil, en efecto, individuar lo que resulta parcial que aquello que puede considerarse imparcial; de ahí que sea por contraposición como mejor se entiende el significado de la imparcialidad. Un ejemplo paradigmático de esta dificultad se encuentra en el campo del derecho. A diferencia de otros ámbitos en los que la imparcialidad puede ser considerada, a veces, como un disvalor,

en el derecho es siempre un valor irrenunciable. Con todo, el jurista es muy consciente de que el camino más adecuado para dar contenido a la imparcialidad comienza por particularizar los *indicios* de parcialidad, puesto que la reconstrucción de su contenido positivo resulta, sin duda, bastante ardua y complicada.

Partiendo de estas consideraciones parecería más aconsejable no afrontar “directamente” la imparcialidad, sino centrar la reflexión sobre el derecho, la política o la ética, en otros puntos menos “dúctiles”, más claramente susceptibles de determinación e igualmente relevantes. Sin embargo, una decisión de este tipo no sería acertada. En primer lugar, porque la imparcialidad muestra, junto con su variedad semántica, una semejanza entre los diversos significados que a ella se remiten. Desde el punto de vista clásico, se podría decir que estamos en presencia de un término *análogo*, que es diferente e igualmente equidistante tanto respecto de lo que es unívoco como de lo que es equívoco. En un término análogo se pueden singularizar, en efecto, elementos de semejanza y elementos de diferencia. Es posible identificar un analogado principal, o significado ejemplar y paradigmático, pero también otros significados, digámoslo así, secundarios o derivados. Tal y como veremos a continuación, el analogado principal de la imparcialidad es su configuración como elemento de la estructura del juicio. Como reflejo, también podrán considerarse imparciales: los actos que derivan del juicio, el procedimiento del juicio, el sujeto del juicio, los elementos del juicio y su resultado. Todos estos significados introducen una notable variedad en el uso de la imparcialidad.

En segundo lugar, como pretendemos demostrar, excluir la imparcialidad como objeto de estudio del derecho, de la ética o de la política, no es admisible porque la imparcialidad, aunque haya sido eliminada o postergada, reaparece casi siempre, pero entonces lo hace como un presupuesto implícito y no adecuadamente justificado. La reflexión sobre la igualdad exige una profundización crítica: eso es lo que este trabajo pretende aportar en la medida de sus posibilidades. Asimismo, su reflexión resulta irrenunciable para las exigencias de una conciencia crítica.

En tercer lugar, la diversidad de perspectivas implicadas confiere a este análisis una particular riqueza, por cuanto permite establecer puntos de contacto e intersección entre campos diversos de la experiencia práctica y, al mismo tiempo, permite evidenciar también sus diferencias. He ahí una importante dificultad para analizar el significado de la imparcialidad: se debe reflexionar sobre ella teniendo siempre presentes sus conexiones en los diversos contextos.

Por otra parte, su persistencia en el tiempo, a pesar de las diversas concepciones que la han ensombrecido, nos parece un síntoma a favor de su relevancia. Aunque nuestra propuesta aquí no es elaborar su historia, resulta indiscutible que la imparcialidad está presente *en la historia*, de maneras diversas y de algún modo conectadas, permitiendo afirmar que existe *una historia* de la imparcialidad.

Otra de las razones que hacen interesante —a la par que complejo— un estudio sobre la imparcialidad, deriva de su propia naturaleza. La imparcialidad tiene una estructura “sintética”. Ese carácter se manifiesta en dos niveles: por un lado, incluye elementos semánticos plurales pero que se dan conjuntamente; por otro, la imparcialidad se refiere a una función de síntesis. En efecto, o bien se trata de una operación de síntesis (el juicio), o bien se trata del sujeto que desarrolla una síntesis (el que juzga).

El objetivo de estas páginas iniciales es intentar trazar un mapa semántico de la imparcialidad para liberar el concepto de las trampas lingüísticas más corrientes, con el fin de proceder, en un segundo momento, a la indagación sobre sus semejanzas y diferencias con conceptos afines y poder, finalmente, individuar su estructura básica. El análisis de su significado a partir de los diversos modelos históricos y la consiguiente propuesta de definición se dirigen, en primer lugar, a explorar las razones de su vitalidad y relevancia y, en segundo lugar, a mostrar su capacidad de presentarse bajo formas diversas: una multiplicidad que es signo de una cierta problematicidad, pero también de riqueza de significado.

Así pues, el enfoque general de nuestra reflexión sobre la imparcialidad tiene dos coordenadas principales: el juicio en la razón práctica y la dimensión intersubjetiva del contexto en donde el jui-

cio se realiza, que designaremos, genéricamente, como el contexto de la justicia. Por lo que respecta a la primera, resulta indudable que la imparcialidad pertenece al terreno de la razón práctica aunque, abstractamente, desde el punto de vista epistemológico general, podamos hablar de imparcialidad referida al conocimiento especulativo. Aquí, sin embargo, no nos ocuparemos del ámbito epistemológico general, ni del significado especulativo de la imparcialidad.⁵ Lo que nos importa resaltar es la presencia de la imparcialidad como valor aceptado (o criticado como disvalor) en algunos contextos prácticos en los cuales comparece (y que hemos considerado más relevantes). Con relación al tema de la justicia, que delimita el marco dentro del cual se mueve la imparcialidad, nuestro planteamiento se dirige, sobre todo, a subrayar hasta qué punto resulta necesaria una reflexión seria sobre las razones de semejanza y diferencia entre la imparcialidad y la justicia.

Resulta evidente la conexión entre imparcialidad y justicia. Sin llegar a una equivalencia de significados, cabe sostener que la imparcialidad es *conditio sine qua non* de la justicia, en el sentido de que resulta difícil pensar en un resultado justo que no sea imparcial. Por otra parte, resulta obvio que una de las formas que puede revestir la injusticia es la parcialidad. La parcialidad presenta, pues, una mayor “visibilidad”, del mismo modo que lo representa la injusticia respecto de la justicia: es siempre más fácil percibir la primera que la segunda.⁶

⁵ En última instancia, la imparcialidad del conocimiento especulativo y del conocimiento científico debe considerarse “práctica”, en cuanto que viene dictada por aquello que la ética del conocimiento impone al investigador; como la objetividad del juicio o la distancia frente al sujeto que enjuicia. Sobre esta cuestión: Weber, M., *La ciencia como profesión. La política como profesión*, trad. y ed. de J. Abellán, Madrid, Espasa, 2001, pp. 9-52; *cfr.* también Cottier, G., *Humaine raison: contributions a une éthique du savoir*, Friburgo, Editions Universitaires, 1980; Berti, E. (ed.), *Le vie della ragione*, Bolonia, Il Mulino, 1987. De las implicaciones entre conocimiento y ética se ha ocupado también Apel, K. O., “L’etica della responsabilità nell’era della scienza”, *Il Mulino*, Bolonia, núm. 1, enero-febrero de 1985, pp. 47-73.

⁶ Últimamente ha desarrollado este tema Shklar, J. N., *The Faces of Injustices*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 1990, pero es un argumento

En líneas generales, con algunas excepciones que veremos a continuación, la imparcialidad se percibe como un bien que debe buscarse y la parcialidad como un mal que debe evitarse. En efecto, generalmente uno se acerca a la imparcialidad con la idea de que se trata de una exigencia irrenunciable. Pero, al mismo tiempo, se percibe también una dificultad intrínseca o, incluso, un cierto carácter utópico. Tal dificultad está ligada a la imposibilidad de renunciar a la parcialidad propia de la condición humana: la tendencia natural a amarse a sí mismo y ver las cosas desde el propio punto de vista; a estar pendiente de uno mismo y de sus amigos, a la particularidad del individuo juez o espectador, a la necesaria parcialidad requerida por la propia realización personal. La imparcialidad “pura”, si fuera posible, resultaría tan difícil y utópica como lo es la justicia absoluta.

Si hemos de individuar algún criterio orientador, podríamos decir que la imparcialidad tiene que ver más con el *método* de la justicia —con su dinámica, con el proceso de la justicia (en sentido no técnico)— que con su consecución; sin embargo, el concepto de justicia incluye tanto el método como el resultado.

En la dinámica de la justicia, la imparcialidad se presenta en un momento particular: el momento del juicio, la operación en la que se debe discernir entre las pretensiones de las partes. En la iconografía clásica de la justicia, la imparcialidad ocupa el lugar de la balanza no de la espada y está representada por una mujer que tiene los ojos vendados. La imagen sugiere que la justicia es imparcial porque no ve quiénes son los sujetos que la pretenden, no presta atención a las

con raíces antiguas. La autora se detiene sobre la idea de que el sentido de la injusticia es primario respecto al sentido de la justicia y que justicia e injusticia no son simétricas. Junto a esto, destaca el hecho de que la injusticia es emotivamente más fuerte y que la justicia incluye no sólo un aspecto activo sino también un aspecto pasivo, lo que le hacen concluir que es preferible aproximarse a la justicia desde la injusticia. El problema que debe resolver la posición que sostiene un primado de la justicia sobre la injusticia, desde el punto de vista perceptivo, proviene de que no es fácil establecer una diferencia clara entre injusticia y mala suerte. Esta dificultad acrecienta la importancia del sentido de la injusticia de la víctima y refuerza el carácter social de la dicotomía justicia-injusticia. Estas consideraciones son fácilmente aplicables al binomio parcialidad-imparcialidad.

personas (*acceptio personae*) sino que pondera objetivamente las pretensiones esgrimidas. Sin embargo, resulta paradójico que la imparcialidad exija un conocimiento profundo de la situación: el reconocimiento de la diferencia entre los sujetos y de la particularidad de la situación en que se encuentran. De ahí su peculiaridad: la imparcialidad requiere, en efecto, un conocimiento de la situación pero, al mismo tiempo, requiere no prestar atención a algunos aspectos. Se trata, pues, de una atención selectiva. La dialéctica entre conocimiento profundo y ausencia de información, como expondremos a continuación, es uno de los “nudos” de la imparcialidad.

El uso de la imparcialidad es corriente en contextos en los que se predica la objetividad del juicio, la ausencia de prejuicio, el equilibrio, el atenerse a los hechos. Pero también es característica de contextos de juicio en los que concurren una pluralidad de intereses, consecuencia de la pluralidad de sujetos o, incluso, una pluralidad de intereses del mismo sujeto. En el primero de los casos, resulta determinante el sujeto que juzga y su conocimiento de los datos: es imparcial la valoración de quien se acerca a la situación sin haber “tomado partido” prejudicialmente, sino que confía su decisión a una cuidadosa y correcta formación del juicio: al discernimiento entre los elementos importantes y los que no lo son, incluso eliminando aquellos elementos que pudieran distorsionar el juicio. En el segundo caso, la imparcialidad como objetividad se introduce en el concepto de justicia, convirtiéndola en una valoración “proporcional”, esto es, teniendo en igual consideración a todos los elementos. Forzando un poco esta diferencia, aparecen dos modelos de imparcialidad: la “epistemológica” y la “intersubjetiva”: la primera relativa al conocimiento objetivo y la segunda relativa a la valoración de elementos (o de sujetos) que exigen la misma consideración.

La imparcialidad presentaría, pues, dos dimensiones, ambas implicadas en el juicio. Por un lado, la imparcialidad es, ante todo, una característica general del juicio y, por tanto, se coloca en un contexto más amplio respecto a la justicia; en este caso, imparcialidad significa objetividad. Ejemplos de esta dimensión pueden encontrarse en todas las visiones de la imparcialidad que tienden a in-

dividir la mejor de las concepciones para llegar a la verdad. Por otro lado, la imparcialidad es también especificación de la justicia (como la parcialidad en la injusticia), entendida como regla de juicio relativa a intereses diversos. Se trata, por supuesto, de significados muy próximos y que están, de algún modo, conectados. El que juzga, sea entre pretensiones de determinados sujetos, sea entre hipótesis concurrentes (o sobre cualquier otra cosa), realiza una operación cognoscitiva que sólo puede ser considerada como justa si es imparcial. Como apuntamos ya en las páginas introductorias, la imparcialidad es una característica *extensiva* del juicio objetivo, al tiempo que una acepción más *intensiva* la conecta con la justicia.

La estructura de esta primera parte del trabajo se corresponde con la doble dimensión de la imparcialidad: una relativa al juicio *tout court*, y otra referente al juicio en el marco de las relaciones intersubjetivas. Iniciamos el examen de la imparcialidad como característica del juicio; en un segundo momento analizamos cómo el significado de la imparcialidad se intensifica como parte de la justicia, con el fin de individuar, a través de ambas dimensiones, los elementos que conformen una definición. Mostramos, pues, que los múltiples significados de imparcialidad dependen del peso que se concede a uno u otro de estos elementos. Este peso, como veremos, también difiere según el contexto en el que se hace uso de la imparcialidad: ético, político o jurídico.

Antes de estudiar la imparcialidad en los campos específicos de la ética, la política y la experiencia jurídica, profundizaremos en las teorías de la justicia contemporáneas para identificar los significados de imparcialidad más difundidos en la actualidad.

I. JUICIO E IMPARCIALIDAD

La evidente conexión entre imparcialidad y juicio no evita el carácter problemático de un estudio de la imparcialidad en el juicio.⁷

⁷ Un panorama de los problemas relativos al juicio desde diversas perspectivas, todas conectadas con el ámbito “práctico”, se encuentra en Nicosia, S. (coord.), *Il giudizio*, Roma, Carocci, 2000.

Con el término “juicio” pueden entenderse cosas diversas: la facultad de juzgar, la actividad o el acto de juzgar e, incluso, el resultado o el producto de la facultad de juzgar (*the judgement made*).

Para empezar, dejemos constancia de que la imparcialidad resulta relevante en todos los significados relativos al juicio: en efecto, podemos calificar la facultad de juicio como imparcial o no, podemos usar o no la imparcialidad en la facultad de juzgar o podemos decir que el juicio es o no imparcial.

El juicio es *simpliciter*, una parte del conocimiento, algo que le pertenece. Desde Aristóteles en adelante, la tesis de que el juicio constituye el acto principal del conocimiento es un lugar común en la filosofía occidental. Básicamente, todas las operaciones de la facultad de conocer pueden reconducirse al juicio. Como es sabido, para Aristóteles el juicio como operación está precedido de la simple aprehensión, productora de conceptos (ideas a nivel mental y términos a nivel de lenguaje). Los juicios se articulan después en razonamientos (que son operaciones y productos de esas operaciones). Es también sabido que la obra de Kant, centrada sobre la distinción de los diversos tipos de juicios según el tipo de relación entre el sujeto y el predicado, se caracteriza por la idea de que es el juicio y no la simple aprehensión el primer acto del conocimiento.⁸ Desde esta perspectiva, el juicio adquiere todavía una mayor centralidad.

El juicio implica una actividad, una acción, pero resulta difícil determinar en qué consiste esa acción. La lógica clásica entiende que formular un juicio consiste en conectar un sujeto con un predicado (S es P). En la lógica moderna la estructura del juicio se complica: consiste en afirmar que una cierta proposición es verdadera (C es verdad), donde la proposición C es ya, en términos clásicos, un juicio. En todo caso, el juicio es una operación “sintética”, en el sentido de que une, junta, integra, pone en relación varios elementos.

Obviamente, el término “sintético” no está exento de precomprensiones semánticas. Las más relevantes para nuestro objetivo

⁸ Cfr. Kant, I., *Crítica del juicio*, trad. y ed. de M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1999, pp. 89-128.

son aquellas que provienen de la filosofía kantiana, para la cual “sintético” está ligado a “universal y necesario” en el conocimiento.⁹ La síntesis es una operación del intelecto opuesta al análisis, que está fundado sobre la separación. “Sintético”, en efecto, tiene relación con integrar, conjuntar. Precisamente en la dinámica de “poner en relación” elementos plurales —comunes a la lógica clásica y la moderna— la imparcialidad juega un papel importante.

El juicio es el acto fundamental del conocimiento en general; de la moral,¹⁰ de la política y, por supuesto, es el acto fundamental del derecho.¹¹ Todos estos ámbitos se caracterizan, como ya dijimos, por su pertenencia a la esfera práctica; es decir, son ámbitos de experiencia de la actividad humana donde el uso de la razón está implicado de manera particular con su objeto porque ésta se dirige, no tanto al conocimiento en sí, cuanto a la elección de la acción que debe realizar. En principio, parece posible suponer que los diversos tipos de juicio, dado que pertenecen al actuar humano, deben reunir algún tipo de elemento común, aunque difieran en relación con los distintos ámbitos en los que se aplican. De aquí nace la conveniencia de considerarlos conjuntamente, en una única categoría —la de los juicios prácticos—, sin perder de vista la necesidad de distinguirlos. El hecho es que la caracterización específica de estos tipos de juicio presupone que ya se tiene una idea sobre el criterio de distinción entre moral, derecho y política, lo que no resulta fácil de establecer ni de compartir.

Retomando la doble dimensión de la imparcialidad, la epistemológica y la que se refiere al equilibrio entre intereses diversos, hay que notar que los juicios morales, políticos o jurídicos, en su cualidad de juicios prácticos, son susceptibles de ser examinados por am-

⁹ *Cfr. Id., Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1978, §§ 1-4.

¹⁰ En toda esta primera parte del trabajo, utilizaremos indistintamente los términos de “moral” y “ética”. Más adelante afrontaremos el tema de su distinción conceptual.

¹¹ Según la famosa afirmación de Carnelutti, F., *La prova civile*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 9. *Cfr.* también Viola, F., “Metodologia, teoria e ideologia del diritto in F. Carnelutti”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1967, pp. 12-55.

bas perspectivas. Desde la primera dimensión, los juicios morales, políticos y jurídicos son semejantes, pero resultan diferentes cuando la imparcialidad se relaciona con la segunda dimensión: la justicia. Los juicios morales, políticos y jurídicos divergen en cuanto a la centralidad o colateralidad de la imparcialidad intersubjetiva, por su mayor o menor peso, por el papel que en ellos representa; de este modo, la imparcialidad se postula como criterio de distinción de estos juicios y también de cada uno de estos ámbitos.

Está bastante extendida la tesis de que la imparcialidad es propia de la moral y del derecho, pero no de la política.¹² Para quienes sostienen lo anterior, la parcialidad en la política sería un elemento de su definición: la actividad política es una forma coexistencial definida por ser cerrada, a diferencia del derecho y de la moral, definidos por la apertura y la universalidad.¹³ También cabría distinguirlos por la estructura del juicio: el juicio político tiene un carácter teleológico; los juicios jurídicos y morales, en cambio, tienen carácter normativo y deontológico.¹⁴ La estructura teleológica del juicio político comportaría ciertamente una necesidad superior de contextualización, una atención particular a los intereses que se persiguen, exigencias que requieren una dosis mayor de parciali-

¹² La tesis según la cual la imparcialidad es propia del derecho pero no de la política encuentra sus raíces en Schmitt, C., *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, trad. de R. Agapito, Madrid, Alianza, 2002. La tesis de que la imparcialidad sea el contrapunto de la moral es, en cambio, característica común de casi toda la filosofía moral contemporánea. Entre otros, Singer, P., *Practical Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

¹³ La distinción entre formas integrativo-excluyentes (entre ellas la política) y formas integrativo-incluyentes (entre ellas el derecho) se encuentra en Cotta, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, Giuffrè, 1991, pp. 101-159. Esta clasificación está en continuidad con las tesis de Schmitt.

¹⁴ Cfr. Scarpelli, U., "La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato", en *id.*, *La teoria generale del diritto*, Milán, Edizioni di Comunità, 1983, pp. 292-301. Una discusión sobre este punto puede verse en Pastore, B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milán, Giuffrè, 1996, p. 26, donde se señala, con acierto, que el juicio político presupone *prioritariamente* una actitud teleológica, mientras que el juicio jurídico presupone *prioritariamente* una actitud normativa, no obstante, ambas actitudes están en tensión dialéctica, sea en el campo jurídico que en el campo político.

dad (hasta el punto de poder considerarse “no imparcial”). La estructura (sea del juicio jurídico o del moral) comportaría, en cambio, una menor exigencia de adaptación y de contextualización.¹⁵ En este segundo sentido, la parcialidad de la política no estaría conectada al carácter cerrado del sistema político sino a su nivel de determinación o de contextualización. Desde este punto de vista —a diferencia del anterior—, la distinción entre derecho y política se realiza desde la imparcialidad-objetividad y no desde la imparcialidad-justicia, lo que resulta problemático para el ámbito político, en el cual la imparcialidad como justicia desempeña un papel esencial.

Este modo de trazar la diferencia, como vemos, no es del todo satisfactorio y tendremos que volver sobre ello con más detenimiento. No obstante, en este capítulo introductorio pretendemos reflexionar, principalmente, sobre los aspectos comunes de los juicios políticos, morales y jurídicos en cuanto que juicios prácticos, con objeto de iluminar la relación entre juicio e imparcialidad. Para ello, consideramos necesario analizar dos importantes corrientes de pensamiento: la abierta por Aristóteles y la propuesta por Kant. No pretendemos reconstruir pormenorizadamente el pensamiento de estos autores, sino sólo apuntar los diversos modelos que ofrecen de la dinámica del juicio y, en función de ello, individuar sus diversas concepciones de imparcialidad. Considerando ambas tradiciones podemos ir estableciendo los elementos fundamentales de las posibles concepciones de imparcialidad.¹⁶

¹⁵ Hay que tener en cuenta que “teleológico” y “deontológico” no son contrarios y, por tanto, no pueden ser simplemente contrapuestos.

¹⁶ Obviamente, la reconstrucción de la tradición aristotélica y kantiana no es exhaustiva. Las obras aristotélicas han sido leídas con la aportación de Tomás de Aquino y las obras de Kant con la de Hannah Arendt, principalmente. La idea de que Aristóteles y Kant sean paradigmas de lo clásico y lo moderno respectivamente es, en efecto, un lugar común. Por ejemplo, en la distinción entre ética clásica y ética moderna, Tugendhat, E., “Antike und moderne Ethik (an Gadamer 80.)”, en *id.*, *Probleme der Ethik*, Stuttgart, Reclam, 1987, pp. 33-56.

1. Imparcialidad y virtud: la vía aristotélica

Tanto en *De anima* (III, 6430 a 27) como en *Analytica priora* (I, 1), Aristóteles sostiene que el juicio consiste en el acto de componer o dividir, afirmar o negar, con referencia al ser de las cosas. El juicio se diferencia, por un lado, del “concepto”, que es el resultado de la simple aprehensión y constituye una forma incoativa aunque necesaria y preliminar de conocimiento; y, por otro lado, del “razonamiento”, que se constituye sobre la base de los juicios y es fruto de las operaciones de inferencia del intelecto (la conclusión de un razonamiento es siempre un juicio, al igual que la propia inferencia). En general, desde el punto de vista lógico, el juicio es el acto del intelecto con base en el cual se afirma o se niega que algo es. Como sabemos, Aristóteles defiende la teoría de la verdad como correspondencia o adecuación del intelecto a la realidad.

En cuanto que producido, el juicio es el resultado o el acto propio de la razón, teniendo en cuenta que la razón puede ser de dos tipos: especulativa y práctica. La razón especulativa está dirigida al conocimiento de lo universal y necesario, de las cosas que son así y no pueden ser de otro modo. El juicio de la razón especulativa tiene, en sentido amplio, un carácter declarativo. La razón práctica, que es la que nos interesa, se dirige al ámbito de lo que puede ser de otro modo o que es de otro modo, esto es, a las acciones humanas. El juicio práctico tiene como finalidad indicar la acción que debe realizarse: se trata, pues, de un juicio normativo.¹⁷

En la perspectiva aristotélica, por otro lado, la dinámica integral de la acción es compleja, ya que antes del acto concreto y después del juicio hay un paso ulterior. En efecto, si partimos de que el jui-

¹⁷ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. y ed. de M. Araujo y J. Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, 1143 a 35-1143 b 5. Cfr. también Anscombe, G. E. M., *Intention*, Oxford, Blackwell, 1957, par. 32, que distingue entre aserciones y prescripciones, con base en la dirección de adecuación del discurso (en el primer caso, desde la palabra al mundo; en el segundo caso, del mundo a la palabra). Para un comentario sobre Anscombe y una exposición de los problemas relativos a la relación entre prescripciones y aserciones, cfr. Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Turín, Giappichelli, 1994, pp. 693 y ss.

cio es el acto de la razón práctica, para actuar necesitamos además un mandato (imperio), que es el acto de la “prudencia”, virtud a la vez moral e intelectual.¹⁸ El mandato, pues, no es un acto exclusivo de la voluntad sino también de la razón práctica. La distinción entre el acto razonable (de la razón práctica) y el acto prudente (de la virtud de la prudencia) es una distinción analítica, que puede establecerse entre el juicio práctico y el juicio ético en el orden de la acción.¹⁹ En el plano de las acciones reales, los juicios prácticos presentan siempre una orientación ética porque presuponen la elección de una acción en un contexto determinado, ya que, precisamente, la característica principal del juicio práctico es la de estar orientado hacia la acción. En una óptica rigurosamente aristotélica podría afirmarse que la verdad práctica es “the good working, or the work of practical judgement; and practical judgement is judgement terminating in action”.²⁰

La esfera práctica puede ser especificada, pues, según una perspectiva productiva o según una perspectiva de la praxis. En el ámbito productivo, la perfección de la acción (su cumplimiento) radica en la habilidad productiva que se posee; en el ámbito de la praxis, la perfección radica en la capacidad de decisión consciente, esto es, se expresa tanto en la capacidad de juzgar acertadamente,

¹⁸ Cfr. Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1984, ts. I y II, q. 61, a. 3.

¹⁹ Sobre la especificidad del juicio práctico premoral, cfr. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1992, pp. 59-80 y 100-103. La insistencia del autor sobre la diferencia entre juicios prácticos y éticos parece sugerir que se puedan dar *en la realidad* acciones prácticas y no éticas, pero eso no es posible porque cada acción es, sobre el plano de su realización concreta, una acción definida desde el punto de vista ético. Es cierto que la distinción tiene sentido, puesto que una vez que se ha individuado la acción justa que debe ser cumplida, siempre existe la posibilidad de realizarla o no. Sin impugnar la posibilidad de la distinción conceptual, la consideración de que, en el terreno práctico, una deliberación se concluya siempre con una elección entre valores o bienes no significa “moralizar” la vida práctica, sino más bien tomar conciencia de las consecuencias de la libertad y de la finalidad de las operaciones deliberativas.

²⁰ Anscombe, G. E. M., *The Collected Philosophical Papers of G. E. M. Anscombe*, Oxford, Blackwell, 1981, vol. II, p. 77.

como en la capacidad de actuar correctamente. Nuestros tres ámbitos de interés los colocaremos en la esfera del actuar bien, dando por demostrada la tesis de que ni la ética, ni la política, ni el derecho, sean solamente una técnica, aunque puedan presentar una cierta dimensión técnica.²¹

Respecto a su dinámica intrínseca, razón especulativa y razón práctica se distinguen porque la razón práctica implica una deliberación: deliberamos sobre aquello que depende de nosotros y que es objeto de la acción.²² La dinámica de la deliberación es activada por la intención de alcanzar un fin (aquello que se desea y se busca) que da lugar al proceso deliberativo (consistente en un razonamiento articulado). Puesto que las acciones idóneas para la consecución de un fin pueden ser diversas, la deliberación se ordena a discernir cuál de ellas es la más adecuada para realizarse aquí y ahora: en este sentido, el juicio práctico es un juicio contextualizado porque se refiere a algo contingente. Lo relevante de la cuestión reside en que lo contingente es radicalmente “plural”, es decir, que no se presenta sólo como algo “posible” entre otros, sino que, llevado al límite, puede ser compatible (en el sentido de “posible con”), incluso, con su propia negación. La razón práctica actúa, pues, desde la intención de conseguir un fin, desde la constatación de que el cumplimiento de una acción determinada permite alcanzarlo y desde la convicción de la necesidad de realizarla. No obstante, su objeto es sencillamente “no necesario”. El juicio práctico

²¹ Se trata de una cuestión milenaria, que alcanzó fama a partir de un párrafo de Platón (*Político*, 287 d). Sobre la distinción entre saber en el actuar y saber en el producir, véase, Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1140 a. Cfr., también, Agazzi, E., “Per una riconduzione della razionalità tecnologica entro l’ambito della razionalità pratica”, en Galvan, S. (ed.), *Forme di razionalità pratica*, Milán, Franco Angeli, 1992, pp. 17-39.

²² Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1111 b 4-1113 a 14. El problema se conecta con la discutida afirmación según la cual se delibera sobre los fines pero no sobre los medios. Tomás de Aquino (*Suma teológica*, cit., I-II, q. 14, a. 2) apunta que eso no significa que sobre los fines no se pueda reflexionar, sino que sobre ellos no se puede “propriadamente” deliberar. En otras palabras, la reflexión acerca de los fines produce juicios (teóricos) diversos de los prácticos, que son los que estamos analizando.

tiene como objeto la determinación de la acción que debe realizarse en un contexto determinado, es decir, la elección entre una pluralidad de posibles opciones.

La idea de que la imparcialidad está, de alguna manera, ligada a lo contingente abre la puerta a muchas consideraciones, habitualmente negativas. En efecto, de manera normal tendemos a “minusvalorar” aquello que es contingente y a reconocer mayor validez a aquello que es necesario, olvidando que *lo contingente es lo existente*. Aquello que puede ser de otro modo pero que *aquí y ahora es así* no es, en efecto, un universal, aunque *sin embargo es*. La acción humana es precisamente de este tipo. Su carácter contingente no la priva de significado.²³ Es interesante subrayar también que el juicio práctico no tiene como objeto solamente lo particular, puesto que lo contingente no se identifica con lo particular.²⁴ Reconocemos, asimismo, que es objeto del juicio práctico la determinación de la norma a seguir o la elaboración de la ley general y abstracta.

Aún podemos extraer de los textos aristotélicos otras componentes de la imparcialidad. La deliberación se dirige a la individuación de la acción que debe cumplirse. Pero Aristóteles sostiene que deliberamos sobre aquello que está en nuestro poder: “he aquí el porqué ningún espartano delibera sobre cómo los Escitas podrían administrar mejor su Estado”.²⁵ La deliberación se refiere, pues, a las acciones humanas pero, más concretamente, a las acciones humanas sobre las cuales tenemos poder. Son excluidas, por tanto, las acciones imposibles o las acciones que están en poder de otros. En ese sentido, la imparcialidad opera en la elección entre alternativas “posibles”. Con esto aparecen dos nuevas características de la imparcialidad: la relación con el poder y la elección entre

²³ Que la acción humana esté dotada de significado la sustrae a una cierta contingencia “banal”.

²⁴ Llano, C., *El conocimiento del singular*, México, Trillas, 1995; Zagal, H., “Synesis, euphy y anchinoia en Aristóteles. Algunas habilidades para el conocimiento del singular”, *Anuario Filosófico*, núm. 32, 1999, pp. 129-145.

²⁵ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1112 a 27-29.

varias alternativas. La última de éstas ya la habíamos conectado con el carácter no necesario de la acción. Allá donde no haya una acción necesaria habrá diversas acciones posibles. La razón práctica consistirá, entonces, en el discernimiento del camino que mejor garantiza la consecución de un fin; o sea, el camino más adecuado entre las diversas opciones posibles y esto porque una acción del todo inadecuada o no conectada con el fin o con el sujeto que debe realizarla, nada tiene que ver con la deliberación.

Adelantamos ahora algo sobre lo que profundizaremos más adelante: en la reflexión filosófica contemporánea —imbuida del pluralismo ético—, la idea de pluralismo está indiscutiblemente unida a la idea de imparcialidad. La imparcialidad del juicio, por sí misma, expresa ya una relación con el pluralismo. La diferencia entre razón especulativa y razón práctica radica también en que, la primera, una vez alcanzada la evidencia de la cosa conocida, no puede sustraerse al contenido de lo conocido; en la segunda, sin embargo, siempre existe la posibilidad de decidir si se realiza o no una acción, porque siempre existe una multiplicidad de acciones correctas posibles.²⁶ En la razón especulativa, la imparcialidad puede ser, en cierto sentido, asegurada “preventivamente” —eliminando prejuicios, abriéndose a las diversas posibilidades, asumiendo una determinada posición—; sin embargo, una vez conocido el contenido de lo que se juzga, el papel de la imparcialidad ya ha concluido. En la razón práctica, por el contrario, los mecanismos para determinar la acción de manera imparcial requieren también de una decisión imparcial. Se podría afirmar, pues, que la visión de la imparcialidad como objetividad del juicio es más afín al ámbito especulativo, mientras que en el ámbito práctico se requiere algo más: una suerte de disposición a adherirse a aquello que se considera imparcial.

²⁶ En este sentido, deben distinguirse cuidadosamente la evidencia de la razón teórica y la de la razón práctica y, consecuentemente, la certeza que acompaña a ambos niveles de evidencia.

La imparcialidad, más que centrarse sobre el fruto del juicio —que está referido a la verdad (en su dimensión teórica y práctica) y conectado con su conclusión— nos conduce a reflexionar sobre la dinámica de la formación del juicio, sobre el proceso que conduce al juicio; en definitiva, sobre el juicio como actividad. Con todo, también la verdad, sea especulativa o sea práctica, tiene conexión con la imparcialidad. Intuitivamente, la verdad especulativa está relacionada con la imparcialidad epistemológica como condición para poder ser alcanzada, dado que una capacidad de juicio alterada o parcial distorsiona el conocimiento. En este sentido, hablamos de imparcialidad como objetividad indicando la condición “práctica” de un procedimiento lógico. La verdad del juicio práctico, o sea, la acción correcta que debe realizarse y los medios más adecuados para hacerlo, requieren de un buen funcionamiento del juicio, pero no sólo como condición “preliminar” para la consecución de una verdad, sino como parte integrante y profunda de ella. Si queremos considerarlo como un criterio de verdad, entonces estaremos ante un criterio de verdad *interno* al proceso de elaboración del juicio,²⁷ mientras que la adecuación con la realidad sería el criterio *externo* de verdad.²⁸

La dinámica del juicio práctico consiste, básicamente, en identificar las posibles alternativas y su relación con el fin, en su comparación y ponderación, en identificar la mejor o la más oportuna de ellas y en verificar las razones de conveniencia. Para determinar una de las alternativas como la acción justa hace falta individuar

²⁷ Se trata de un criterio que tiene como objeto la relación de adecuación entre la intención del fin y la acción.

²⁸ Más adelante discutiremos qué teoría de la verdad resulta más adecuada en relación con los problemas que estamos afrontando. Interesa, no obstante, subrayar que si bien la imparcialidad es una característica procedimental, siempre tiene una relación con la verdad como fruto del juicio: se trata de una condición necesaria pero no suficiente. *Cfr.* Kirkham, R. L., *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge Mass., Mit Press, 1992; *id.*, “Truth”, voz en Craig, E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998, vol. 9, pp. 470-480. Para una clasificación de las teorías de la verdad, *Cfr.* White, A. R., *Truth*, Londres, MacMillan, 1970; también Williams, C. J. F., *What's Truth?*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.

criterios *ad hoc*. Pero en el juicio práctico resulta complicado hablar de criterios para determinar la decisión “justa” (“correcta” o “mejor”). Según Aristóteles, en efecto, la respuesta a la pregunta sobre qué acción debe realizarse es la que realiza el hombre bueno,²⁹ creándose de este modo una especie de círculo cerrado, en función del cual: el hombre virtuoso es el que juzga bien y juzga bien el que es virtuoso.³⁰ En pocas palabras podríamos decir que juzgar (bien) pertenece al actuar virtuoso del hombre y se concreta en la capacidad de individuar los medios más adecuados para la consecución del fin deseado. Tal definición no tiene demasiado que ver con la imparcialidad y con su papel en el juicio a no ser que, de algún modo, la imparcialidad esté conectada con la virtud, aunque como tal no se encuentre en el catálogo de las virtudes morales o intelectuales, ni forme parte de ninguna de ellas.

En principio, resulta acertado conectar la imparcialidad con la virtud intelectual práctica por excelencia que es la prudencia, virtud que, a su vez, está conectada con todas las demás virtudes. Más que un hábito virtuoso, la imparcialidad constituye una condición de la virtud relativa al buen juicio de la razón práctica, una suerte de disposición intelectual que facilita la realización de “buenos” juicios, donde buenos significa “acertados”. Por ello, la imparcialidad debe situarse primariamente, según la distinción analítica ya vista, en la esfera de la razón práctica y no tanto en la esfera propiamente ética.

La conexión circular entre el hombre virtuoso y el buen juicio resalta una característica particular de la imparcialidad: un cierto *carácter no discursivo* que está vinculado, a su vez, con la naturaleza sintética del juicio. La imparcialidad está presente en el momento del juicio, no se deduce o se induce de ningún razonamiento, sino que preside la actividad de formulación de juicios y ra-

²⁹ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1143 b 22 y 23.

³⁰ Puede verse la reconstrucción de la dinámica del juicio del hombre virtuoso, en Aristóteles y en Tomás de Aquino, elaborada por MacIntyre, A., *Tres versiones rivales de la ética: enciclopedia, genealogía y tradición*, trad. de R. Rovira, presentación de A. Llano, Madrid, Rialp, 1992, pp. 182-186.

zonamientos. Eso no significa que no pueda estar motivada por razonamientos o argumentaciones —de eso nos ocuparemos a continuación—, pero el momento de la imparcialidad en el juicio práctico, por decirlo así, tiene algo de instantáneo y único. Careciendo de carácter discursivo, podría pensarse que alberga entonces un carácter *intuitivo*. Sin embargo, el hecho de que Aristóteles atribuya la capacidad de juzgar al hombre virtuoso y no al joven o al que no tiene virtud, nos hace pensar en una intuición que no es puramente espontánea sino que, paradójicamente, se trataría de una “espontaneidad adquirida”, como sucede con la virtud.³¹ Este carácter “intuitivo adquirido” podría explicar la dificultad de encuadrar la imparcialidad en definiciones directas, siendo más fácil identificarla donde falta.³²

Desde la perspectiva de Aristóteles, se trata de identificar a quien puede ser capaz de juzgar las cosas de modo imparcial, con la sabiduría y la inteligencia. Sólo con este presupuesto, parecería que la imparcialidad no tuviera una especificidad propia: ser imparcial significaría sustancialmente ser sabio e inteligente en el juicio. Pero todavía hay dos nuevos itinerarios de investigación que permiten aportar más elementos a la comprensión de la imparcialidad.

³¹ La idea de que algo adquirido pueda convertirse en espontáneo aparece como paradójica pero no es imposible. Pensemos en la adquisición de una técnica artística específica (la música o la danza). También las virtudes adquiridas y consolidadas con esfuerzo permiten realizar esta especie de “connaturalidad” o espontaneidad adquirida. La connaturalidad, según diversos significados, adquirió notoriedad a raíz de los estudios del siglo XIX sobre la ley natural. *Cfr.* Maritain, J., *Nove lezioni sulla legge naturale*, en Viola, F. (ed.), Milán, Jaca Book, 1984, primera lección. Un buen estudio sobre el conocimiento por connaturalidad y sobre las diversas interpretaciones y matices se encuentra en D’Avenia, M., *La conoscenza per connaturalità*, Bologna, ESD, 1992.

³² Como es sabido, también el término “intuitivo” comporta referencias histórico-filosóficas que que no procede ahora consignar. No obstante, aceptamos que admite diversos significados. Puede significar instintivo, autoevidente, inmediatamente perceptible, inderivado, imprevisible e, incluso, no perteneciente a la actividad racional (quizá también irracional). Puesto que la imparcialidad es una característica del juicio, deben excluirse aquí todos los significados que la consideran opuesta a la razón.

El primero, y más obvio, parte de que el ideal de hombre virtuoso no es accesible a todos: además de haber sido bien educado y de contar con buenos hábitos, el sabio debe vivir según el intelecto y no realizar voluntariamente el mal. Frente a la dificultad de asumir este estilo de vida virtuoso, cabría como alternativa posible vivir bajo un ordenamiento recto. Este ordenamiento sería el del “gobierno de la ley”, una ley cuyo carácter coercitivo derivaría de su sabiduría e inteligencia.³³ Es sabido que en la *Política*, Aristóteles propone la superioridad del gobierno de la ley sobre el gobierno de los hombres, en general dominados por las pasiones. La ley es, según la definición que se ha hecho famosa, *intelecto sin pasión*.³⁴ La ley es imparcial porque no está condicionada por las pasiones y no hace distinciones en virtud de prejuicios o afinidades; en definitiva, la ley es imparcial porque respeta el equilibrio entre los sujetos.³⁵ Pero como hemos visto, la sabiduría de la ley es secundaria —o derivada— respecto de la sabiduría e inteligencia del hombre virtuoso.³⁶ Tanto es así que la ley, a su vez, precisa de “correcciones” de parte de la equidad. De ahí que la equidad no sea tanto una correctora de la ley general sino una “correctora de lo justo legal”; es decir, que conecta directamente con la justicia y no tanto con el carácter “general y abstracto” de la ley.³⁷ De la doctrina aristotélica deriva también la idea de imparcialidad como “moderación”, como tendencia a mitigar el rigor de la ley.³⁸

³³ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1180 a 20-22.

³⁴ Cfr. *Id.*, *Política*, trad., introducción y notas de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988, 1287 a-b.

³⁵ *Ibidem*, 1287 a 33 e 1287 b 4 y 5.

³⁶ Nussbaum, M. C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Madrid, Visor, 1995, pp. 491 y ss., ahí es donde señala la oposición entre juez y ley.

³⁷ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1137 b 13 y 14.

³⁸ *Ibidem*, 1137 b 36. Este asunto es muy importante para entender algunas transformaciones del derecho contemporáneo. Zagrebelsky ha observado que ya ha pasado el tiempo en que la regla era la ley y nada podía impedir su aplicación —entendida como un hecho mecánico— según la máxima *dura lex sed lex*. En la perspectiva del derecho “dúctil”, las exigencias de la ley sucumben a las del caso

El segundo itinerario de búsqueda parte de la dificultad que encuentra la perspectiva clásica para diferenciar el ámbito ético y el político, cosa que para nosotros no sólo es posible sino necesaria. Esta segunda vía de indagación acaba forzando en cierto modo la teoría clásica, pero resulta útil como presupuesto para reflexionar sobre la imparcialidad en su doble faceta, epistemológica y de justicia. El forzamiento consiste en presuponer esta doble distinción en la obra aristotélica, precisamente allí donde no está claramente expresada.

Por otra parte, la imparcialidad es la condición o regla del juicio. Es decir, se trata de una condición de la razón práctica y de la prudencia que implica, por ello, a todas las virtudes. De este modo, se afirma que “el hombre justo es capaz de realizar lo justo según una elección deliberada”.³⁹ Pero después nos encontramos también con la consideración de que el hombre justo

es capaz de distribuir hacia sí mismo respecto de otro y de no atribuir a uno respecto de otro, de lo que es deseable, más a sí mismo y menos a quien está su lado, y de aquello que es perjudicial lo contrario; pero de distribuir lo que es igual según proporción, y del mismo modo también a otro respecto de otro.⁴⁰

La imparcialidad como capacidad de elección, en el primer caso, podría identificarse como imparcialidad-objetividad. En el segundo caso, la imparcialidad resulta estrechamente vinculada con la justicia como virtud intersubjetiva: esa virtud que precisa la consideración equitativa de las relaciones entre sujetos y que se refiere a una particular operación de la justicia como es la distribución.

Podemos hablar, pues, de tres acepciones de imparcialidad: en primer lugar, desde el punto de vista del hombre virtuoso, la im-

concreto. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 136-140. Remitimos también al apartado sobre imparcialidad y equidad.

³⁹ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1134 a 1.

⁴⁰ *Ibidem*, 1134 a 2-6.

parcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien —la que hemos llamado “imparcialidad-objetividad”—; en segundo lugar, la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien en materia de relaciones subjetivas conectadas con la operación de la distribución; es decir, la virtud del que realiza un buen juicio de justicia; en tercer lugar, la imparcialidad consistiría en una característica de la ley relativa a su justicia y sabiduría.

A partir de Aristóteles la imparcialidad se ha venido considerando como ausencia de pasiones en el momento del juicio. En sentido amplio, en efecto, la imparcialidad es la ausencia de todo aquello que puede estorbar el juicio objetivo y, en sentido estricto, sería la ausencia de las pasiones que pueden dificultar una consideración equitativa de las partes. La idea aristotélica de imparcialidad como característica de la ley aparece en el tratamiento general de la justicia en la *polis*, es decir, en un contexto de relaciones intersubjetivas. Las pasiones que pueden estorbar el juicio imparcial y que inmediatamente aparecen en escena son: el deseo de favorecerse a sí mismo (la pasión del amor propio) y el deseo de favorecer a otro de manera injustificada, en particular, a quien se considera ligado por vínculos de amistad o parentesco (la pasión del amor a la familia o a los amigos, que no es sino una manifestación extensiva del amor propio).

La conexión entre imparcialidad y ley —establecida en gran parte por la vía kantiana que veremos a continuación— ha tenido gran éxito, pero nos interesa constatar ahora que ambas nociones no son equivalentes. Se puede sostener, en efecto, que la imparcialidad en el juicio se produce cuando se juzga según la ley y se verifica cuando se aplica la ley al caso concreto. En la perspectiva aristotélica, sin embargo, la imparcialidad de la ley constituye uno de los significados *derivados* de la imparcialidad, hasta el punto de que la ley necesita de una corrección. O sea, que el juicio presenta una primacía sobre la ley.

Las predisposiciones intelectuales que acompañan al juicio son el entendimiento (el buen entendimiento) y el sentido común, también llamados “antecedentes del juicio”.⁴¹ El entendimiento, aun-

⁴¹ Pattaro, E., “Alle origini della nozione «principi generali del diritto»”, en Basciu, M. (ed.), *Soggetto e principi generali del diritto*, Milán, Giuffrè, 1987, p.

que también puede referirse a poseer sabiduría o a la facilidad para aprender, como predisposición para el buen juicio, consiste en *servirse del saber para juzgar* y en juzgar con facilidad.⁴² De ahí que podamos referirlo al aspecto epistemológico de la imparcialidad. Por otra parte, juzga con sentido común quien posee la capacidad de captar lo que es equitativo.⁴³ Estas dos disposiciones, correspondientes a la doble dimensión del juicio imparcial, concurren en la formación del juicio. El entendimiento contribuye a juzgar con imparcialidad haciendo uso del saber, en otras palabras, fundamentando el juicio sobre el conocimiento y no sobre la ignorancia.⁴⁴ El sentido común, en cambio, vincula el juicio con la inclinación a captar lo que es equitativo, pero no en sentido “moral” puesto que se trata siempre de una predisposición intelectual. La imparcialidad, en su sentido más pleno, debe buscarse, pues, en la sinergia entre entendimiento y sentido común que permite al mismo tiempo la consecución del juicio y de la justicia.

Aristóteles no realiza una distinción entre la ética, la política y el derecho capaz de dotar al juicio —y a la imparcialidad— de una especificidad en cada uno de esos tres ámbitos. La propia imparcialidad resultaría poco “moral” —si atendemos a los parámetros posteriormente defendidos por la doctrina kantiana—, aunque se plantee como una predisposición adquirida que precede a la virtud.

Tan comprensiva como la razón práctica es también la razón moral y no resulta fácil distinguir una de otra. Desde el punto de vista de la virtud, como la ética pertenece a la razón práctica, resulta difícil distinguir el ámbito práctico del ámbito ético. Aristóteles,

32. Sobre la dinámica del juicio es particularmente ilustrativo Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., I-II, q. 14.

⁴² “La diferencia entre entendimiento y prudencia reside en esto: que la prudencia prescribe, mientras que el entendimiento discierne, sólo juzga” (E. Pataro, “Alle origini della nozione «principi generali del diritto»”, cit., p. 31).

⁴³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1143 a 1-24.

⁴⁴ Recordemos, por contraste, la importancia de la idea del velo de la ignorancia en la teoría de Rawls, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1978, § 24.

en efecto, dice que “juzgar bien es lo mismo que juzgar moralmente”.⁴⁵ De todos modos, como ya habíamos dicho, sí es posible establecer una distinción analítica entre razón práctica y moralidad. Una cosa es lo que pertenece al dinamismo de la deliberación más allá de las elecciones concretas y otra cosa es el ámbito de las elecciones concretas, que son siempre elecciones de valor. Tal distinción es simplemente analítica, no corresponde a una distinción *in re*: cada elección es, en el momento en que se pone en marcha, una decisión moral. La moralidad deriva de su vinculación, por un lado, con la libertad del sujeto y, por otro, con el carácter no necesario de la acción. Pero si tenemos en mente la distinción analítica y añadimos la consideración de que los hábitos intelectuales (incluidas las predisposiciones para el buen juicio) no convierten en moralmente bueno al que los posee —puesto que la perfección moral exige *también* poseer y ejercitar las virtudes morales—, podemos afirmar que es posible ser imparcial en el juicio sin ser moralmente bueno.⁴⁶

La imparcialidad, por tanto, no es “directamente” indicativa de la bondad moral sino de la capacidad para juzgar bien. Así pues, la falta de imparcialidad, siempre que no sea buscada voluntariamente, constituye un defecto o una imperfección pero no una “carencia” moral. Esto no podría afirmarse si la imparcialidad fuera considerada una parte de la virtud moral de la justicia. En efecto, el juicio de la justicia es *per se* un juicio imparcial, luego la parcialidad supone la injusticia y como tal es un vicio. En otras palabras, un juicio justo “afectado de parcialidad” es un contrasentido: un juicio de justicia que sea parcial nunca puede ser un juicio justo.

⁴⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, 1143 a 16.

⁴⁶ Esto puede observarse en el famoso episodio evangélico del juez inicuo y la viuda inoportuna (Lucas 18, 2). La conclusión es válida, sólo parcialmente, considerando el organismo que forman las virtudes, conectadas unas a otras. El estatuto de la justicia —el hecho de que pueda ser alcanzada a través de una acción externa correcta— no impide que el sujeto que hace justicia, sin querer hacerlo o por motivos deshonestos, no se perfeccione subjetivamente.

En conclusión, podemos afirmar que en Aristóteles se encuentran elementos para distinguir dos acepciones de la imparcialidad: aquella que la vincula con la objetividad del juicio y aquella que la vincula con la justicia. A su vez, esta última presenta dos dimensiones: como predisposición intelectual y como virtud moral. De acuerdo con la primera de ellas, la imparcialidad afecta al sujeto del juicio; de acuerdo con la segunda, la imparcialidad afecta a la acción del sujeto. En esta doctrina aparece como indiscutible que el sujeto primario de la imparcialidad es el sujeto del juicio o el hombre virtuoso.

2. Ley e imparcialidad: la vía kantiana

La concepción kantiana presenta algunas afinidades con el pensamiento aristotélico, pero contiene también diferencias particularmente innovadoras y relevantes para el tema que tratamos. En esta perspectiva se distinguen dos itinerarios para identificar la imparcialidad.

La afirmación kantiana según la cual todas las operaciones del intelecto son juicios, manifiesta ya el giro operado por él entre la aprehensión y el juicio, así como la centralidad del juicio en su doctrina sobre el conocimiento. Pero resulta todavía más significativo el hecho de que introduzca, junto a la razón (pura y práctica), una facultad específica para el acto de juzgar: la *facultad de juicio*. “Tras el gusto, argumento predilecto de todo el siglo XVIII, Kant había descubierto una facultad humana enteramente nueva: el juicio”, escribe Hanna Arendt, “pero al mismo tiempo, él había sustraído la ética del campo de acción de esta nueva facultad”.⁴⁷ Esta innovación supuso una profunda transformación sobre el modo de concebir la moral y su dinámica.

Antes que nada debemos subrayar que la facultad de juicio kantiana constituye la operación propia de la razón práctica y que, más

⁴⁷ Arendt, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 17.

allá de ésta, solamente queda la razón teórica. La diferencia fundamental entre la razón práctica y la facultad de juicio radica en su diverso modo de operar. La razón práctica kantiana es legisladora universal, o sea, las leyes de la razón práctica (las leyes morales) son válidas *a priori* para todos los seres dotados de intelecto.⁴⁸ A diferencia de Aristóteles, la imparcialidad de la ley ya no representa un significado derivado y secundario, sino que constituye el eje y analogado principal de la imparcialidad. Respecto a la regulación de lo particular, la facultad de juicio estaría más cercana a la dinámica e imparcialidad del juicio práctico aristotélico que a la noción de ley. El juicio, en efecto, “no es la razón práctica; la razón práctica ‘razona’ y me dice lo que debo hacer o no hacer, ella prescribe la ley y se identifica con la voluntad, que emana mandatos y sentencias imperativas”.⁴⁹ La facultad de juicio, en cambio, se relaciona con lo particular que, como tal, contiene algo de contingente, sea ello un hecho de la naturaleza o un acontecimiento de la historia.

Es sabido que la razón pura y la razón práctica elaboran juicios determinantes. En ellos, lo universal viene dado como esquema trascendental o como regla práctica. El “producto” de la facultad de juicio es, sin embargo, el juicio “reflexionante”. No obstante, lo universal es tan importante para la facultad de juicio como lo es para la razón práctica. En la facultad de juicio lo universal —o sea, el criterio o la regla que incorpora la imparcialidad— no viene dado como esquema o como ley, sino que se debe buscar en lo particular.⁵⁰

El juicio, en general, es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal. Si lo universal (la regla, el principio, la ley) es dado, el juicio que subsume en él lo particular... es determinante. Pero si

⁴⁸ Cfr. Kant, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de E. Miñana y M. García Morente, Madrid, V. Suárez, 1963, §§ 167 y 168; *id.*, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Madrid, V. Suárez, 1961, § 389.

⁴⁹ Arendt, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, *cit.*, p. 21.

⁵⁰ Kant, I., *Crítica del juicio*, *cit.*, p. 106.

sólo conocemos lo particular, y sobre ello debemos encontrar lo universal, entonces el juicio es solamente reflexionante.⁵¹

Encontramos un caso ejemplar en el juicio estético: el juicio reflexionante estético permite decir que un objeto es bello no subsumiéndolo en una categoría de objeto bello, sino encontrando el criterio de la belleza en relación al objeto mismo, como principio *a priori* en la finalidad de la naturaleza. El hecho de que lo universal no venga dado como regla no implica, pues, que no exista, sino que se da en un modo distinto: en caso contrario se trataría de un juicio arbitrario.⁵²

A partir de Kant la estructura del juicio —sea determinante o reflexionante— será siempre la misma y válida para todo tipo de juicio: consistirá en conectar lo universal a lo particular, aplicar la regla (universal) al caso concreto (particular), encontrando para cada caso particular la regla general. Se trata de una estructura compleja que requiere diversos pasos: la identificación de lo particular, el reconocimiento de lo universal y la conexión entre lo uno y lo otro.⁵³ De todos modos, el signo de la moralidad —sea en la regla o en el juicio— es la universalidad. La distinción entre los juicios depende de la forma en que se presenta lo universal: en un caso, como dato *a priori*, en el otro, como regla implícita.

Los dos modos de presencia de lo universal muestran notables diferencias y dan razón de dos dinámicas diversas del juicio como actividad. Los juicios de la razón pura y de la razón práctica presentan la misma estructura pero divergen del juicio de la facultad que lleva ese nombre. El eje del juicio teórico y práctico es, para Kant, la universalización. También la facultad de juicio, en sí misma, está orientada hacia la universalización pero con la diferencia,

⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

⁵² *Cfr.* las consideraciones de Mathieu, V., “Regola implicita e giudizio riflettente kantiano”, en *id.*, *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Turín, Giappichelli, 1989, pp. 67-77.

⁵³ *Cfr.* Steinberger, J., *The Concept of Political Judgement*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1993, pp. 89-93.

como ya dijimos, de que lo universal no viene dado *a priori*. A partir de ese momento, la clave del problema del juicio está en la referencia a lo universal y a la ley.

La mencionada facultad de juicio se pone en marcha siempre que el conocimiento debe armonizar la exigencia de universalización y la dimensión particular del hecho que debe juzgar. Esta tensión es típica del dato estético,⁵⁴ pero también de los juicios éticos, políticos⁵⁵ y jurídicos, ya que todos son juicios sobre lo contingente. Apuntamos aquí, incidentalmente, la existencia de una marcada tendencia a reconducir el juicio ético, político y jurídico a la forma del juicio reflexionante, lo que es un claro signo del influjo kantiano.⁵⁶

Aunque la raíz de la imparcialidad es la misma en la razón práctica que en la facultad de juicio, desarrolla a su vez un papel diferente en cada una de ellas.

Respecto de la razón práctica, la imparcialidad está conectada con el concepto de ley válida para todos y coincide con la *universalidad* del juicio: el querer moral bueno es aquel en el “que yo pueda querer que mi máxima se convierta en una ley universal”.⁵⁷ En este sentido, “el imperativo categórico se puede entender como la explicación del punto de vista de una formación imparcial del juicio”.⁵⁸ Esto se realiza como un presupuesto de universalización o de generalización: cada objeto, sujeto o caso que pertenezca a

⁵⁴ Sobre la conexión entre la dimensión ética y la estética en la doctrina kantiana, pueden verse las observaciones de Barrett, W., *Death of The Soul*, Nueva York, Anchor, 1987.

⁵⁵ Ha sido Hannah Arendt quien ha llamado la atención sobre la problemática del juicio con relación a lo político más que a lo estético. *Cfr.* Arendt, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, *cit.*; también, Vollrath, E., *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart, Klett, 1977.

⁵⁶ Por ejemplo: Mathieu, V., “Regola implicita e giudizio riflettente kantiano”, *cit.*, 67-77; Chiodi, G. M., *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Turín, Giappichelli, 2000; Ferrara, A., *Justice and Judgement*, Londres, Sage, 1999, pp. 202-230. La forma más evidente del juicio jurídico individualizante sería el juicio jurisdiccional (*cfr.* Pastore, B., *Giudizio, prova, ragion pratica*, *cit.*, pp. 28-48).

⁵⁷ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *cit.*, § 402.

⁵⁸ Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de J. Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000, p. 88.

una única clase, debe ser incluido en ella. Este presupuesto impregna de maneras diversas toda la ética poskantiana: en adelante cualquier concepto de imparcialidad tendrá que confrontarse principalmente con este significado. En la facultad de juicio la tendencia hacia la universalización se proyecta sobre el carácter particular de lo que debe juzgarse: se expresa, pues, como un esbozo, como una “posibilidad” de universalizar.

En la perspectiva de una moral caracterizada por la universalidad, la motivación adquiere una singular peculiaridad. En efecto, no existe nada que sea incondicionalmente bueno que no sea la buena voluntad y ésta “no es buena por lo que hace u obtiene, ni siquiera por su capacidad de alcanzar los fines que se propone, sino sólo por el querer, es decir, por sí misma”.⁵⁹ El fin de la razón es guiar a la voluntad pero no en la persecución de un objetivo (la utilidad o la felicidad son los dos objetivos señalados por las teorías morales) sino en cuanto que es buena en sí misma. Por tanto, el valor de una acción no depende de su objeto ni de los efectos que de ella se derivan, sino que depende “exclusivamente del principio de la voluntad en base al [*sic*] cual la acción ha sido cumplida, sin ninguna referencia hacia los objetos de la facultad de desear”.⁶⁰ Únicamente lo que se realiza por puro deber tiene valor moral. La ley moral así constituida tiene un significado tan amplio que resulta válido para cualquier ser racional según una “necesidad absoluta”,⁶¹ análoga a la necesidad de las leyes de la naturaleza. El imperativo categórico o imperativo de la moralidad “no se ocupa de la materia de la acción y lo que ella debe conseguir sino de la forma y del principio del que la propia acción deriva, de modo que, lo que de esencialmente bueno hay en ella, consiste en la intención, prescindiendo de las consecuencias”.⁶² La motivación moral se configura entonces como una motivación “formal”, es decir, haciendo abstracción de cualquier contenido, sea su propio objetivo, sea la in-

⁵⁹ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 17.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

⁶² *Ibidem*, p. 69.

tención del sujeto. La motivación moral por excelencia es la imparcialidad, que consiste en la capacidad de elevarse a lo universal prescindiendo de lo contingente, de lo personal, de la contextualidad. La postura imparcial será, pues, la que se “adecua” a la ley, contando con que la ley está absolutamente focalizada sobre la universalizabilidad.

Excluir los fines del campo de la moral —fines que solo pueden ser limitados y particulares— supone contraponer lo deontológico y lo teleológico, lo normativo y lo que tiene alguna finalidad. Los abismos que se abren entre ambas dimensiones son difíciles de salvar. A partir de aquí, la moral se ha configurado con un carácter exclusivamente “formal”, lo que, como veremos, suscita muchos problemas para la comprensión de la moralidad puesto que, paradójicamente, produce el efecto de alejar la “moral” de la “práctica moral” o de la “moralidad”. Esta paradoja emergerá cuando analicemos la diatriba entre ética y moral.⁶³

A esta concepción de la motivación le corresponde otra característica de la moralidad: su carácter desinteresado. La dependencia que la facultad de desear ofrezca frente a los sentimientos y necesidades, se denomina “inclinación”. El “interés”, en cambio, es la dependencia de una voluntad causalmente determinable. El interés se encuentra sólo en las voluntades que no son por naturaleza concordantes con la razón: en la voluntad divina no es concebible ningún interés. “Pero, también la voluntad humana puede *tener interés* en alguna cosa sin que por ello *actúe por interés*. Lo primero significa interés práctico por la acción, lo segundo, es un interés *patológico* por el objeto de la acción”.⁶⁴ En el primer caso está en juego la dependencia de la voluntad de los principios de la razón; en el segundo caso, la dependencia de la voluntad de la inclinación, esto es, el modo en el que la razón ofrece la regla práctica para satisfacer las necesidades de la inclinación. En el primer caso, lo que interesa es la acción; en el segundo, el objeto de la acción (en

⁶³ Véase el capítulo segundo del presente estudio.

⁶⁴ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 59, en nota.

tanto que agradable o útil, por ejemplo). En las acciones hechas por deber no hay que considerar el interés por el objeto sino, exclusivamente, el interés por la acción en sí misma (o sea, por la ley).

El interés moral se activa únicamente por la universalizabilidad de la acción moral. De ello hay que distinguir el interés “patológico”, es decir, el que ha sido movido por sentimientos de amor y de odio. Lo que se hace por motivos de deseo o de inclinación pierde su carácter moral. De este modo, se añade una nueva característica a la imparcialidad: el desinterés. Es imparcial la acción moral *desinteresada*, en el sentido de que no está determinada por otra cosa que no sea la propia voluntad, excluyendo en ella las inclinaciones, deseos, disposiciones, pasiones o emociones. La presencia de estos elementos en el actuar enturbian la moralidad de la acción de modo que la imparcialidad y el interés se excluyen mutuamente.

En conclusión, el criterio de delimitación de la moralidad es la referencia a la ley universal: aquello que no tiene relación con la ley universal, sencillamente, no es moral. Por otro lado, la contraposición entre imparcialidad e interés convierte la práctica de la moral en problemática y contribuye a extender la convicción de su carácter utópico.

La facultad de juicio permite introducir todavía otro significado de imparcialidad que tiene relación con el aspecto metodológico de la formación del juicio. Como decíamos, el juicio (producido) por la facultad kantiana es el reflexionante, esto es, un juicio sobre algo particular que encuentra en sí mismo la regla de la perfección. No se puede llegar a estos juicios a través de deducciones o de inducciones —de operaciones lógicas—,⁶⁵ sino a través de una peculiar sensibilidad, muy cercana al sentido del gusto, que tiene una relación del todo singular con su objeto.⁶⁶

⁶⁵ Arendt, H., *La vida del espíritu*, trad. de C. Corral y F. Birulés, Barcelona, Paidós, 2002, p. 310. En esto notamos una semejanza con la doctrina aristotélica del juicio del hombre virtuoso.

⁶⁶ A diferencia, por ejemplo del sentido de la vista, indicativo de distanciamiento. Sobre el significado de la metáfora de la vista y del gusto, *cf.* Arendt, H., *La vida del espíritu*, *cit.*, pp. 198-213. Aunque el vínculo entre saber y ver tiene

La facultad de juicio (o del gusto) implica dos operaciones: la imaginación y la reflexión. Con la imaginación se representa el objeto no presente y con la reflexión se asume como ejemplar. La actividad de juzgar, entre la imaginación y la reflexión, crea la condición de imparcialidad, que es un “gusto” desinteresado. El espectador imparcial, a diferencia del actor, que es siempre parcial, está en condiciones de atribuir un significado a lo particular, viendo “aquella totalidad que confiere sentido a los particulares”.⁶⁷

Una cierta objetividad, una especie de universalidad subjetiva,⁶⁸ es también característica del gusto: la más *subjetiva* de las facultades. Kant se preocupa de subrayar, obviamente, que la universalidad que no se fundamenta en conceptos no es lógica, como tampoco se puede pasar del universal lógico al estético. Debemos distinguir, en efecto, la cantidad lógica objetiva, que es singular en el juicio estético, de la cantidad lógica subjetiva denominada “validez común”.⁶⁹ La imparcialidad está relacionada con esta última. Se adivina aquí una ulterior dimensión de la imparcialidad, destinada a convertirse en su núcleo central. Dentro de la facultad de juicio la imparcialidad depende de un criterio fundamental: la comunicabilidad o la publicidad. La imparcialidad como comunicabilidad está en relación con la ampliación del pensamiento, esto es, con la capacidad de tomar en consideración el pensamiento de los otros a través de la imaginación.⁷⁰ Ésta es una de las líneas maestras de la imparcialidad. El carácter universal, cuando no viene da-

profundas resonancias clásicas. “La vista, por tanto, dado que funciona sin trasmutación física del órgano y del objeto, es el sentido más espiritual y perfecto, el más universal. Viene después el oído, seguido del olfato. Estos comportan una mutación física de parte del objeto; sin embargo, el movimiento local es más perfecto y, en el orden de la naturaleza, anterior respecto al movimiento de alteración... En cambio, el tacto y el gusto son los sentidos más materiales”, Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., I, q. 78, a. 3.

⁶⁷ Arendt, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, cit., p. 92.

⁶⁸ Kant, I., *Crítica del juicio*, cit., p. 120.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁷⁰ Arendt, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, cit., pp. 54-63.

do *a priori* como trascendental, debe obtenerse de algún modo; pero cuando no se da en el comienzo —como regla o ley— tampoco se da en el final, ni puede apoyarse en un sistema de reglas. No obstante, lo universal está “implícito” y continúa siendo la clave del juicio, aunque su carácter de “no dado” (implícito) ni al principio ni al final lo conviertan en problemático. Pero he ahí el significado y la dimensión de la comunicabilidad y del consenso: se trata de mecanismos que hacen posible la universalidad o, al menos, que ofrecen un indicio de su presencia. En la facultad de juicio el consenso asume, pues, un papel semejante al principio de universalidad en la razón práctica. Que después el consenso sea un dato de hecho o un dato contrafáctico, no modifica cualitativamente su función.

En la perspectiva kantiana existen, pues, dos modos de vincular la dimensión intersubjetiva y la imparcialidad. Por un lado, en el ámbito de la razón práctica, por medio del concepto de ley general y abstracta, la imparcialidad supone la validez para todos. Por otro lado, en el juicio reflexionante, la imparcialidad se consigue mediante la intersubjetividad como mecanismo cognoscitivo. En la ley general, la imparcialidad es una forma trascendental. La intersubjetividad, en cambio, tiene un carácter metodológico.

En consecuencia, la herencia kantiana ofrece dos concreciones para la imparcialidad: por una parte, ésta coincidiría con el carácter trascendental de lo universal; por otra, hace referencia a determinados parámetros como la comunicabilidad, la publicidad o el consenso. Esta segunda orientación evidencia la dificultad de dar razón de una universalidad trascendental. Por ello, parece más sensato hacer converger los dos significados de imparcialidad, una vez establecidos, que recurrir a la “prueba de la imparcialidad”, lo cual es mucho más asequible que adentrarse en su carácter trascendental. En la imparcialidad se expresa de manera paradigmática la exigencia “crítica” kantiana: es posible someter a un control intersubjetivo la regla que se dice universal. De este modo,

es imparcial solamente la posición que permite universalizar aquellas normas que, incorporando visiblemente un interés común a todas las personas implicadas, pueden contar con un consenso universal y merecen por ello un reconocimiento intersubjetivo. La formación imparcial del juicio se expresa, pues, en un principio que obliga a cualquiera que forme parte del círculo de quienes están interesados a asumir, en la valoración de los intereses, la perspectiva de *todos los demás*.⁷¹

En cambio, para el planteamiento kantiano de la razón práctica, los juicios morales son universales y necesarios, ya que son dictados por ella, y permanecerán válidos aun cuando no puedan ser comunicados.

3. *Características generales del concepto de imparcialidad*

De la reconstrucción que hemos venido realizando hasta aquí podemos extraer algunas conclusiones. Examinando los dos modelos “históricamente más influyentes”, han ido surgiendo aquí y allá diversos elementos relativos a la imparcialidad. Son elementos que, ponderados y empleados de manera distinta, han dado lugar a diversas acepciones de imparcialidad. Se trata, en definitiva, de dos aproximaciones que presentan ciertas afinidades, en parte susceptibles de integración, y de las cuales se puede obtener la trama de un tejido que constituye el marco de referencia de las visiones actuales de la imparcialidad.

La tradición aristotélica presenta la imparcialidad como una predisposición intelectual del sujeto capaz de formular juicios acertados. A la consecución del buen juicio contribuyen diversas fuerzas: por un lado, las predisposiciones intelectuales como el entendimiento y el sentido común; por otro lado, las virtudes morales e intelectuales, principalmente, la prudencia y la justicia. Es virtuoso, en efecto, el sujeto capaz de realizar juicios acertados, teniendo en cuenta que haciéndolo se perfecciona ulteriormente. Con Aristóteles hemos analizado dos predisposiciones diversas

⁷¹ Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit., p. 87.

que convergen en el juicio imparcial: el entendimiento, que supone el uso del saber en la decisión libre (indica la utilización del conocimiento) y el sentido común, que indica una inclinación hacia la equidad.

La imparcialidad se especifica también con relación a la justicia, como actitud moral: juzga con imparcialidad el que tiene en cuenta las relaciones de proporcionalidad entre los sujetos. Quien es imparcial es justo porque distribuye teniendo en cuenta junto con la igualdad las diferencias relevantes. El juicio imparcial se realiza de modo excelente sólo donde existe una convergencia de razón práctica y de virtud, en una suerte de confluencia entre diversas cualidades de un mismo sujeto. El juicio del virtuoso es, pues, el analogado principal de la imparcialidad. La dificultad de vivir según la virtud se sustancia viviendo bajo un ordenamiento recto, sustraído a la fuerza de las pasiones que hacen siempre difícil respetar el equilibrio entre las partes. La imparcialidad se plasma entonces en la ley: el *intelecto sin pasión*. Así pues, la imparcialidad se predica primariamente del sujeto virtuoso y secundariamente —en una función auxiliar— de la ley.

A diferencia de la perspectiva aristotélica, en la concepción kantiana se acentúa el significado de la imparcialidad como característica propia de la ley y se difumina la imparcialidad del sujeto virtuoso como consecuencia del planteamiento de la razón práctica. En la razón práctica, en efecto, el analogado principal de la imparcialidad es la ley. A través de la ley, la imparcialidad se vincula con la intersubjetividad. La imparcialidad de la ley resulta, pues, vinculada inescindiblemente a su carácter universal, allá donde “universal” significa capaz de dar razón de la totalidad de los particulares, es decir, válido para todos. El criterio imparcial por excelencia es la universalizabilidad, pero para que la universalidad pueda dar cuenta de la totalidad de los particulares hay que eliminar precisamente todo lo que es propio de lo particular, o sea, es necesario excluir las diferencias. Así pues, en esta perspectiva la idea de imparcialidad se propone como el resultado de operaciones conceptuales de abstracción o de sustracción. En última ins-

tancia, se plantea una imparcialidad menos sensible a las diferencias y más sensible a todo lo que es común.

El análisis de la facultad de juicio introduce connotaciones peculiares en el proceso del juicio que permiten descubrir nuevas formas de la imparcialidad. La doble operación del juicio (imaginación y reflexión) genera contemporáneamente un distanciamiento —implica la representación de un objeto no presente— y una presencia, puesto que la representación rescata el objeto considerado a través de la operación de reflexión. Lo importante en la imparcialidad, desde este punto de vista, es una dialéctica de ajenidad y distanciamiento. Sin embargo, la imparcialidad se expresa como búsqueda de la confrontación con el pensamiento de otros: como consenso, como condición de comunicabilidad. Ahí podemos observar cómo la dimensión trascendental del concepto kantiano de razón práctica resulta corregido desde la perspectiva del juicio.

A partir de la distinción entre la imparcialidad como característica del juicio y la imparcialidad vinculada a la justicia y a partir de los distintos sujetos a quienes se atribuye, podemos descubrir maneras diversas de concebir la imparcialidad: como capacidad de formular juicios acertados a partir de un profundo conocimiento de las cosas, o como parte integrante de la virtud de la justicia y de la equidad. También como universalidad de la ley moral o como punto de vista del espectador imparcial caracterizado por la ajenidad y el distanciamiento. Incluso cabe hablar de imparcialidad vinculada a la comunicabilidad y al consenso.

Esta diversidad de acepciones genera en la imparcialidad algunas tensiones: entre distanciamiento y cercanía, entre universal y particular. Desde el punto de vista de la razón práctica de cuño aristotélico, es el sujeto virtuoso el que “sintetiza” a través del juicio; es decir, el que encuentra el equilibrio y establece la relación entre lo universal y lo particular —la regla y la acción—, entre la cercanía y el distanciamiento. La ley es secundaria respecto a la razón práctica y, de hecho, su imparcialidad es limitada. En la perspectiva kantiana, en cambio, el analogado principal de la imparcialidad es la ley. La razón práctica se expresa, por excelencia, en

forma de regla universal mientras que la facultad de juicio ofrece un modelo más accesible de imparcialidad como mecanismo epistemológico.

II. IMPARCIALIDAD Y JUSTICIA

Para completar una primera descripción general de la imparcialidad es necesario profundizar un poco más en su relación con la justicia, lo que permitirá iluminar también el concepto de imparcialidad como objetividad en el juicio. Para ello debemos realizar una aproximación, muy sumaria, al contexto en el cual la imparcialidad adquiere un significado específico: los problemas relacionados con la justicia distributiva. Sus orígenes y fundamentos continúan manteniendo una gran actualidad en el debate contemporáneo, especialmente centrado sobre el problema de la justa distribución de los bienes.

1. *Una distinción clásica y una prioridad moderna: la justicia distributiva*

La distinción entre justicia correctora y justicia distributiva se encuentra tratado, como es sabido, en el libro V de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles.⁷² En la concepción aristotélica esta distinción se encuadra en la idea de justicia particular, o sea, en la justicia como regla para las relaciones inter-individuales. Aparece también una justicia general como virtud arquitectónica a la que corresponde la tarea de ordenar al resto de las virtudes dentro de la comunidad política.⁷³

⁷² El tema ha sido tratado en todos los momentos de la historia del pensamiento humano, desde pensadores clásicos como Tomás de Aquino, Hobbes o Hume, hasta nuestros días. *Cfr.*, por ejemplo, Del Vecchio, G., *La giustizia*, Roma, Studium, 1959.

⁷³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco, cit.*, 1129 b 10-1130 a 17.

La idea de una justicia correctora, también llamada conmutativa, y dirigida a abarcar todo tipo de intercambios humanos,⁷⁴ se vincula con la posibilidad de establecer una proporción entre el dar y el recibir en los intercambios, según la lógica de la equivalencia. La corrección mira a la restauración de un equilibrio en cualquier relación de reciprocidad donde se haya producido una alteración. Más concretamente puede decirse que, mientras la relación que vincula a los sujetos en la justicia distributiva es una relación de igualdad como proporción geométrica no continua, esto es, aquella donde los términos medios no coinciden (en la forma *A está a B como C está a D*), la igualdad de la justicia correctora implica una especie de igualdad de la diferencia: *tal y como a A le es quitado (o dado) B, así a C le es quitado (o dado) D*.⁷⁵

A primera vista, la justicia de la corrección o conmutatividad parecería más orientada a la equivalencia de los bienes intercambiados que a la igualdad entre los sujetos aunque, en última instancia, la equivalencia de los bienes puede ser mediatamente reconducible, de algún modo, a la posición de los sujetos que se han puesto en relación por medio de “bienes” o de “cargas”. Nada impide, en efecto, que una corrección se ponga en marcha con relación a sujetos desiguales, si ha existido una alteración en una relación anterior entre ellos. Por otro lado, la valoración de la equivalencia entre bienes contribuye a evitar que las particulares condiciones o características (naturales, sociales, económicas, políticas) de los sujetos puedan modificar la intensidad o el grado de la relación (y puedan, por ello, agravar la importancia de la acción que la justicia debe valorar). La justicia conmutativa exige, pues, un modelo específico de relación entre las personas implicadas en el intercambio: una relación de proporción. Sin embargo, la relación de proporción entre los sujetos se aprecia mucho mejor en la justicia distributiva.

⁷⁴ Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., II-II, q. 61, a. 3.

⁷⁵ Cfr. Berti, E., “La giustizia come proporzione”, en Ferrara, A. et al. (eds.), *Etica individuale e giustizia*, Roma, Liguori Editori, 2000, pp. 61-63.

La justicia distributiva se refiere, según la definición no superada hasta hoy, a la distribución o reparto “de honores, riquezas o cualesquiera otros bienes que puedan ser divididos entre los miembros de la comunidad política”.⁷⁶ La diferencia entre la justicia conmutativa y la distributiva no radica sólo “en la operación” que se pretende valorar como justa o injusta (en un caso la corrección del intercambio, en el otro la distribución), sino sobre todo, en el hecho de que para la justicia conmutativa los sujetos se consideran en una posición de igualdad en la reciprocidad de sus mutuas diferencias;⁷⁷ mientras que la justicia distributiva, y esto es lo interesante, considera a los sujetos como “parte” de un todo, en su relación dentro del conjunto con vistas a la distribución de bienes o de cargas.⁷⁸ En cuanto hablamos de la pertenencia de una parte a un todo o de la pertenencia a una clase dentro del todo, encontramos que las raíces de la imparcialidad, tanto desde el punto de vista aristotélico como kantiano, coinciden con la justicia distributiva. En efecto, la imparcialidad se refiere a las consideraciones de conjunto dentro de cada parte que es la perspectiva propia de la justicia distributiva.

A pesar de las diferencias, justicia conmutativa y distributiva están más vinculadas de cuanto pueda parecer a primera vista: la equivalencia en el intercambio reclama también una valoración desde el punto de vista distributivo, y toda distribución comporta una relación de reciprocidad de los sujetos ente los cuales se distribuye. De este modo, la sentencia de un juez pertenece al mismo tiempo a la justicia conmutativa y a la justicia distributiva. En

⁷⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, 1130 b 31.

⁷⁷ Ha cristalizado una concepción tripartita de la justicia: justicia conmutativa, relativa a las relaciones entre ciudadanos; justicia legal, relativa a las relaciones ciudadano/Estado y justicia distributiva, relativa a las relaciones Estado/ciudadano. Fue la escolástica española quien estableció esta tripartición (*cf.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 184-188).

⁷⁸ Lombardi sostiene que la reciprocidad como criterio constitutivo de la justicia conmutativa es el correlativo de la autoridad como criterio constitutivo de la justicia distributiva (*cf.* Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, Padua, CEDAM, 1981, pp. 216 y 217).

cuanto la sentencia mira a la distribución del bien común y el juez toma de uno y de otro, estamos ante una manifestación de la justicia distributiva; en cuanto su contenido versa sobre la restitución que un individuo debe hacer a otro, la sentencia se refiere a la justicia conmutativa.⁷⁹ Hay ejemplos notables que se encuentran en el pensamiento moderno.⁸⁰ El potenciamiento del vínculo entre ambos tipos de justicia y el eventual primado de la justicia distributiva sobre la conmutativa —no en el sentido de un primado de la propiedad respecto del intercambio, sino de la consideración equitativa de los sujetos como parte de un todo—, ofrece interesantes posibilidades para la justicia; por ejemplo, la de justificar redistribuciones que contribuyen a requilibrar globalmente las posiciones de los sujetos frente a la justicia. Por el contrario, la separación y aislamiento de la justicia conmutativa respecto de la distributiva conduce normalmente a la consolidación de los *status quo*, situaciones que sólo excepcionalmente suelen ser de equilibrio. La relación entre imparcialidad e igualdad, como veremos enseguida, se construirá sobre la base de estos presupuestos.

La existencia de una afinidad entre estos dos tipos de justicia no ha impedido que en la historia se puedan encontrar cuestiones en las que ha prevalecido la justicia conmutativa y otras en las que ha prevalecido la distributiva. Ambas han luchado históricamente por imponerse. En este sentido, la importancia de la imparcialidad en la reflexión contemporánea sobre la justicia está relacionada, como veremos, con la prevalencia de una visión distributiva de la justicia⁸¹ sobre la conmutativa, muchas de cuyas implicaciones to-

⁷⁹ Aquino, Tomás de, *Suma teológica, cit.*, II-II, q. 63, a. 4.

⁸⁰ *Cfr.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights, cit.*, pp. 188-193. Comentando la disciplina inglesa sobre la quiebra, Finnis subraya que, si bien ésta responde a las pretensiones de justicia conmutativa de los acreedores, al mismo tiempo eleva las pretensiones típicamente conmutativas a principios y criterios de justicia distributiva.

⁸¹ Se ha señalado esto en una crítica que analizaremos más adelante, en Young, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez Medina, Madrid, Cátedra, 2000, p. 159.

davían están por explicitar. La idea, típicamente moderna, según la cual la justicia consiste en la asignación de derechos, bienes, recursos y oportunidades es reconducible a la justicia distributiva, cuya regla fundamental es la imparcialidad. Esta distribución tiende a proponerse como una regla universal, común a todos los pueblos y no sólo en contextos determinados. La imparcialidad se debe a los iguales y exige una cierta proporcionalidad en la posesión de bienes por parte de los sujetos de la justicia.⁸²

La prevalencia de la justicia distributiva sobre la conmutativa parece, en cierto sentido, obvia si se reflexiona sobre el hecho de que sólo se puede intercambiar aquello que se posee. En la perspectiva clásica, esta afirmación fue reconducida a la tesis de la prioridad del derecho sobre la justicia.⁸³ Entre las diversas definiciones de justicia que ha elaborado la tradición occidental, la que ha prevalecido sobre todas las demás es la que nos ha transmitido el derecho romano: justicia como *suum quique tribuere*.⁸⁴ De manera que si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo que es suyo, antes de esto hay que considerar el acto por el cual algo se convierte en “lo suyo” de cada uno.⁸⁵ En este contexto, la determinación de lo que corresponde a cada uno no es algo arbitrario, sino que es propia del derecho, no entendido como institución humana, ni mucho menos como un mandato del soberano, sino como actualización de un orden social o de una ley “natural” (un derecho na-

⁸² En sentido contrario es significativo recordar que Rawls excluye esta exigencia de la “sociedad de los pueblos”. Insiste sobre la transitoriedad del llamado “deber de asistencia a las sociedades desaventajadas” por razón del primado de la libertad de los pueblos para utilizar sus recursos en modo más o menos provechoso (cfr. Rawls, J., *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*, trad. de H. Valencia, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 132-135).

⁸³ La prioridad de la justicia distributiva ha sido sostenida también por Del Vecchio, G., *La giustizia*, cit. Sin embargo, la prioridad de la justicia distributiva, según Del Vecchio, está vinculada a un modo preciso de entender la justicia, más cercano al sentido clásico que al moderno.

⁸⁴ *Instit.* 1, 1.

⁸⁵ Cfr. Aquino, Tomás de, *Suma contra Gentiles*, Madrid, BAC, 1974, pp. 293-296.

tural).⁸⁶ La radicación de la justicia en el derecho manifestaba la convicción de que existía un orden ontológico antecedente que el derecho traducía en relaciones jurídicas y cuya custodia se confiaba a la justicia. La justicia era, en consecuencia, la actitud debida, derivada de la constatación de este orden de relaciones. En definitiva, la convicción de que existía un orden de la naturaleza⁸⁷ llevaba consigo la tesis de la prioridad del derecho sobre la justicia.

El ocaso, por muchas razones, del orden del derecho natural y la reducción del derecho a institución humana o a mandato del soberano, sin vinculación alguna con la justicia, ha comportado la devaluación de esta particular conexión entre derecho y justicia. Creció, en cambio, la idea de que el cometido de la justicia es sustraer al derecho de la arbitrariedad a través de la determinación de “lo que es debido” a cada uno. En adelante, la justicia ya no consistirá en dar a cada uno lo suyo, en el sentido clásico, sino que se trata de dar a cada uno lo suyo pero en el sentido de *determinar qué es lo suyo* (de cada uno). En esta nueva perspectiva “las concepciones contemporáneas de la justicia tienen el cometido de cubrir el déficit metafísico e iusnaturalista, rechazando al mismo tiempo la arbitraria solución iuspositivista”.⁸⁸ El cometido de la justicia se ha transformado radicalmente: ya no se trata de tutelar o garantizar el orden del derecho sino de construirlo, pero sin confiarlo a la autoridad positiva. Los mecanismos para la construcción del orden de la justicia se orientan todos en la dirección de un control racional. En esta línea es comprensible la elección del juicio reflexionante como modelo del juicio de justicia: se trata de la búsqueda de lo universal, en este caso, de aquello que es debido, precisamente en

⁸⁶ Cfr. Viola, F., “La lotta del diritto contro i mali della società”, *Seconda Navigazione. Annuario di Filosofia 1999*, Milán, Mondadori, 1999, pp. 197-217.

⁸⁷ El orden de la creación, por ejemplo (cfr. Pieper, J., *Justicia y fortaleza*, trad. de M. Garrido Jiménez, Madrid, Rialp, 1968, pp. 21-39). También responden a este esquema muchas otras versiones del derecho natural. Para una reseña, cfr. D’Agostino, F., *Filosofía del derecho*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 61-75.

⁸⁸ Viola, F., “Giustizia e verità”, *Filosofía e Teología*, 15, 3, 2001, pp. 490-503.

la situación en la cual —lo debido, el derecho— no viene dado *a priori*.

¿Cómo puede la justicia determinar lo que es lo de cada uno? La metodología más frecuentemente empleada pasa por la construcción de una situación ideal que permita identificar aquello que las personas elegirían de manera *imparcial*. Se trata de un método constructivista, seguido generalmente por las teorías contemporáneas, con variaciones en algún caso significativas.⁸⁹ La determinación de los principios de justicia depende de la construcción de situaciones de elección, de tal manera que cualquiera que sea el principio de justicia seleccionado dé lugar a una solución justa. El problema reside, obviamente, en determinar cuál es la situación ideal que pueda considerarse la mejor respecto de cualquier otra.

Más allá de las diferentes maneras de identificar el contenido de la justicia —luego analizaremos algunas de ellas—, lo relevante es que surgen aquí dos nuevos e importantes aspectos en relación con la imparcialidad. Si partimos de que para reconocer aquello que es de cada uno resulta imprescindible ser imparcial, entonces la imparcialidad se convierte en necesaria, casi como un imperativo moral. No se expresa como una referencia directa al equilibrio de las posiciones sino que es como un dato de partida, una condición, o casi mejor, una actitud normativa necesaria, casi un trascendental de la justicia.⁹⁰ Por otro lado, el juicio adquiere aquí una importancia decisiva. El acto central que la justicia debe realizar (el objeto de la justicia) es, en efecto, un juicio, en este caso particularmente comprometido porque va a ser determinante del derecho. No se trata de determinar entre dos contrincantes quién tiene la razón ante la justicia, sino que, de manera mucho más radical, la justicia representa un papel previo a la hora de *construir* la relación entre las partes. Estamos, por supuesto, en el nivel de individualizar los principios fundantes, los principios capitales de las instituciones

⁸⁹ Para una introducción al constructivismo, *cfr.* Villa, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. 9-131.

⁹⁰ Creo que en esta posición se puede descubrir, de algún modo, una suerte de “moralización” del concepto de imparcialidad-objetividad.

sociales: la justicia de los primeros principios que justificará después toda la serie de criterios derivados de ellos. Junto con la centralidad del juicio emerge también con claridad la relevancia de la imparcialidad como característica de ese juicio; una relevancia especial, puesto que sólo desde la imparcialidad se puede garantizar la justicia de la construcción que resulta.

2. *La igualdad y la justicia*

Las modernas teorías de la justicia han efectuado una importante transformación: en el lugar de la existencia de un orden objetivo —que estaba en la base de la concepción clásica— han situado la igualdad de los sujetos como presupuesto de la justicia, presupuesto del que actualmente se parte en todos los ámbitos de reflexión sobre esta cuestión.⁹¹ Siendo, pues, la igualdad de todos los seres humanos el presupuesto, necesariamente deberá establecerse la imparcialidad como regla básica de tratamiento.

Ya vimos que desde la justicia conmutativa el sujeto se contempla según una igualdad de reciprocidad y que desde la justicia distributiva, en cambio, el sujeto se considera en relación con otros sujetos pertenecientes a un conjunto. En consecuencia, el problema de la imparcialidad remite, en primer lugar, a la constitución de la clase o categoría, es decir, el conjunto del que se forma parte. La imparcialidad consistiría entonces en la actitud que debe adoptarse frente a una parte del todo.⁹²

La clase, en el sentido clásico de “categoría”, remite básicamente a un concepto de orden. La distinción en clases comporta una diferencia de criterios para su constitución pero, en su interior, todas se ordenan atendiendo a la igualdad. En ese sentido, la igualdad

⁹¹ Esto ha sido puesto de relieve por Dworkin, a propósito de las teorías de la justicia contemporáneas. *Cf.* Dworkin, R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2000, pp. 1-303.

⁹² El término “parte” presenta una ambigüedad muy sugestiva para nuestro tema: puede referirse a la parte objetiva que pertenece a cada uno de los sujetos, o también a la parte subjetiva que respalda la pretensión sobre un bien.

aparece como presupuesto de la justicia y de la imparcialidad. Una vez que se ha establecido que la igualdad corresponde a los sujetos pertenecientes a una categoría, la justicia exige que todos ellos sean tratados con imparcialidad y esto se impone como una exigencia. Bajo esta óptica, la imparcialidad procede y deriva de la igualdad, es decir, desarrolla su función en un segundo momento.

La igualdad presenta muchos ámbitos problemáticos. En un primer nivel —el más alto si atendemos al grado de complejidad— la igualdad consiste en la aplicación imparcial y la interpretación coherente de las reglas (sean del tipo que sean). En ese supuesto la igualdad se encuentra implícita en la noción misma de regla: deriva, en efecto, de su característica de generalidad.⁹³ Podría afirmarse que el método propio de aplicación de una regla es la imparcialidad: igualdad e imparcialidad se implican recíprocamente.

En un segundo nivel, el problema de la igualdad se presenta en la determinación de la clase de individuos que deben ser tratados por igual: la denominada justicia de la regla. Se trata de afrontar el complejo problema del fundamento de la igualdad, su justificación. No obstante, la justificación de la igualdad es también el fundamento de la imparcialidad; de ahí que también en este nivel la imparcialidad se produce después de la igualdad, no en un sentido cronológico, obviamente, sino como un efecto vinculado a la causa, como las razones de una tesis están vinculadas a la propia tesis.

Hay todavía un tercer nivel relativo a la incidencia de la igualdad respecto a las situaciones concretas; es decir, el problema de la estructura real de las esferas de justicia dentro de las cuales los individuos son iguales o no lo son: la denominada “igualdad material”. Se trata de un problema conectado con los relativos al primer nivel puesto que ambos tratan de la “dinámica” de la igualdad no

⁹³ Cfr. Sidgwick, H., *Methods of Ethics*, Londres, Macmillan and Company, 1874, L. III, cap. V, 1; Perelman, Ch., *Diritto, morale e filosofia*, trad. al italiano de P. Negro, Nápoles, Guida Editori, 1973, primeros dos capítulos; Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 155; Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 64.

de su justificación. Desde este tercer punto de vista se evidencia una importante característica de la igualdad: su real implementación se realiza a través de sucesivas re-determinaciones de las reglas de igualdad; esto es, mediante la progresiva identificación de nuevas reglas que realizan *mejor* la igualdad que las anteriores.⁹⁴ Pero ¿qué es lo que mueve la dinámica progresiva de individuación y justificación de nuevas reglas de igualdad? La respuesta sólo puede ser una: el principio normativo de la imparcialidad. A diferencia de los dos niveles anteriores, en éste debemos invertir la relación entre imparcialidad e igualdad: el motor de la progresiva dinámica hacia la igualdad es el principio de imparcialidad. La imparcialidad, en efecto, pone en marcha el mecanismo de reformulación de los criterios de igualdad; está en la raíz del ajustamiento —aunque sea por sucesivas aproximaciones imperfectas— de las reglas generales a las exigencias de la justicia. La imparcialidad es, pues, un principio —el motor— que “se sirve” de la generalidad de las reglas para aumentar el nivel de igualdad. La igualdad como característica de las reglas es instrumental para la imparcialidad e instrumento de la imparcialidad.

La alternancia —o relación dialéctica— entre imparcialidad e igualdad es una de las características del debate sobre la justicia en nuestra época. La justicia distributiva tiene como objeto la determinación de lo que corresponde a cada uno y la imparcialidad es *conditio sine qua non* de su funcionamiento. La justicia es una forma de igualdad, pero se trata de una igualdad *debida* ahí donde ésta falta o donde todavía no existe: en el caso de la justicia conmutativa, con vistas a la reintegración o la corrección de un equilibrio; en el caso de la justicia distributiva, en el paso de aquello que es común a lo que es individualmente fruíble y en la búsqueda de un progresivo equilibrio entre las partes. Para la imparcialidad lo importante es que la relación entre el bien y la parte sea igual —proporcional— a

⁹⁴ Es una observación de Oppenheim, F. E., “Uguaglianza”, voz en Bobbio, N. y Matteucci, N. (ed.), *Dizionario di Politica*, Turín, UTET, 1976, pp. 1060-1068.

la relación entre el bien y la parte de las otras partes; es decir, que cada una de las partes reciba *cómo* y *cuánto* las otras partes reciben.

3. *El principio de imparcialidad más allá de la igualdad formal y material*

Suele definirse como igualdad formal la aplicación de la misma regla a todos los casos semejantes y la justificación de cualquier trato diferencial, es decir, la aplicación imparcial de la regla.⁹⁵ La principal de las objeciones que se plantean a la igualdad formal es que se trata de una idea vacía⁹⁶ e insuficiente que exige la resolución de algunos problemas preliminares.

El primero de ellos es el problema de la igualdad “de quiénes”; esto es, el problema de la determinación de la clase de individuos implicados en la regla. La igualdad formal está, en efecto, fuertemente determinada por el problema de la inclusión de algunas partes y la exclusión de otras: los atenienses, los varones blancos, el individuo autoconsciente y dueño de sí... Junto a esto, la igualdad formal no ofrece indicaciones sobre los casos en que se debe utilizar la regla y aquellos en los que no se debe utilizar.⁹⁷ Esta observación crítica resulta especialmente atinada si pensamos que en muchas de las denominadas “teorías de la justicia política”, en ge-

⁹⁵ La contraposición entre igualdad formal y material es uno de los temas clásicos de la tradición jurídica de occidente, imposible de reconstruir aquí. Sobre igualdad formal y material, así como sobre la interdependencia entre ambas, reenviamos al conocido comentario de sentencia de Gianformaggio, L., “Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte Costituzionale)”, *Foro Italiano*, 1996, col. 1961-1976. Para una clasificación de los diversos significados de igualdad, Gianformaggio, L., “L’eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?”, *Filosofia e critica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 95-112. Sobre el carácter formal del derecho diremos algo más adelante, pero puede verse Summers, R. S., “How Law is Formal and it Matters”, *Cornell Law Review*, 82, 5, 1997, pp. 1165-1229.

⁹⁶ *Cfr.* el análisis del concepto de igualdad, la distinción entre igualdad prescriptiva y descriptiva y las críticas a la idea de igualdad como idea vacía, en Schiavello, A., “Principio di eguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico”, *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 66-72.

⁹⁷ *Cfr.* Perelman, Ch., *Diritto, morale e filosofia*, cit., pp. 22-25.

neral, se presuponen los criterios para la determinación de las partes entre las que dividir; o sea, se dan por supuestos los criterios para la inclusión o exclusión de las partes. Cada teoría de la justicia política, dirigida a la identificación de los principios en función de los cuales “las principales instituciones sociales distribuyen los deberes y los derechos fundamentales y determinan la subdivisión de los beneficios de la cooperación social”⁹⁸ (aunque eso se puede aplicar también a otras esferas de la justicia),⁹⁹ presupone una determinación de los confines de la comunidad política, previa a la determinación de los criterios de justicia en la distribución de cargas o de bienes. De esta presuposición, en efecto, debe darse razón.

Una cierta indeterminación y la exigencia de un progresivo completamiento no constituyen necesariamente una imperfección. Si no consideramos la justicia como algo abstracto y estático, dado de una vez para siempre, sino como algo perfectible y dinámico, habremos de aceptar la consecuencia de que la regla necesita de ese progresivo completamiento. El problema se presenta, entonces, a la hora de identificar la sede y la competencia para realizar la tarea de completar la regla y los principios con base en los cuales realizarla.

Un modo de llenar de contenido la justicia formal consiste en considerarla una fuente de criterios interpretativos, o sea, de cánones orientativos para la acción práctica. En efecto, la igualdad formal establece, por un lado, una asimetría entre la desigualdad y la igualdad, en virtud de la cual la carga de la prueba recae siempre sobre el tratamiento desigual: la máxima de la igualdad podría traducirse como prohibición de tratamientos desiguales con deber de argumentación para realizar diferencias en el trato. Por otro lado, la igualdad formal remite necesariamente a la igualdad (o justicia)

⁹⁸ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 24.

⁹⁹ La justicia distributiva se refiere a toda situación en la cual existe el deber y el derecho de la distribución, y esto no sólo en la comunidad política, sino también en cada relación de responsabilidad o de servicio. Sobre la distinción entre las diversas esferas de justicia, *cfr.* Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

material.¹⁰⁰ La relación entre igualdad formal y material puede definirse como de *dependencia orientada*, en función de la cual la igualdad formal depende de la igualdad material, aunque también ésta necesita de aquélla.

En todo caso, ambas exigen previamente la resolución del problema de la inclusión y de la exclusión; es decir, el problema de “quién debe formar parte de la clase de sujetos sobre los cuales se proyecta la imparcialidad”. En la parte dedicada a la imparcialidad en el ámbito político aplicaremos este planteamiento abstracto al problema de la ciudadanía como ejemplo paradigmático de un mecanismo de imposible autorreferencialidad, característico de la igualdad, que encuentra en la imparcialidad un principio corrector. La ciudadanía se configura como un problema de distribución a nivel transnacional y, en ese sentido, la pertinencia del principio de imparcialidad como criterio cardinal de la justicia distributiva, comporta una instancia de progresiva inclusión.

Paradójicamente, el carácter *debido* de la igualdad depende de la diversidad humana y no de la igualdad como dato de partida. De facto, los hombres son desiguales: lo son por la diversidad de sus dotaciones iniciales, lo son por las condiciones histórico-sociales en las que se encuentran y lo son, también, desde una perspectiva dinámica, por la diversidad en la capacidad de transformar sus propias dotaciones iniciales en un valor añadido. Precisamente la relación dialéctica entre igualdad y desigualdad es la que debe justificar la actitud normativa de imparcialidad. Todo esto supone, lógicamente, una concepción sobre la diversidad humana y sobre la libertad (es decir, una antropología), además de una reconstrucción de las relaciones de corresponsabilidad de los componentes sociales entre sí. En definitiva, hace falta una reflexión sobre el carácter social del hombre de la que ahora estamos sólo explorando su dinámica pero no su fundamentación.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 64.

¹⁰¹ Lo ha señalado con particular incisividad Sen, A. K., *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. de A. M. Bravo, Madrid, Alianza, 1999; *id.*, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.

Una vez establecida la triple articulación del principio de igualdad queda todavía por resolver el problema de “qué” es lo justo o lo igual, es decir: “qué” debe prescribir la regla, qué parámetro debemos considerar para determinar un equilibrio de las partes. En la perspectiva de una teoría de la justicia o de la moralidad, en general, el problema es evidente: la moralidad o la justicia no versan sobre el modo de ponerse de acuerdo, sino sobre aquello sobre lo que nos debemos poner de acuerdo.¹⁰² En ese sentido podemos afirmar que la justicia incluye la igualdad, pero la sobrepasa en el cometido de identificar lo que es objeto de justicia. La igualdad, pues, no agota toda el área semántica de la justicia que va mucho más allá de aquélla. También en relación con la determinación del contenido de la justicia —el problema de la verdad en las teorías de la justicia— la imparcialidad puede aportar luz. De momento, sólo hemos establecido su conexión con la dinámica de la justicia y de la igualdad y que no se identifica plenamente con ninguna de ellas. Veamos ahora su relación con la diferencia.

4. *Diferencia y justicia*

Que la igualdad consista en una relación de proporcionalidad confirma la hipótesis de que se trata siempre de una relación, tanto en el caso de que debamos reconducirla hacia una proporción aritmética como en el caso de que deba reconducirse hacia una proporción geométrica. En este último caso, el criterio de la justicia es la congruencia entre las partes del conjunto; pero la congruencia admite, o más bien presupone, diferencias entre las partes, las cuales reciben en diferente medida. Es propio de la imparcialidad orientarse hacia distribuciones proporcionales y no a restablecer el equilibrio de hecho. Y esto es debido a las relaciones que vinculan a las partes.

¹⁰² *Cfr.* Scanlon, T. M., “Contractualism and Utilitarianism”, en Sen, A. K. y Williams, B. (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 128.

Los escenarios de la diferencia son muchos. En primer lugar, como ya dijimos, cada indicación del todo comporta establecer sobre él una delimitación, o sea, determinar la diferencia de lo que sea estar dentro o estar fuera. Cada parte es potencialmente —no necesariamente— igual a otra con relación al mismo conjunto, pero eso no impide que pueda haber diferencias respecto de las partes de otro conjunto: “si, en efecto, no son iguales, no tendrán las mismas cosas”.¹⁰³ A esto se debe la diferenciación categorial (libres y esclavos, varones y mujeres, nativos o inmigrantes): lo justo es lo igual respecto a una cierta categoría de personas.¹⁰⁴ Siendo esto así, la imparcialidad comporta un equilibrio difícil y delicado entre igualdad y diferencia.

Las partes serán diferentes desde el punto de vista de las diferencias individuales, pero serán presumiblemente semejantes con relación a un parámetro (el que sirve para construir el grupo al que pertenecen). Los parámetros de igualdad y diferencia están estrechamente conectados con los criterios de la distribución. En la concepción aristotélica, el criterio principal es el mérito: un dato de indudable carácter individual o personal.¹⁰⁵ En el reparto, la igualdad consiste en la proporcionalidad del criterio de distribución, según el mérito aplicado a cada individuo (si bien no se excluye la posibilidad de aplicarlo a una categoría). Cuando se constata que el mérito se entiende de maneras diversas según las formas de gobierno —para las oligarquías estará en la riqueza, para las aristocracias en la virtud, para las democracias en la libertad—, el criterio se vuelve problemático.

Incluso para nosotros, en la actualidad, es discutible la idea misma de que el mérito sea un criterio de distribución. Si pensamos en la acepción común del término: aquello que hace a un sujeto digno de estima (hay ahí un matiz semántico positivo), todas las posibles

¹⁰³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1131 a 25.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 1133 b 30-33.

¹⁰⁵ Cfr. Berti, E. *La giustizia come proporzione*, cit., pp. 60 y 61.

acepciones del mérito según Aristóteles despiertan una cierta perplejidad.

Dejando aparte la virtud (que es quizá la noción de mérito más cercana a nuestro entendimiento pero la más lejana al discurso filosófico-político), la riqueza y la libertad parecen, en principio, contraponerse al *mérito* del sujeto. Para nosotros el mérito indica la relevancia moral de una característica, de ahí que la riqueza y la libertad, que son “dados”, no tienen valor moral, no pueden constituir un mérito. Hoy podríamos extender el concepto de riqueza hasta abarcar incluso la dotación genética o la posesión de informaciones relevantes, pero tales características son irrelevantes para la justicia porque no dependen del sujeto sino de su fortuna o desgracia.¹⁰⁶ Todavía resulta más problemático sostener que el mérito corresponda a la libertad. Sobre este punto la cultura occidental se ha alejado radicalmente de la concepción clásica, y esto tiene mucho que ver con la irrupción de la imparcialidad como principio dominante en la reflexión sobre la justicia. El punto diferencial sobre la concepción clásica viene sintetizado de modo paradigmático en el artículo 1o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, según el cual: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.¹⁰⁷ A partir de aquí es posible identificar un aspecto paradójico de la justicia distributiva, concretado en la siguiente pregunta: ¿qué deberían recibir unos sujetos que son igualmente libres y dignos por naturaleza? Si adoptamos la regla fundamental de la razón práctica, consistente, de acuerdo con la indicación kantiana, en tratar al individuo como un fin en sí mismo, el problema de lo que se debe dar a cada uno, igual en dignidad, resulta extremadamente sencillo desde el

¹⁰⁶ Estamos ante otro tema habitual de la filosofía política contemporánea: la irrelevancia de las dotes involuntarias de origen, en orden a la determinación del valor moral del sujeto. Cfr. Celano, B., “La denaturalizzazione della giustizia”, *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 81-113.

¹⁰⁷ Es bastante difícil reconstruir la historia de esta transformación. El punto de partida está en el mensaje cristiano, pero las vías de afirmación son complejísimo. Cfr. Taylor, C., *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 460 y ss.

punto de vista lógico, pero imposible desde el punto de vista práctico: a cada uno le corresponde todo, en cuanto que es único e incommensurable. La única alternativa real a esta respuesta absoluta manifiesta con claridad la importancia de la imparcialidad: a cada uno le corresponde la misma consideración.

El carácter incommensurable del valor de individuo —que está en la base de la exigencia universal de imparcialidad— impide también la posibilidad de considerarlo un simple elemento de un conjunto. La teoría utilitarista, por ejemplo, ha tratado de resolver el problema de la incommensurabilidad utilizando la categoría neutra del número: cada uno cuenta por uno en el cálculo de la utilidad social. Sin embargo, como han demostrado los críticos del utilitarismo, no sólo dicho cálculo es difícilmente practicable,¹⁰⁸ sino que resulta inaceptable la consecuencia que podría derivarse de esta concepción, es decir, la idea de que la utilidad general pueda prevalecer sobre los derechos de los individuos.

En cierto sentido, el derecho viene a solventar esta paradoja introduciendo la idea de que los individuos puedan no ser considerados en sí, sino “bajo un cierto aspecto”. Dentro del propio derecho existen diferencias de consideración entre el derecho penal, dirigido a la tutela de los seres humanos en cuanto tales, y las otras ramas, en donde el intercambio de prestaciones, servicios, funciones o cosas, permite considerar al individuo bajo un aspecto relevante y diferente en cada una de ellas.¹⁰⁹ No hay duda de que la acentuación del carácter “objetivo” de la mediación —que ya vimos como típico de la justicia conmutativa— a través de ventajas, desventajas, bienes, derechos o acciones, simplifica la valoración de una relación entre individuos incommensurables. En estos casos, los sujetos serían considerados en función de “los bienes” que, a su vez,

¹⁰⁸ Sobre la difícil practicidad del cálculo utilitarista, *cf.* Williams, B., *Introducción a la ética*, Madrid, Cátedra, 1982, pp. 69-81.

¹⁰⁹ Sobre esta cuestión, *cf.* Carpintero, F., “Persona humana y persona jurídica”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (ed.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2000, pp. 137-171.

están tutelados por el derecho. De este modo, el derecho hace posible la justicia en un primer sentido.

Este aspecto de la cuestión muestra un modelo diferente de relación entre el derecho y la justicia, ya no como un primado del derecho sobre la justicia o viceversa, sino como una necesaria vinculación entre uno y otra. De acuerdo con las premisas establecidas, la justicia tiene necesidad del derecho —no entendido como derecho natural sino como fenómeno institucionalizado en orden a la tutela de algunos bienes— para poder actuar.

5. *El problema de la división*

La justicia distributiva presenta otra dimensión problemática: el aspecto de la división.¹¹⁰ Como ya dijimos, la división presupone la determinación de cuáles son las partes entre las que se pretende dividir y la posibilidad de considerar esas partes en una perspectiva de conjunto. Es decir, que la *conditio sine qua non* de la división es la dimensión de conjunto: para dividir es necesario presuponer una unidad previa, una pertenencia común. Antes de la división existe, pues, una percepción de la totalidad, de una totalidad de sujetos entre los cuales repartir. Pero existe también una totalidad de los bienes (derechos, recursos, honores, cargas, etcétera) que van a distribuirse. Ahí se manifiesta una vez más el carácter dialéctico de la justicia: la totalidad de los sujetos presupone la pertenencia a una clase, sin embargo, la totalidad de los bienes es entendida como un solo conjunto.

Si la determinación de la totalidad de los individuos es problemática (como vimos en la identificación de la “clase” de sujetos que deben recibir) y lo es también la identificación de criterios con base en los cuales distribuir,¹¹¹ resulta igualmente problemático

¹¹⁰ Para Hume la división es el problema fundamental de la justicia (*cf.* Hume, D., *Investigación sobre los principios de la moral*, pról. y trad. de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1993).

¹¹¹ Reenviamos al interesante tratamiento de los criterios de distribución en Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 173-177.

determinar *qué es lo que hay que dividir*. Intuitivamente, parece que debe dividirse aquello que es *común*, aquello que es de todos o de muchos. Pero, *¿por qué dividirlo?*, y sobre todo *¿qué es lo común y en qué sentido lo es?*

Los ejemplos aristotélicos de los bienes a distribuir (“honores, riquezas, o cualquier otro bien pueden ser divididos entre los miembros de la comunidad política”) constituyen un elenco indeterminado de elementos heterogéneos. Están los bienes materiales y externos, como las riquezas, pero también los bienes externos no materiales, como el honor, el poder, la estima, las oportunidades. La característica que agrupa a estos bienes es su fruibilidad en la comunidad política, que presupone, de algún modo, su carácter social. He aquí la clave del problema: la posibilidad de tratar a los individuos de modo imparcial deriva de su condición social y de la condición social de los bienes que se distribuyen.

El problema de la división y la consecuente aplicación del principio de imparcialidad pueden analizarse con relación a dos cuestiones propias de la distribución: la clásica de la propiedad y la moderna del reconocimiento. La primera se configura como bien exclusivo (si la propiedad es mía no es de ningún otro); el segundo se configura como bien típicamente relacional (si no existe otro respecto de mí, no existe la condición básica para el reconocimiento).

La justificación de la propiedad es uno de los “nudos” tradicionales de la justicia desde la reflexión romántica hasta la actualidad.¹¹² La historia humana ha conocido un sucederse de posiciones antitéticas y conflictivas. En principio, habría que decir que del modo de entender la propiedad depende su justificación y su relevancia a efectos de la justicia conmutativa y de la distributiva. Si la propiedad se concibe como un derecho natural (perteneciente originalmente al sujeto) habrá entonces un primado de la justicia con-

¹¹² Quizá desde este punto de vista debe hacerse una distinción entre la reflexión aristotélica y la platónica, con la característica referencia a la centralidad de la *polis*, y la sucesiva reflexión sobre la justicia. La centralidad de la *polis* debe entenderse como la centralidad de lo que es común, con evidentes variables.

mutativa en los intercambios.¹¹³ Cuando la propiedad se considera como algo que debe asignarse a los sujetos, entonces esa tarea resulta un cometido propio de la justicia distributiva.¹¹⁴

Como es sabido, a diferencia de la teoría de la propiedad privada como bagaje indiscutiblemente originario¹¹⁵ (o de la progresiva identificación histórica del binomio derecho natural y propiedad privada),¹¹⁶ la tradición medieval, a partir de la romana, elaboró la denominada teoría de la posesión común de los bienes y del destino común de los recursos. En el iusnaturalismo de cuño jurisprudencial, dominante hasta el medioevo, propiedad y derecho natural no sólo son distinguidos y separados sino que frecuentemente son contrapuestos, aunque por razones de conveniencia se admite la propiedad privada, habitualmente justificada por la imperfección del hombre.

¿Qué significa la posesión y destino común de los bienes? Sin entrar en sutilezas, esta expresión se podría traducir, en términos de igualdad, del siguiente modo: el destino común expresa una igualdad *prima facie*, es decir, manifiesta la inexistencia de razones para establecer *a priori* a quién corresponde gozar o hacerse cargo de algún elemento de lo que es común. En términos distributivos significa la prohibición de asignaciones o divisiones arbitrarias (incluida en el principio normativo de imparcialidad). El crite-

¹¹³ Un ejemplo patente se encuentra en Hume, según el cual el pacto original de abstenerse de los bienes de otros está en el origen de la justicia y de la propiedad: ambas no pueden darse separadamente (*cf.* Hume, D., *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 497-499).

¹¹⁴ Desde un cierto punto de vista, la propiedad es obviamente resultado —y no presupuesto— de la distribución, en el sentido de que depende claramente de la configuración normativa de la institución.

¹¹⁵ Se trata, evidentemente, de la tesis que lleva a la identificación entre libertad y propiedad. Esta posición resulta paradigmática en el pensamiento moderno: *cf.* Locke, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, parte II.

¹¹⁶ Además del conocido estudio de Passerin d'Entrèves, A., *La dottrina del diritto naturale*, Milán, Edizioni di Comunità, 1980, cabe señalar el de Megías Quirós, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 1994.

rio para establecer si una distribución de lo común es necesaria o conveniente debe ser la *utilidad común* (el reflejo social de la distribución a los individuos): motivos de productividad, de simplificación de la coordinación social y de la gestión de los recursos o, simplemente, por respeto a la libertad individual en la utilización de los bienes. En el fondo se trata, una vez más, de revalorizar la comunidad, la pertenencia a un conjunto, aunque en esta ocasión bajo las complejas implicaciones que la división de los bienes puede acarrear. Desde esa perspectiva, la comunidad y la división mantienen una permanente tensión dialéctica. El destino común puede justificar la corrección de distribuciones nocivas o improductivas. En definitiva, la distribución de los bienes interesa a todos en cuanto que genera consecuencias para el “bien común”.¹¹⁷ El bien común no es necesariamente algo objetivizado o entificado: por bien común puede entenderse la consecución de una buena cooperación, el bien del individuo que está inserto en un contexto social o el efecto positivo de un sistema de interdependencia entre los individuos. La existencia de un bien común significa, en todo caso, que la cooperación (y todo lo que ella comporta, incluida la distribución) no es un juego de suma cero: el carácter cooperativo del conjunto genera un valor añadido que recae distributivamente sobre el todo al que se pertenece.

La exigencia de imparcialidad tiene que estar, de algún modo, estrechamente vinculada al bien común ya que el bien común no es sino una expresión del respeto al principio de imparcialidad: el bien “común” hace *pendant* con la totalidad de sujetos entre los cuales hay que dividir. Puesto que la imparcialidad exige considerar a la totalidad de los individuos interesados en la distribución, cabe afirmar que el “principio” del bien común es el correlativo a la imparcialidad, pero desde el punto de vista de los bienes.

A propósito del problema de la división, resulta particularmente relevante en la actualidad la distribución del “reconocimiento”,

¹¹⁷ En el fondo, el principio de la diferencia de Rawls es la expresión de esta instancia (*cf.* Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *cit.*, pp. 97-106).

cuyo correlativo en la concepción clásica es el *honor*. Aunque sea bajo diferentes justificaciones, tanto en la concepción antigua (el honor se funda sobre la virtud)¹¹⁸ como en la concepción moderna (las principales teorías de la justicia hablan del honor en el sentido de respeto de sí)¹¹⁹ el reconocimiento constituye el bien externo más importante —incluso más que la propiedad— porque tiene relación con la identidad.¹²⁰ En todo caso, el honor (o más sencillamente, el reconocimiento de un rol, de un mérito o de un estatus) aparece como necesariamente relacional y curiosamente autorreferencial: existe en la medida en que se continúa siendo reconocido, es decir, existe mientras se da.¹²¹ La acción misma de reconocer presenta una estructura antinómica, contemporáneamente, común y objeto de división, acto intersubjetivo y argumento para la diferenciación. El honor y el reconocimiento presuponen una pluralidad de sujetos implicados en la misma acción, pero son objeto de división porque se refieren a la individualidad. El honor y el reconocimiento son en cierto sentido paradójicos porque exigen una relacionalidad, pero no son “igualitarios”. Son portadores de diferencias y se alimentan de esas diferencias. La doble polaridad del reconocimiento recíproco acerca la justicia distributiva a la justicia conmutativa.

¹¹⁸ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1123 b 20.

¹¹⁹ El bien del respeto de sí constituye también para Rawls el bien primario más importante (cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 362). Pero, en definitiva, toda teoría centrada sobre el problema del “reconocimiento” como instancia fundamental de la vida social, se remite al honor (cfr., por ejemplo, Taylor, C., *The Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1995).

¹²⁰ La relevancia de la cuestión de la identidad en el mundo moderno es evidente a todos. La bibliografía es amplísima. Cfr. el ya citado Taylor, C., *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*; Ricoeur, P., *Sí mismo como otro*, trad. de A. Neira, Madrid, Siglo XXI, 1996; Perry, J. (ed.), *Personal Identity*, Berkeley, University of California Press, 1975; Foucault, M., *Le Souci de soi*, París, Gallimard, 1984; Oksenberg Rorty, A. (ed.), *The Identities of Persons*, Londres, University of California Press, 1976; Di Francesco, M., *L'io e i suoi sé. Identità personale e scienze della mente*, Milán, Raffaello Cortina Editori, 1998.

¹²¹ A propósito, cfr. Viola, F., *Ética e metaética dei diritti umani*, Turín, Giapichelli, 2000, pp. 1-13.

El problema de la división evidencia, por un lado, la relación dialéctica entre la individualidad y la diferencia del sujeto y, por otro, el carácter común o social de la relación de justicia. Al final, la justicia acaba aunando diferencia e igualdad. La imparcialidad, como expresión de la justicia, consiste en la *igual* consideración de las *diferencias*. No se trata de una exaltación de lo individual ni de la prevalencia totalizante de lo común.¹²² Parece obvio que un cierto grado de individualismo resulte necesario para la justicia, basta pensar en el primado de la libertad individual, la responsabilidad personal, la autonomía de la voluntad, los derechos subjetivos.¹²³ Pero resulta igualmente obvio que la justicia no tenga sentido como una estructura solipsista, no sólo en relación al tema del reconocimiento, del que ya destacamos su intrínseca intersubjetividad, sino en la totalidad de su tarea distributiva. El individuo es, por supuesto, el sujeto del derecho pero está necesariamente inserto en un contexto de interdependencia. La imparcialidad, lejos de ser un concepto simple y limitado, evidencia todas estas dimensiones.

6. *¿La imparcialidad añade algo a la igualdad?*

La igual consideración en orden a la división (y la consiguiente capacidad de reconocer diferencias relevantes) es, desde el punto de vista de la justicia distributiva, la manifestación de la igualdad proporcional. Si la igualdad se refiere a la relación entre sujetos, la imparcialidad se refiere a la actitud que debe adoptarse frente a los sujetos implicados en una relación de justicia.

¹²² Sobre la diferencia entre un individualismo “razonable” y un individualismo posesivo, presentes en la cultura occidental, *cf.* Lombardi Vallauri, L., “Diritti dell’uomo e diritto pleromatico”, *Ragion Pratica*, 18, 2002, pp. 157-167.

¹²³ En principio, parece razonable individuar una diferencia entre los derechos patrimoniales y los denominados derechos subjetivos fundamentales. Sobre el tema, *cf.* Ferrajoli, L., “Diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, 19, 2, 1998, pp. 3-48; *id.*, “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”, *Teoria Politica*, 15, 1, 1999, pp. 3-92.

A la justicia distributiva se oponen dos vicios que tienen relación con la imparcialidad: que un sujeto desee tener más (dentro de la propia parte)¹²⁴ y la eventual distribución en virtud de la cual “se tiene mayor longanimidad con unos que con otros”.¹²⁵ El *vicio* opuesto a la justicia (en su dimensión distributiva) es la “parcialidad”, en sus dos manifestaciones principales: la parcialidad relativa a uno mismo (al que se opone la moderación) y la parcialidad en relación con los otros, o sea, la inclinación a distribuir igualmente entre personas distintas o a distribuir desigualmente entre personas iguales.¹²⁶

Contrariamente al vicio de la parcialidad, la imparcialidad es característica constitutiva de la justicia distributiva. Incluye la igual consideración debida a todo sujeto implicado en la división, que se concreta en la máxima de que se debe elegir prescindiendo de quién se es,¹²⁷ y excluye la avaricia aun manteniendo el respeto debido a cada uno de los que forman parte del todo. Esto significa que la imparcialidad, en el contexto de la justicia, no sólo es un mecanismo eurístico dirigido a la eliminación de posibles prejuicios (un instrumento preventivo), sino que supone la capacidad o inclinación a reconocer lo que es debido a otro, en cuanto que otro, atendiendo también al equilibrio global. A este propósito, resulta acertada la idea de que se trata de una predisposición intelectual que se expresa de dos maneras. En la dimensión del juicio, en sentido amplio, la imparcialidad excluye los prejuicios o prevenciones sobre las partes; en la dimensión de la justicia, se orienta hacia el reconocimiento de lo que es debido a cada uno en la consideración del todo.

A diferencia de la igualdad, la imparcialidad no es la cualidad de una relación sino que consiste, específicamente, en una cualidad (una actitud, una disposición) del sujeto que juzga cuando

¹²⁴ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, 1129 b 9; *cfr.* Hobbes, T., *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 87 y 88.

¹²⁵ Hobbes, T., *Tratado sobre el ciudadano*, *cit.*, pp. 88 y 89.

¹²⁶ Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, *cit.*, II-II, q. 63.

¹²⁷ *Cfr.* Scanlon, T. M., *Contractualism and Utilitarianism*, *cit.*, p. 120.

considera las situaciones intersubjetivas, o una cualidad de la propia acción de juzgar. Parcialidad e imparcialidad son cualidades que se enervan principalmente en el juicio. Es el juicio del sujeto, parcial o imparcial, el que reconoce o no la igualdad. Lo específico de la imparcialidad es el reconocimiento del justo (igual) peso a los intereses de todos.

La perspectiva según la cual la imparcialidad es una condición conveniente para evitar distorsiones no dice mucho sobre ella. Sostener que la imparcialidad es conveniente u oportuna no es lo mismo que afirmar que la imparcialidad es *debida*. La concepción de la imparcialidad como mecanismo eurístico resulta interesante como método para identificar un resultado justo. Pero siempre cabe recurrir, en su caso, a un método mejor. De ahí que resulte crucial mostrar las razones de un eventual *deber de imparcialidad*. Examinaremos, a continuación, si efectivamente existe ese deber y si se trata de un deber ético, jurídico o político.

Pero antes de afrontar ese tema intentaremos clarificar un poco más el significado de la imparcialidad analizando las principales posiciones que sobre ella se han mantenido en la reflexión filosófica contemporánea, tanto para extraer sus fundamentos como para revisar las críticas a las que ha sido sometida.

III. UNA PROPUESTA DE DEFINICIÓN

Este tercer párrafo pretende reagrupar los datos que han ido surgiendo hasta ahora y señalar los aspectos problemáticos. Con ello contribuiremos a centrar la especificidad semántica de la imparcialidad respecto a términos afines como neutralidad, objetividad, generalidad de las normas, tercería, universabilidad, equidad. Estas consideraciones están vinculadas, a su vez, a temas más amplios, de los que nos ocuparemos más adelante pero sólo en la medida en que afectan a la imparcialidad.

Entendemos por “imparcial” el juicio realizado por una persona que se muestra objetiva, desapasionada, que no favorece (por inte-

rés o simpatía) a ninguna de las partes. Por extensión, podemos denominar “imparcial” al sujeto imparcial y a los procedimientos para garantizar la imparcialidad.¹²⁸ Esta definición general se aplica a muchos ámbitos de la experiencia humana y se convierte en la actitud adecuada en una multiplicidad de instancias: para el juez, por supuesto, pero también para el científico, el historiador, el crítico de arte, el árbitro, el padre, el docente..., en definitiva, para cualquiera que deba *juzgar*. Los ejemplos que hemos consignado se refieren a sujetos que están unidos por la característica de encontrarse en una posición particular: no sólo juzgan y valoran, sino que sus valoraciones y juicios también tienen un *peso* desde el punto de vista práctico, ya que se traducen en la resolución de conflictos, en la confirmación de una hipótesis, en la atribución de un premio o un castigo. Se trata de juicios autoritativos en los cuales la imparcialidad se convierte en el contenido del *deber* de un sujeto dotado de autoridad. La relevancia de la imparcialidad con relación a sujetos dotados de autoridad (cuyos efectos recaen sobre otros sujetos) es obviamente mayor que la imparcialidad de un juicio que sólo tiene consecuencias sobre quien lo emite. Esta es la razón por la cual la imparcialidad juega un papel fundamental en el derecho, por cuanto éste implica una regulación del poder que recae sobre muchos. También en el ámbito político la relevancia de la imparcialidad deriva de que las decisiones recaen sobre una comunidad de sujetos. También los sujetos pasivamente implicados en el juicio como observadores externos —quienes valoran desde fuera una determinada posición— pueden denominarse, por extensión, imparciales. Del mismo modo, la conclusión o el procedimiento de formación del juicio pueden denominarse imparciales.

La simplicidad de la definición no esconde la complejidad de sus afirmaciones implícitas: cada una de las cuales contribuye

¹²⁸ Se podría objetar que en el lenguaje común es preferible mantener el significado central de la imparcialidad como adjetivo que califica a la persona y no tanto al juicio. Pero, dado que la persona se muestra imparcial en el juicio, hemos considerado primario el significado relativo a esta operación.

ciertamente a precisar el significado de la imparcialidad pero, al mismo tiempo, descubre otra dimensión problemática. Hemos partido de que la imparcialidad se manifiesta, primariamente, en el juicio autoritativo; que implica una posición “activa”; que confluyen en ella la objetividad y el carácter desapasionado y que el juicio de imparcialidad implica necesariamente varias partes: veamos ahora un análisis de esta primera definición y de sus elementos como introducción al tema y marco de la investigación.

1. “Tomar partido” o sobre la diferencia entre imparcialidad y neutralidad

La imparcialidad implica una posición activa en el juicio. Esto es lo que permite distinguir, en principio, entre imparcialidad y neutralidad. La imparcialidad implica una *toma de posición* mientras que la neutralidad, en sentido estricto, comporta una abstinencia: decimos que un sujeto es neutral cuando voluntariamente no “toma partido” por ninguna de las partes.¹²⁹ El juicio, por el contrario, consiste precisamente en tomar partido en un conflicto entre partes, bajo determinadas condiciones, a favor de una o de la otra. En sentido amplio, un sujeto, un procedimiento, una institución, una estructura, es neutral cuando puede ser potencialmente compatible con cualquier tipo de elementos y con cualquier tipo de fin.

Desde el punto de vista filosófico político, la neutralidad es una característica de las instituciones políticas en virtud de la cual no toman partido respecto de determinadas preferencias de los sujetos de la comunidad. Podemos observar que “tomar partido” no significa necesariamente “preferir a una de las partes”, al igual que el abrirse indiferenciadamente a posiciones diversas (epistemológicas, éticas, culturales, sociales) puede ser ya el resultado de una to-

¹²⁹ Esta diferencia ha sido estudiada por S. Cotta, a propósito de la relación entre imparcialidad del juez y neutralidad del Estado (cfr. Cotta, S., “L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica”, *Rivista di Diritto Civile*, 30, 1984, pp. 421-432). Ver otra perspectiva de la misma idea en Fazzalari, E., “L’imparzialità del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2, 1972, p. 201).

ma de posición más que de lo contrario. Volveremos sobre esto, pero de momento entendemos correcto decir que las estructuras, procedimientos o sujetos que no favorezcan el interés de una parte son imparciales y no neutrales. La neutralidad se sitúa más bien en las cercanías de la acción que describe (o prescribe): *no tomar partido*.

En general, dentro del paradigma liberal se tiende a asimilar (confundir) imparcialidad y neutralidad. Se dice que un Estado es neutral, por ejemplo, cuando no preconice; es decir, cuando no asume como propia ninguna de las múltiples posiciones presentes en una comunidad política. Contra la idea del Estado como auténtico portador de instancias sociales, la concepción liberal propone que las instituciones públicas sean *neutrales* respecto de las preferencias de los individuos que constituyen la comunidad política. Sin embargo, tal afirmación comporta, en realidad, el reconocimiento de la prioridad de las preferencias de los individuos sobre las estatales y la distinción entre la esfera pública y la privada. Las diferencias se reconducen básicamente hacia la esfera privada y, en ese sentido, son de algún modo “negadas”. En cualquier caso, una verdadera y auténtica neutralidad es imposible.¹³⁰

En definitiva, podemos distinguir de manera solvente entre imparcialidad y neutralidad si nos fijamos en que la neutralidad admite la abstención del juicio —no tomar partido— mientras la imparcialidad, como estructura del juicio, debe necesariamente tomar partido.

2. *Imparcialidad, intersubjetividad, universabilidad y generalidad*

Que la imparcialidad se manifieste en la acción de juzgar supone una actitud activa y no pasiva, pero indica algo más: el hecho de adscribir la acción imparcial a un ámbito preciso de la actividad

¹³⁰ Con relación al paradigma liberal, *cfr.*, por todos, Verza, A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Milán, Giuffrè, 2000.

humana: el ámbito del juicio. En sentido amplio, juzgar significa discernir, examinar, valorar, distinguir... acciones todas ellas intuitivamente adscribibles a la razón.¹³¹ Hay que determinar, pues, en qué consiste el juicio, cuál es su dinámica, qué papel juega en él la imparcialidad y la eventual especificidad del juicio en los distintos ámbitos: ético, político y jurídico.

Más allá de las diferencias estructurales —que ya hemos con-signado— y de la especificidad de los ámbitos de referencia (ética, política, derecho) que abordaremos luego, desde el punto de vista del objeto, podemos distinguir por un lado el juicio ético y por otro el juicio político y jurídico. El juicio ético se pone en marcha para reponder a dos cuestiones: qué se debe hacer (en sentido subjetivo) y qué es bueno hacer (en sentido objetivo). La vinculación entre el juicio ético y la acción individual nos lleva a pensar que en el terreno moral lo relevante es el concepto de imparcialidad epistemológica, una especie de rectitud en el juicio conectada con un ámbito residual de la ética y la moral que es la justicia e independiente del concepto de imparcialidad ligado a la intersubjetividad.

El juicio político y jurídico se diferencia del ético porque su objeto se caracteriza precisamente por la intersubjetividad. La justicia articula y da forma a los contextos jurídicos y políticos mientras que los juicios éticos se refieren propiamente a cuestiones subjetivas. Aunque esto no es cierto de modo absoluto, puede admitirse que el juicio ético es *primariamente* un juicio de la conciencia individual mientras que los juicios políticos y jurídicos se proyectan sobre relaciones intersubjetivas.

El carácter intersubjetivo del juicio presenta dos vertientes distintas. Por una parte, concierne al objeto del juicio, o sea, al conjunto de las acciones implicadas en el juicio; por otra, se refiere al método de indagación y valoración. Sólo si se simplifica mucho la perspectiva kantiana (el derecho se refiere a las acciones externas

¹³¹ Se podría objetar que la ética no infiere en la razón, pero renviamos el tema al análisis realizado en el capítulo segundo.

y la moral a las internas)¹³² se puede eliminar la dimensión intersubjetiva de la ética desde el punto de vista de la acción. Aún así, se podría mantener esa dimensión intersubjetiva con relación al método. En ese sentido, resulta inevitable referirse a la intersubjetividad en cuanto que sometida a la misma modalidad de explicación que la facultad kantiana del juicio: búsqueda de la universalizabilidad y del consenso. Aún admitiendo que los juicios éticos son sólo subjetivos en cuanto al contenido, podría afirmarse la pertinencia del método intersubjetivo. Los juicios políticos y jurídicos presentarían una relación con la intersubjetividad desde la óptica del objeto de la acción y desde el método.

La dimensión intersubjetiva afecta también al conjunto de los sujetos pertenecientes a la misma clase. En sentido etimológico, la imparcialidad reclama el “todo”, de ahí que parcial, por contraste, signifique incompleto. Parcial deriva de *parte* que, a su vez, deriva de la raíz sánscrita *par* o *prnati*, cuyo sentido original es aquello que se asigna, aquello que se cumple, termina, o completa el todo. Estamos ante un aspecto del significado de imparcialidad bastante relevante para la justicia distributiva, ya que ésta se encuentra relacionada con la división, la asignación de cuotas, recursos o libertades y, al mismo tiempo, con la idea de pertenencia a un conjunto. La distribución y la división presuponen que exista un todo, sea de sujetos entre los cuales dividir, sea de algo que deba dividirse. Ahí radica la importancia del carácter intersubjetivo de la imparcialidad.

Ciertamente podría individuarse una referencia a la imparcialidad con relación a uno mismo: se es imparcial cuando no se pretende favorecer a la propia parte.¹³³ Pero con ello, lógicamente, se está presuponiendo una ineludible relación con otras partes.

En sentido intuitivo la intersubjetividad está vinculada a la reciprocidad, pero ésta no se identifica con la imparcialidad. Considerando las dos dimensiones de la imparcialidad, se aprecia cómo

¹³² Esta lectura no es obviamente correcta. Algunas observaciones críticas al respecto pueden verse en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 168 y 169.

¹³³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1130 b 10, 21-5. Entendemos que este aspecto es marginal.

ambas se corrigen y se equilibran una a la otra. La imparcialidad-objetividad podría justificar en algún caso una imparcialidad unilateral (que no encuentra una correlativa imparcialidad del otro), siempre que existan razones para ello. Pero una imparcialidad fundada sobre esas razones podría degenerar en paternalismo. Precisamente la imparcialidad-justicia y el equilibrio que ella representa impiden esta conclusión.¹³⁴

El paso de la intersubjetividad a la universalidad y de ésta a la universalizabilidad, se proyecta sobre un campo potencial: el auditorio o el público universales. La universalidad implica la existencia de clases constituidas, de delimitaciones de los diversos “todos”; es decir, la universalidad entra en juego una vez definida la totalidad. La universalizabilidad, como criterio, en cambio, es estructuralmente abierta. En ese sentido, la imparcialidad es más afín a la universalidad que a la universalizabilidad, en cuanto que tiende hacia una progresiva inclusión. En principio, pues, si hay imparcialidad, existe presumiblemente la posibilidad de universalizabilidad y viceversa.

La universalidad está vinculada con la generalidad y resulta emblemática como requisito de las normas. En sentido derivado, también está presente en la abstracción y en la tipicidad de la acción,

¹³⁴ La contraposición entre imparcialidad y reciprocidad es un tema recurrente en la filosofía política contemporánea, dado que los miembros de la comunidad política son por excelencia sujetos libres e iguales. Haría falta ver caso por caso qué se entiende por imparcialidad y por reciprocidad. La observación consignada en el texto es suficiente para evidenciar que ambas nociones no se identifican, además de cuestionar que la reciprocidad pueda convertirse en un criterio autosuficiente en la teoría política. Como es sabido, J. Rawls ha insistido sobre la centralidad de la reciprocidad (por ejemplo, *El liberalismo político*, trad. de A. Domenech, Barcelona, Crítica Grijalbo-Mondadori, 1996, pp. 58-62). El tema es también relevante en el campo político, sobre el que volveremos, pero de momento remitimos a la ilustrativa comparación entre justicia como mutua ventaja, reciprocidad e imparcialidad, en Gutmann, A. y Thompson, D., *Democracy and Disagreement. Why Moral Conflict Cannot be Avoided in Politics, and what should be done about it*, Cambridge-Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996, en el capítulo segundo, *The Sense of Reciprocity* (pp. 52-94).

propias del concepto de ley.¹³⁵ De este modo, la imparcialidad es la característica principal de una legislación justa que excluye el particularismo y los privilegios. El legislador, por medio de las leyes generales y abstractas, plantea la igualdad respecto de una clase de sujetos sin favorecer a ninguno de ellos y respecto de una acción típica que engloba una multiplicidad de acciones con las mismas características. En la generalidad y en la abstracción de la ley hay que constatar, pues, la voluntad firme de un legislador imparcial: es el signo de la imparcialidad que se perpetúa constantemente en el tiempo.¹³⁶

La imparcialidad, desde este punto de vista, pertenece a la legislación entendida en sentido general: la mejor expresión de este significado de imparcialidad la encontramos en la concepción kantiana de ley moral.¹³⁷ En ella, la imparcialidad se contrapone a la equidad (que atiende a la concreción de la acción y del caso) y a la unicidad de cada individuo, justificando eventualmente excepciones y derogaciones.¹³⁸

3. *Objetividad y desapasionamiento*

Reconducir la acción imparcial a una operación de la razón según sus dos características —objetividad y desapasionamiento— significa plantear dos importantes problemas gnoseológicos. El primero consiste en que la objetividad cuestiona el alcance del conocimiento: trata de ver si es posible formular juicios objetivos y

¹³⁵ Una reconstrucción de los posibles significados de norma o ley se encuentra en el primer capítulo de Wright, G. H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979. Sobre la generalidad y abstracción de las normas y sobre sus presupuestos ideológicos, *cfr.* Bobbio, N., *Teoria della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958.

¹³⁶ La definición de los juristas romanos según la cual la justicia es la *constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D. I, 1; Inst. I, 1), es aún válida (*cfr.* Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, *cit.*, p. 273).

¹³⁷ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *cit.*, § 402.

¹³⁸ Véase el párrafo dedicado a la relación entre equidad e imparcialidad en el capítulo relativo a la experiencia jurídica.

qué cabe entender por objetividad del juicio. El segundo problema tiene que ver con que el carácter desapasionado cuestiona, en cambio, las dinámicas cognoscitivas: la relación entre la razón y el resto de los elementos que pueden pesar en la valoración (las *emociones*, los *sentimientos*, los *deseos* y las *pasiones*).

El carácter desapasionado del sujeto que juzga recuerda la definición clásica de imparcialidad como “razones sin pasiones”.¹³⁹ La exclusión de las pasiones o, más en general, de los deseos, emociones o sentimientos hace muy problemática la dinámica del conocimiento y aún más la motivación de la acción; o sea, la posibilidad de que la razón pueda impulsar la acción de algún modo.

La pretensión de objetividad derivada de la ausencia de sentimientos y de pasiones, de relaciones relevantes y de afectos, resulta impracticable donde razonablemente hay que tenerlos; en particular, desde una perspectiva moral y política.¹⁴⁰ Obviamente, la imparcialidad excluye del juicio sólo aquellas emociones, deseos o sentimientos *irracionales e injustificados*. La razón y la justificación son un “límite” a las pasiones, a los intereses y a los afectos. Partiendo de ahí, debemos rechazar —aunque parezca intuitiva— la idea de que la imparcialidad excluye “cualquier” pasión. Por el contrario, si es el resultado de un juicio deliberado, la imparcialidad podría implicar el reforzamiento de las pasiones, de los afectos o de los intereses. Lo que resulta indispensable es la medida, el criterio; en última instancia, la justificación de la pasión, del afecto o del sentimiento de que se trate.¹⁴¹

Con relación al ámbito ético, político y jurídico, la objetividad se afirma o se niega por parte de quien sostiene o rechaza el objetivismo o cognitivismo en estos campos. Sin embargo, está claro que cuando se habla de objetividad del juicio práctico, no nos inte-

¹³⁹ Aristóteles, *Política*, *cit.*, 1287 a b.

¹⁴⁰ *Cfr.* Friedman, M., “Impartiality”, voz en Jaggard, A. M. y Young, I. M. (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1998, pp. 393 y 394.

¹⁴¹ *Cfr.*, por todos, Walzer, M., *Reason, Politics and Passion*, Frankfurt, Fischer Taschenbuch Verlag, 1999.

rogamos sobre la correspondencia con los “hechos”, sino que nos referimos, sobre todo, a predisposiciones subjetivas y a métodos de indagación.¹⁴²

A la idea de imparcialidad como capacidad de formular juicios objetivos, se subordina la convicción de que para ser justos no podemos mirar las cosas desde un solo punto de vista.¹⁴³ Esta simple afirmación es de fundamental importancia para comprender la ética, la política y la experiencia jurídica contemporánea. La idea tiene, sin embargo, resonancias antiguas: si la justicia consiste en la adecuación, en la proporción, todo lo que es desproporcionado es, en última instancia, injustificado.¹⁴⁴ Se trata de una caracterización excesivamente genérica de la justicia, pero constituye una dimensión irrenunciable de su contenido, en cuanto que vincula justicia y justificación, o dicho de otro modo, justicia y razones.

La idea de que la única motivación propiamente moral radica en justificar las propias decisiones de manera imparcial,¹⁴⁵ constituye el núcleo básico de toda concepción ética: desde la regla áurea hasta el imperativo categórico kantiano. De ahí que se haya afirmado que todas las concepciones sobre la moralidad (antiguas y modernas) tienen en común

that the justification of an ethical principle cannot be in terms of any partial or sectional group. Ethics takes a universal point of view... Ethics requires us to go beyond “I” and “You” to the universal law, the

¹⁴² Cfr. Hare, R. M., *Moral Thinking. Its Levels, Methods and Points*, Oxford, Oxford University Press, 1981, cap. XII, 2.

¹⁴³ El profesor Lombardi Vallauri me ha sugerido una fórmula que expresa bien la identificación parcial entre imparcialidad y objetividad: “la objetividad es la imparcialidad con las cosas, mientras la imparcialidad es la objetividad con las personas”. Como venimos diciendo, a nosotros nos interesa la segunda cuestión, en cambio, la objetividad en el conocimiento de las cosas indica un problema epistemológico de alcance general. Éste interesa en relación con las acciones.

¹⁴⁴ Cfr. Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., II-II, q. 59, a. 2.

¹⁴⁵ Barry, B., *Teorías de la justicia*, trad. de H. Rubio, Bardelona, Gedisa, 1995, p. 302.

universalizable judgement, the standpoint of the impartial spectator or ideal observer, or whatever we choose to call it .¹⁴⁶

Más allá de las fórmulas concretas de la universalización, el núcleo principal de la cuestión es la relación entre la exigencia de razones y la afirmación de lo que se quiere defender.

Desde el punto de vista filosófico-jurídico, la idea de que el motor de la justicia es el deseo de actuar de acuerdo con los principios que ninguna persona pueda razonablemente rechazar, unifica a todas las concepciones de la justicia y del derecho centradas sobre la argumentación.¹⁴⁷ Ni siquiera en la óptica política es posible, como veremos, eliminar la relevancia de la comunicación de las razones, de la deliberación, de la argumentación: en eso radica la “posibilidad” de la imparcialidad.

La objetividad requiere también —como corolario “negativo” de la objetividad de las razones— que quien juzga no esté previamente inclinado hacia una de las partes. La imparcialidad, entonces, se presenta como un “deber ser” y la inclinación hacia el partidismo como un vicio que debe ser corregido. El contenido mínimo del valor de la imparcialidad es precisamente éste. Las críticas más importantes que se han vertido sobre la imparcialidad nacen de la exacerbación de la tesis que sostiene que es posible juzgar prescindiendo de quién se es; es decir, poniendo entre paréntesis la propia identidad y suspendiendo todas las pasiones e inclinaciones. Ciertamente, no se puede juzgar desde *ningún* lugar y, ciertamente, la identidad es portadora de parcialidad. La superioridad de la visión jurídica de la imparcialidad reside, precisamente, en

¹⁴⁶ Singer, P., *Practical Ethics*, *cit.*, p. 11. En su caso se trata de una forma de utilitarismo, en el sentido de que la justificación comporta que se deba tener en cuenta el interés de todos aquellos que están implicados en la decisión.

¹⁴⁷ Para una reseña de las principales teorías, *cfr.* Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. *Cfr.* también, Eemeren, F. H. van *et al.*, *Fundamentals of Argumentation Theory. A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments*, Mahwah, LEA, 1996.

plantear un modo determinado de resolver el conflicto entre la identidad del que juzga y la imparcialidad en el juicio.

IV. LA IMPARCIALIDAD EN EL DEBATE JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

El tema de la imparcialidad recorre toda la reflexión sobre la justicia del pensamiento occidental desde sus orígenes. La reflexión filosófico-política contemporánea ha remarcado esa centralidad de dos maneras distintas. De una parte, son muchas las teorías de la justicia que hacen uso de la imparcialidad como concepto fundamental, aunque desde distintos puntos de vista. De otra parte, la imparcialidad se ha convertido en una fuente habitual de críticas. Nosotros abordaremos ahora ese doble objetivo: examinar las principales concepciones sobre la imparcialidad en la filosofía contemporánea y analizar las críticas que sobre ella se han vertido.

Conviene señalar que el escenario en el que se desarrolla la imparcialidad no se suele realizar una adecuada distinción entre la reflexión de carácter ético, político y jurídico, en sentido amplio (sobre todo en lo relativo a los derechos). Veremos, por ello, más adelante las peculiaridades de cada campo.

La imparcialidad se ha presentado como un criterio de justicia alternativo a la ley del más fuerte,¹⁴⁸ es decir, un criterio que debería presidir todas las relaciones de la vida política para adecuarlas a la justicia. De la reflexión de Rawls, sea como fuente de inspiración sea como objetivo crítico o, incluso, como interlocutor, ha surgido un particular interés por la justicia como imparcialidad.¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Barry, B., *Justice as Impartiality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

¹⁴⁹ Podemos encontrar una confirmación en el debate interno del paradigma rawlsiano, y también en el intercambio entre Rawls y Habermas, así como en el eco de las obras rawlsianas en el pensamiento de Ricoeur o de Alexy. Sobre este punto, *cfr.* Kymlicka, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 50-76.

Más que la referencia a Rawls, lo que caracteriza el paradigma de la imparcialidad son dos ideas ampliamente aceptadas: se puede argumentar a propósito de la justicia —indirectamente, la identificación entre injusticia y acción injustificada— y la tesis normativa del respeto a la dignidad de las personas y el reconocimiento de su identidad. Estas dos instancias no son, a primera vista, plenamente compatibles, antes bien, revelan una tensión interna. Por un lado, la imparcialidad viene requerida por la exigencia argumentativa de la despersonalización; la igualdad, por otro lado, es introducida por la exigencia de la identidad, con el fin de tener en cuenta las particularidades de la dimensión personal y colectiva. La solución de este dilema es el desafío de construir la dignidad de las personas y su condición social y política; un desafío que ha sido recogido por estudiosos de cuño aristotélico, kantiano y utilitarista, que persiguen ese objetivo por caminos muy diversos.

Echando un vistazo general al modo en que las teorías de la justicia afrontan el tema de la imparcialidad, podemos distinguir dos líneas principales: considerar la imparcialidad como un principio eurístico, que permite la individuación de un punto de vista privilegiado para la determinación de principios “objetivos”; o bien, identificarla con una actitud o valor central, la regla fundamental de una ética fundada sobre el respeto de las personas en virtud de su igual dignidad. En la primera concepción se utilizan los modelos del observador ideal, de la mirada desde ningún lugar, del punto de vista equilibrado, de la posición originaria, de la tercería, o del principio de universalizabilidad. Desde la segunda concepción, la imparcialidad asume la forma de principio ético normativo que implica la necesidad de justificar de modo aceptable el diferente tratamiento de las partes en litigio. En muchos casos, el principio de imparcialidad se funda sobre la asunción de la igual consideración y respeto; así, la dimensión metodológica resulta subordinada a la normativa, en el sentido de ser una consecuencia natural.¹⁵⁰ La

¹⁵⁰ Concuerdan sobre este punto, Barry, B., *Justice as Impartiality*, cit.; Dworkin, R., *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, cit.; Ferra-

eventual diferencia entre estas dos perspectivas reside, en efecto, en la diversa consideración entre el plano metodológico y el normativo; así como en la prevalencia de uno sobre el otro. En general, puede afirmarse que la idea actual, en el seno de las teorías de la justicia, es la de considerar la imparcialidad como principio normativo indiscutido y derivar de él ciertos criterios metodológicos con la mediación del principio de igualdad. La imparcialidad se manifiesta, pues, como un principio moral que se traduce en exigencias epistemológicas y lógicas.

1. *Imparcialidad como despersonalización*

En el marco de la filosofía ético-política contemporánea —como es sabido— la obra de Rawls *A Theory of Justice*, publicada en 1971, ha supuesto un momento crucial en el debate sobre la justicia. Su punto de partida es muy significativo para el tema que nos ocupa, por cuanto consiste en una crítica a la concepción de imparcialidad ofrecida por la doctrina utilitarista: “el error de la doctrina utilitarista es el de cambiar despersonalización por imparcialidad”.¹⁵¹ La idea de fondo de Rawls es, por el contrario, que atender a los intereses de los individuos —y no el excluirllos— es el punto de partida de la acción colectiva que toda teoría de la decisión racional intenta determinar.

Dejando aparte, por el momento, la cuestión sobre el sentido en que Rawls pueda ser considerado “imparcialista”¹⁵² y la estructuración de su teoría, examinemos ahora su análisis del utilitarismo y su crítica a la imparcialidad bajo la fórmula del observador imparcial y benevolente.¹⁵³ Es indicativo que Rawls

ra, A., *Justice and Judgement*, cit., pp. 202-230; Kymlicka, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, cit.

¹⁵¹ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 166.

¹⁵² Cfr. Barry, B., *Teorías de la justicia*, cit., parte II.

¹⁵³ Entre los utilitaristas, Rawls hace una referencia explícita a Adam Smith. Su crítica a la perspectiva del observador imparcial y benevolente responde, no obstante, a una síntesis que recuerda el influjo de Smith y de Hume.

incluya también en su crítica, junto al utilitarismo, otras posiciones no utilitaristas pero asimilables a él en la metodología de identificación de los principios éticos. Tal es el caso, por ejemplo, de algunas formas de altruismo, en cuanto que promueven también el método del observador imparcial.¹⁵⁴

Más allá de sus variantes, el utilitarismo en su formulación tradicional, introduce la idea de la justicia como bienestar que debe ser maximizado y la idea de que los sujetos deben ser maximizadores de felicidad. No obstante, a Rawls no le interesa tanto la sustancia de la teoría utilitarista como teoría del bien identificado con lo útil, con el placer, con las preferencias,¹⁵⁵ cuanto el aspecto metodológico de individuación de lo justo. En el fondo, su teoría de la justicia no se dirige a la definición de lo que es justo, sino a establecer un método para poder determinarlo. Rawls pretende mostrar la superioridad de la posición originaria respecto al método del observador *simpatético e imparcial*; si bien, la crítica metodológica viene precedida de una objeción general respecto del plano de los derechos y de la separabilidad de cada una de las personas.¹⁵⁶ La posición de Rawls se apoya sobre el presupuesto de la igualdad de los derechos individuales y de su superioridad sobre las consideraciones de utilidad general.

La conexión que Rawls señala entre la concepción utilitarista y la perspectiva del observador imparcial remite tanto a Smith como a Hume, pero no siempre es cierto que ambas estén conectadas epistemológicamente. La explicación de esta conexión se encuen-

¹⁵⁴ Por ejemplo, Nagel. *Cfr.* Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *cit.*, p. 167.

¹⁵⁵ En cuanto a las dificultades ligadas a las distintas concepciones de preferencias y su relevancia, *cfr.* Celano, B., “Giustizia e preferenze: un inventario di problemi”, *Ragion Pratica*, 9, 1997, pp. 13-33.

¹⁵⁶ Otro autor que ha criticado el utilitarismo es A. K. Sen. Su crítica parte de los derechos: en primer lugar, según el utilitarismo, el individuo es una rastreador de utilidad y no un sujeto de derechos; en segundo lugar, mientras para el cálculo utilitarista las preferencias deben ser ordenadas sin solución de continuidad, los derechos son áreas de discontinuidad. En tercer lugar, en la suma total, se pierden, o bien la identidad de los individuos, o su separabilidad. Desde este punto de vista, Sen es deudor de Rawls, como veremos más adelante (*cfr.* Sen, A. K. y Williams, B., *Utilitarianism and Beyond*, *cit.*, introducción).

tra en el primer capítulo de su obra, donde Rawls explica las razones de su preferencia hacia la perspectiva contractualista. Desde la perspectiva utilitarista, puesto que es justo para un individuo maximizar la realización de sus deseos, es igualmente justo para la sociedad maximizar la suma total de su satisfacción. Por tanto, el modo más natural de llegar a la justicia —no el único, claro— será adoptar para la sociedad, como totalidad, el estilo de elección racional de un hombre capaz de asumir los deseos de todos. Tal posición es ejemplarmente asumida por el observador imparcial y benevolente, es decir, aquel que está en condiciones de asumir sobre sí los deseos de todos.¹⁵⁷

Una decisión política, social o institucional sería justa, desde el punto de vista utilitarista, en la medida en que fuera aprobada por un observador benevolente e imparcial. En la concepción rawlsiana, por el contrario, una decisión sería justa sólo si es susceptible de ser tomada desde la posición original; es decir, por parte de individuos preocupados de sus propios intereses e indiferentes a los intereses de los otros, pero tras un velo de ignorancia que los sitúa en la condición de no saber cuál será su posición real en la sociedad. La crítica de Rawls al utilitarismo se realiza en la confrontación entre dos métodos. La característica fundamental del observador imparcial es la capacidad de asumir un punto de vista privilegiado: la capacidad de ver lo que es conveniente desde el punto de vista “general” o punto de vista del interés general. Esta perspectiva privilegiada, según los utilitaristas, se obtendría mediante la concentración de todos los intereses en un único sujeto (utilitarismo clásico) o a través de la fragmentación de un sujeto en muchos, debido a una autoidentificación con los intereses de todos (posiciones altruistas). En el fondo, se trata de dos soluciones problemáticas para la subjetividad.

En opinión de Rawls ambas posiciones son inaceptables. La disolución del interés personal en el interés general no respetaría el presupuesto esencial de cualquier teoría de la justicia: la premi-

¹⁵⁷ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., § 5 y §§ 28, 29 y 30.

nencia del individuo y de sus derechos. La carencia principal del altruismo es, en cambio, su carácter contraintuitivo como sistema ético: sobre la base del primado de los derechos individuales es impensable la renuncia al interés personal y su “con-fusión” con los intereses de los otros. Por otro lado, metodológicamente, un acuerdo entre perfectos altruistas sería imposible. La misma posibilidad de ser altruista está comprometida desde el momento en que no se asuma que existen puntos de vista, deseos o preferencias independientes, o sea, la existencia de sujetos no altruistas. En definitiva, si todos son altruistas y sólo altruistas nunca se elegirá ningún principio de justicia¹⁵⁸ debido a la indeterminación de las opciones. En todo caso, tanto el utilitarismo como el altruismo prescindan del carácter irreductiblemente personal de los deseos y de la conveniencia de que esto permanezca así.

Ahora puede entenderse la razón por la cual el mecanismo del observador imparcial conduce necesariamente hacia la despersonalización, porque todos los sistemas individuales de deseos confluyen en un único sistema universal de deseos —el interés general— capaz de garantizar una adhesión de todos, pero a cambio de perder el carácter individual y personal de los deseos. La razón última de esta defensa del deseo personal hay que reconducirla al primado del derecho subjetivo pero también (y sobre todo) a un bien con el que las teorías de la justicia deben contar siempre: el pluralismo. En efecto, Rawls señala a ambas visiones (utilitarismo y altruismo) como incompatibles con el pluralismo.

Podríamos ir más lejos y sostener que la crítica de Rawls al observador imparcial se apoya, además de en la defensa del pluralismo, en el reconocimiento del derecho de cada individuo a la *diferencia*. Eso desvela el núcleo fundamental de la filosofía política y jurídica actual: la razón real de la oposición a la despersonaliza-

¹⁵⁸ En realidad, la posición de Nagel está centrada en la posibilidad de distinguir entre razones objetivas y subjetivas. Son objetivas aquellas razones para que una persona persiga un fin (que deben ser convalidadas) que cualquiera pudiera hacerlo si fuera en su lugar. *Cfr.* Nagel, T., *The Possibility of Altruism*, Princeton, Princeton University Press, 1970, pp. 51-56.

ción no es tanto el problema metodológico de la posibilidad o no de adquirir un punto de vista privilegiado, sino la defensa del derecho de los individuos a tener intereses personales diversos y la defensa del carácter inalienable de este derecho. Esta perspectiva se radicalizará todavía más con la crítica feminista a la imparcialidad, pero ya está presente en Rawls. No obstante, debemos subrayar que los presupuestos sobre los que él construye su teoría de la justicia y sobre todo su concepción de la racionalidad conducen, paradójica y significativamente, *a la negación de la diferencia y del pluralismo* bajo diversos puntos de vista metodológicos y sustanciales.

El problema de Rawls está en la imposibilidad de salvar contemporáneamente las diferencias y las exigencias comunes; es decir, el problema del conflicto irreductible entre dos principios: el de la cooperación y el de la separabilidad de las personas. Puede verse aquí, en efecto, una vieja dificultad que ya habíamos encontrado en la concepción de la razón práctica de Kant. La acentuación del carácter lógico del universal hace difícil el mantenimiento de las diferencias individuales: la pertenencia categorial se obtiene, así, a fuerza de abstraer, de prescindir de todo lo que no es común. El vínculo que Rawls mantiene entre la imparcialidad y el proceso de abstracción no le permite salvar la tendencia a la homogeneización (propias del utilitarismo y del altruismo) que era lo que pretendía combatir, recayendo en el cálculo despersonalizado de los intereses para hacer posible una elección justa. Veamos esto con detalle.

Para Rawls la imparcialidad también está garantizada por un mecanismo eurístico definido por la posición originaria y caracterizado por la posibilidad de considerar las cosas *sub specie aeternitatis*.¹⁵⁹ Bajo esta óptica, no hay duda de que el procedimiento para el acuerdo en la posición originaria se coloca sin solución de continuidad en la tradición moderna del observador imparcial,¹⁶⁰ pero con importantes matices. La perspectiva del observador ideal

¹⁵⁹ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 477.

¹⁶⁰ Véase, también, Platón, *La República*, trad. de F. Larroyo, México, Porrúa, 1991, 514 a-521 b; *Las Leyes*, trad. de F. Larroyo, México, Porrúa, 1993, 804 b.

y benevolente, propia de la concepción utilitarista, debe ser ahora definida, en opinión de Rawls, *desde la parte de los propios contendientes*; o sea, la imparcialidad deja de ser la característica de un punto de vista y pasa a ser una cualidad de las partes. Es lícito preguntarse, entonces, qué estatuto posee esa cualidad: si se trata de una cualidad racional o moral. La primera conclusión que puede extraerse, en todo caso, es que la teoría rawlsiana no conduce a la eliminación de la imparcialidad.¹⁶¹

El verdadero punto de conflicto entre Rawls y el utilitarismo es otro distinto. En el tratamiento de la imparcialidad, el utilitarismo tiene que añadir al principio metodológico del observador imparcial el sentimiento de la benevolencia. De la convergencia de estos dos principios deriva la imparcialidad. Quiriendo evitar la asunción de la benevolencia —demasiado comprometedora para el sujeto y abundantemente desmentida por el comportamiento humano—, Rawls oscila entre dos polos: considerar que la imparcialidad deriva de la situación misma en que se realiza la elección de los principios de justicia y considerar la imparcialidad una presuposición no sentimental, sino racional de la parte interesada en alcanzar un acuerdo.

En este momento habría que preguntarse si existe una diferencia epistemológica real entre el método utilitarista y la posición originaria. Según Rawls, las diferencias son muchas. Desde el punto de vista de las motivaciones, en la posición originaria las partes se mueven por intereses personales y no por el interés general. Desde el punto de vista de la actitud ante los intereses de los otros, frente a la actitud natural de “simpatía” del utilitarismo o la actitud “moral” del altruismo, en la posición originaria las partes se desentienden de los intereses de los otros. La principal y funda-

¹⁶¹ La crítica de Cottingham a Rawls, según el cual la imparcialidad es un “metarequirement demanding consistency in the application of rules” (*cf.* Cottingham, J., “Impartiality”, voz en Craig, E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998, versión electrónica), no es válida porque identifica imparcialidad e igualdad o justicia formal, que Rawls se cuida bien de distinguir.

mental condición de las partes en la posición originaria es de carácter cognitivo: *la privación de cualquier tipo de información relevante* hace posible la elección justa. La razón de la insistencia de Rawls sobre este punto viene del convencimiento de que sólo bajo tal condición cognitiva, significativamente fundada sobre la abstracción, se puede asegurar una elección correcta de los principios de justicia. Esa privación de información sobre la futura posición en la sociedad sitúa a cada parte en condiciones de correr un verdadero riesgo.¹⁶²

Es como si Rawls pensara que la sola sospecha de no poder encontrarse realmente en cualquier posición dentro de la sociedad llevara a la elección de principios de justicia “parciales”. Dado que el individuo tiende a perseguir sus propios intereses, para él lo racional es, en un contexto de riesgo, elegir aquello que le ofrece mayores posibilidades de éxito. En definitiva, la posición de Rawls pretende asegurar un resultado imparcial en la elección de los principios de justicia por parte de quien mira al propio interés y utiliza procedimientos racionales para conseguirlo. Parece evidente que, para Rawls, aquello que es susceptible de racionalidad no es tanto la justicia en sí misma cuanto la propia utilidad, cosa importante a la hora de valorar su pensamiento. Aunque en honor a la verdad, la progresiva disociación entre racionalidad y razonabilidad —clara en el desarrollo de su reflexión— y la conexión entre

¹⁶² Nozick distingue entre la posición de Rawls y la de Harsanyi bajo la óptica del riesgo. En la teoría de Rawls, la persona que ignora su posición decidirá “under uncertainty”, mientras en la teoría de Harsanyi (por ejemplo, Harsanyi, J., “Cardinal Utility in Welfare Economics and in Theory of Risk-taking”, *Journal of Political Economy*, 61, 1953, pp. 434 y 435) el individuo elegiría de verdad en situación de riesgo, en el sentido de que elige como si hubiera “an equal chance” de convertirse en cualquiera de las personas de la sociedad. Según Nozick, sólo este último actúa “under risk”. *Cfr.* Nozick, R., *Invariances. The Structure of the Objective World*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2000, pp. 284-301. Sobre el papel del riesgo en la sociedad globalizada, *cfr.* Giddens, A., *Un mundo desbocado. La influencia de la globalización en nuestras vidas*, trad. de P. Cifuentes, Madrid, Taurus, 2000.

ésta y el principio de cooperación deben llevarnos a redimensionar la última de nuestras observaciones.¹⁶³

Dejando aparte la evolución del pensamiento de Rawls, el único modo de dar razón de su teoría de la justicia es tomar conciencia de las cláusulas necesariamente implícitas en la posición originaria, en particular, de una fundamental como es la imparcialidad. Pero ¿la imparcialidad incorporada por las partes en esta posición sigue siendo una exigencia de racionalidad estratégica o es algo más? Si afirmamos que “en la práctica, seguramente, cada uno tenderá a considerar las cosas desde el propio punto de vista” y que “aunque se consiga evitar el interés personal más inmediato, siempre hay un partidismo más sutil, que es el que nos hace favorecer a aquellos individuos que nos son más afines por personalidad o mentalidad”,¹⁶⁴ entonces no se entiende cómo es posible que las personas puedan alcanzar un acuerdo.¹⁶⁵ Es más creíble, en cambio, que la idea fundamental de la justicia como imparcialidad consista en “el deseo de actuar justamente, de comportarse de un modo defendible imparcialmente”,¹⁶⁶ y que este deseo moral esté en la base del planteamiento contractualista.

A la vista de lo anterior valdría la pena preguntarse si el tipo de racionalidad requerido por la posición originaria —la racionalidad estratégica, orientada a perseguir los propios intereses y a calcular los riesgos— es suficiente (y adecuada) una vez asumida la actitud imparcial o si, por el contrario, la actitud imparcial modifica, cuali-

¹⁶³ Cfr. Rawls, J., *Liberalismo político*, cit., lect. II; id., *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. de A. De Francisco, Barcelona, Paidós, 2002, pp. 23-27.

¹⁶⁴ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 361.

¹⁶⁵ La dificultad de Rawls es común a Kant y consiste en la convivencia de los principios imparcialista y contractualista. Entendiendo en sentido amplio el término política, se puede dar razón a quien sostiene que “la ética kantiana, aunque pueda sustraerse a la ‘falacia naturalista’... consigue finalmente fundar racionalmente una ética individual, pero no la política, que, en efecto, en Kant permanece apoyada sobre bases puramente contractualistas, o sea, voluntaristas y decisionistas” (Berti, E., *Le vie della ragione*, cit., p. 68).

¹⁶⁶ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., pp. 392 y 393.

tativamente también, el tipo de racionalidad. Lo veremos más adelante.

En la afirmación de Rawls, la imparcialidad en la posición originaria no deriva —y esto es lo decisivo— del sentimiento de benevolencia o de la capacidad de mirar las cosas desde un punto de vista común, sino de la exigencia de racionalidad en contextos decisionales desprovistos de ciertas informaciones cruciales. Así pues, en determinadas condiciones, sería racional (según esta idea de la racionalidad estratégica) ser imparcial. La imparcialidad no nace del ejercicio de una virtud como el entendimiento o el sentido común, ni tampoco de las exigencias lógicas de universalidad, de la propia intersubjetividad o de sentimientos innatos: nace simplemente de un dato “estratégico”.

La teoría de Rawls ha sido criticada porque implica un empobrecimiento del papel y la función de la razón en materia de justicia y porque contiene algunas contradicciones internas. Barry ha mostrado con claridad cómo en el pensamiento de Rawls se albergan, coexisten y luchan dos concepciones de la justicia bien diversas: la ley del más fuerte, reservada sólo a los sujetos dotados de poder contractual, y la imparcialidad para el resto, con el resultado de una parálisis del marco conceptual general. Un ejemplo paradigmático de estos cortocircuitos se produce al tratar de la justicia intergeneracional: los individuos de las generaciones venideras se caracterizan por una evidente falta de poder contractual. A la pregunta de si deben entrar a formar parte de la posición original o no, Rawls responde en sentido negativo; sin embargo, encomienda a la “bondad” de la generación presente la elaboración de principios que tengan en cuenta los intereses de las generaciones futuras. En consecuencia, para justificar la extensión de la justicia a las generaciones futuras, Rawls asume que la generación actual deba tener sentimientos de benevolencia hacia sus propios descendientes.¹⁶⁷ El resultado final es que la racionalidad estratégica no basta para asegurar un resultado de justicia y entonces la benevolencia, que

¹⁶⁷ Barry, B., *Teorías de la justicia*, cit., pp. 213 y 214.

había sido expulsada por la puerta, regresa por la ventana. Como veremos a propósito del sujeto, en la base de su teoría de la justicia la voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo se apoya sobre la exigencia de actuar justamente.

2. *Éticas imparciales y perspectiva contractualista*

La teoría de la justicia de Rawls dirige también una crítica al intuicionismo, entendido como la doctrina cuyos primeros principios no son ordenables ni *a priori* ni en fase aplicativa, con la consecuencia de entrar en conflicto en los casos particulares.¹⁶⁸ De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, esta línea de pensamiento es inaceptable para una teoría de la justicia que se propone hacer suyas las exigencias de racionalidad.

A diferencia del intuicionismo, la idea de la posición originaria provee de un mecanismo para dar forma racional a nuestras intuiciones profundas sobre la justicia a fin de conseguir un equilibrio reflexivo, en una suerte de *feedback* entre las convicciones y las razones que las justifican. El equilibrio reflexivo sirve para atenuar el carácter impositivo de la evidencia de las intuiciones morales, sometiéndolas a la prueba de dar razones. Como mecanismo crítico es válido sólo si se presupone que se está dispuesto a modificar la propia posición en el curso del examen de las razones, pero eso ya no es reducible a un dato estratégico (o fundado sobre el carácter contractual) sino que implica, en cierto sentido, una suerte de capacidad moral.

Los principios de justicia de Rawls son, desde el punto de vista epistemológico, convicciones intuitivas sometidas al crisol de un riguroso procedimiento de racionalización, que es una operación moral en sentido amplio. Incluso el hecho de que el autor sostenga que los principios que no son justos son irracionales,¹⁶⁹ hace sos-

¹⁶⁸ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., pp. 52 y ss.

¹⁶⁹ Puede verse un ejemplo en la doctrina racista (cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 135).

pechar que los principios escogidos en la posición originaria son irrefutables.¹⁷⁰ En definitiva, como muchos han señalado el contrato rawlsiano presupone aquello que debería ser su resultado.¹⁷¹ Se puede ver, pues, en su pensamiento una especie de “regresión incompleta”;¹⁷² una regresión que llega hasta el límite del reconocimiento de iguales derechos que, siendo convicciones extendidas y condivisibles, tienen el privilegio de sustraerse al crisol del debate racional.

No es, pues, una casualidad que desde diversos ámbitos se haya subrayado la afinidad entre Rawls y Nozick,¹⁷³ a pesar de sus divergencias. Ciertamente, presuponer los derechos de libertad como hace Rawls, no es lo mismo que presuponer los de propiedad, como hace Nozick; y, sin embargo, en ambas posiciones tales presupuestos han sido sustraídos al análisis crítico¹⁷⁴ (o, en todo caso, a lo que es determinable a través de la confrontación racional).¹⁷⁵ La diferencia entre ambos reside en que a Nozick le interesa la dinámica de la transmisión de los derechos, mientras que a Rawls le interesa individualizar los principios de justicia. Lo que cuenta, en definitiva, es que la presuposición de la igualdad de derechos corres-

¹⁷⁰ Muchos han notado lo que Boudon observa en la posición de Rawls: una suerte de evolucionismo retrospectivo (*cf.* Boudon, R., “Contro il liberalismo debole”, *Biblioteca della libertà*, 30, 1995, p. 10).

¹⁷¹ *Cfr.* Kymlicka, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, *cit.*, pp. 50-76.

¹⁷² Cruz Prados, A., *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsa, 1999, p. 32. Cabe señalar que también las teorías del título válido incurrir en el error de la “regresión incompleta”. Steiner observa, agudamente, que en la base de la justicia como imparcialidad están los derechos naturales de libertad, mientras en la base de las teorías anarco-capitalistas estaría el derecho natural de propiedad (*cf.* Steiner, H., “Impartiality, Freedom and Natural Rights”, *Political Studies*, 44, 1996, pp. 311-313).

¹⁷³ Se podría extender a la afinidad entre todos aquellos autores cuyo punto de partida es la presunción de la existencia de derechos (cualesquiera que sean) iguales para todos.

¹⁷⁴ *Cfr.* Nelson, W. N., “The very Idea of Pure Procedural Justice”, *Ethics*, 90, 1980, pp. 502-511.

¹⁷⁵ Puede verse a este propósito, Wissenburg, M., *Imperfection and Impartiality: a Liberal Theory of Social Justice*, Londres, UCL Press, 1999, pp. 74 y 75.

ponde a la presuposición de la imparcialidad como principio normativo.

La propuesta rawlsiana ha desencadenado una multitud de intentos de revisión de la “posición originaria”, buscando sobre todo una más satisfactoria puesta a punto de las condiciones epistémicas de la búsqueda de lo justo. La superioridad de la revisión realizada por Scanlon deriva de lo esencial de su aportación: el principal requisito de la posición originaria no sería la ausencia de información sino al contrario, la exigencia de una completa información. Añade, además, que los contratantes deben poseer igual poder en la búsqueda de un acuerdo (el llamado derecho de veto)¹⁷⁶ y deben someterse a que en el acuerdo se consignent las condiciones de lo que es razonablemente irrenunciable.¹⁷⁷ Efectivamente, la idea de que la información debe ser lo más completa posible presenta una diferencia notable con el planteamiento de Rawls, pero sigue sin solventar el problema de la doble matriz de la justicia —como imparcialidad y como poder contractual— y su difícil coexistencia, por lo que continúan en pie las críticas ya realizadas al pensamiento rawlsiano. En Scanlon es aún más claro que la imparcialidad y el poder contractual conviven. Sin embargo, la imparcialidad y la posición contractualista —fundada sobre el poder contractual y sobre la racionalidad estratégica— se excluyen recíprocamente. Aquello que se elige calculando con la fuerza del poder contractual no puede ser imparcial por definición. La elección imparcial es aquella que se hace atendiendo a las razones y, por tanto, admite la posibilidad de ir en contra de los propios intereses.

¹⁷⁶ El derecho de veto es un elemento que se refiere al poder contractual: cuanto más se insiste sobre el poder de veto, más nos alejamos de la imparcialidad (Wolff, J., “Rational, Fair and Reasonable”, en Kelly, P. (ed.), *Impartiality, Neutrality and Justice. Re-Reading Brian Barry's Justice as Impartiality*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2000, p. 38).

¹⁷⁷ Cfr. Scanlon, T. M., *Contractualism and Utilitarianism*, cit., pp. 103-128. Cfr. también Nagel, T., *Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 36-38.

En una moralidad entendida como persecución de intereses personales, sometidos a vínculos, no hay lugar para la razón, esto es, para el elemento fundamental de la imparcialidad. La moralidad, en cambio, consiste en la exigencia de justificar nuestras acciones, sea frente a nosotros mismos sea frente a los demás, con argumentos capaces de suscitar un consenso libre; renunciando, por tanto, a invocar el poder contractual. La imparcialidad consiste en “no alejarse de la objetividad, ni siquiera de las maneras más sutiles”. “Las razones de una decisión deben ser, en general, públicamente enunciables y defendibles”.¹⁷⁸ Sin embargo, la praxis de la argumentación *imparcial* no conduce, necesariamente, a la *moralidad imparcial*: debemos encontrar una razón para pasar de lo que es imparcialmente argumentable a lo que es moralmente obligatorio. Esto resulta evidente para Barry cuando afirma que el sentido moral nace y se justifica a través de otras vías, o sea, en contextos intersubjetivos, en la experiencia de la dependencia de los otros.¹⁷⁹ No obstante, la presencia de una justificación es ya indicio de una moralidad imparcial.

Otro autor, Ackerman, frente a la alternativa entre concepción neocontractualista y utilitarista, ha preferido plantear una tercera vía respecto de la posición originaria pero afín a ella: el llamado “diálogo neutral”.¹⁸⁰ Ve defectos tanto en una perspectiva como en la otra y por ello se propone distanciarse de la utilitarista, desestimando la imparcialidad como despersonalización, y de la contractualista, reponiendo la discusión sobre el vínculo entre imparcialidad y búsqueda del propio interés en la posición originaria. La neutralidad del diálogo consiste en que

¹⁷⁸ Barry, B., *Teorías de la justicia*, cit., p. 317.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Se analizará este problema en el contexto de la imparcialidad en la ética y en la moral.

¹⁸⁰ Ackerman, B. A., *La justicia social en el Estado liberal*, trad. de C. Rosenkrantz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. La característica del principio de neutralidad está en la prohibición de mantener la superioridad incondicionada de una posición.

una justificación no es válida si requiere, de quien detenta el poder, afirmar lo siguiente: a) que su concepción del bien es superior a la que sostiene cualquiera de sus conciudadanos; o *también* b) prescindiendo de su concepción del bien, él es por naturaleza superior a uno o muchos de sus conciudadanos.¹⁸¹

Estos principios que se estructuran en el “diálogo neutral” constituyen el hilo conductor de una sociedad liberal y se expresan en el derecho a la discusión y a la crítica de parte de todos y frente a todas las posiciones. En esta perspectiva, más que de neutralidad en realidad debería hablarse de imparcialidad. La razón de que el autor prefiera el término neutralidad parece vinculada a la centralidad del procedimiento. Hay que notar, una vez más, que la búsqueda de la imparcialidad conduce hacia un mecanismo eurístico —el diálogo neutral— que viene a ser una transcripción del equilibrio reflexivo.¹⁸²

Aunque todavía ambigüamente, Barry y Ackerman reconducen el problema de la imparcialidad no tanto hacia una condición epistemológica, cuanto hacia un principio ético; y, en todo caso, justificando el principio epistemológico sobre la base de una razón moral y no sólo sobre la base de una exigencia racional, puramente estratégica. Ambos valoran muy significativamente, los caracteres de la intersubjetividad y de la interdependencia, imprescindibles para encuadrar satisfactoriamente el problema de la justicia. Ambos dan por descontado que el principio de imparcialidad debe ser el criterio-guía fundamental en los contextos intersubjetivos. De este modo, se enuncia claramente que la imparcialidad no es una estrategia metodológicamente vencedora, o no es sólo esto, sino algo más. Se trata de un principio ético que justifica determinados mecanismos epistemológicos.

En conclusión, los resultados de la recepción del pensamiento de Rawls han acabado, en cierto modo, dando la vuelta a sus pretensiones, al menos por lo que respecta a la imparcialidad. Ésta, re-

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 50.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 458 y ss.

chazada por Rawls como punto de partida, viene explícitamente considerada como principio cardinal de la justicia y de la razón: como mecanismo eurístico. La imparcialidad asume, a fin de cuentas, un papel que deja en entredicho la lógica contractualista.

3. Imparcialidad en la justificación y la argumentación

En el debate contemporáneo muchas teorías coinciden en considerar que la justificación de un principio debe realizarse de manera imparcial. En sentido débil significa que la justificación de un principio no puede hacerse en términos de parcialidad. En sentido fuerte significa que el valor central de la moralidad es la imparcialidad. Las teorías de la moral como justificación han dotado a este valor de un adecuado desarrollo procedimental.

El procedimiento más elemental para elaborar una justificación es exhibir una argumentación a su favor. Para ello hace falta establecer un vínculo entre una afirmación y las razones a su favor. Y eso supone que entre justificación y argumentación no haya solución de continuidad, aunque sean dos cosas diversas. Buena parte de las concepciones de la justicia que giran en torno a la justificación consideran esencial el problema de la argumentación una vez comprobado que ni una ni otra se sostienen por sí mismas.

La idea de que la imparcialidad es una característica inherente a la argumentación y a la justificación racional, procede de las teorías basadas en la comunicación y en el discurso. En ellas se retoma el presupuesto de la imparcialidad como característica del juicio y, a partir de ahí, se intenta desentrañar su proceso de formación.

Considerar la imparcialidad como condición del buen juicio supone sostener que para ser justos no cabe mirar las cosas desde un solo punto de vista. La facultad kantiana del juicio consideraba clave en la imparcialidad la capacidad de integrar el propio punto de vista con el de los otros. Por ello, hay que determinar si el punto de vista moral nace y se agota en la confrontación con los otros, o si

tal confrontación es sólo una condición de la búsqueda de lo justo, pero el carácter moral implica algo más. Cuando decimos que una acción es justa —y que es justa porque está justificada— y cuando decimos que una acción injusta es injustificada, no sólo queremos decir que esa acción se puede o no condicionar: queremos decir que existen razones a su favor y que tales razones son comunicables y condivisibles, o que no lo son.

La cuestión fundamental radica, pues, en saber si la justificación se identifica con la justicia (si la constituye) o si se trata sólo de que la justicia de una acción o de un juicio puede justificarse (sostenerse con razones). Las teorías de la argumentación se inclinan por la primera respuesta, al menos aparentemente. En todo caso, debemos reconocer que la justificación es una *parte* de la justicia y que la justificación tiene sentido, *sobre todo*, en una relación intersubjetiva. La justificación está conectada de manera elocuente a la dimensión epistemológica y a la intersubjetiva de la imparcialidad.

La tesis de que la justicia consiste en la “corrección” en la distribución y en la compensación, comparte presupuestos con la que considera la justicia como posibilidad de fundamentación o de justificación de una determinada posición distributiva o compensatoria, bajo determinadas condiciones epistemológicas. El presupuesto de ambas teorías es que se puede argumentar racionalmente en materia de justicia y que la teoría de la justicia debe tener en cuenta, en la misma medida, las características de los sujetos, sus intereses y sus necesidades.¹⁸³

La justicia, más correctamente denominada “justeza” o “corrección”, depende en última instancia del respeto a las reglas de formación del juicio imparcial, entendiendo que “imparcial” significa

¹⁸³ En esto coincidirían las teorías rawlsianas —de las que ya hemos hablado— y las que se basan en la argumentación, de las que estamos tratando ahora. *Cfr.* las críticas de Celano, B., “Etica della comunicazione e legge di Hume”, *Rivista di Filosofia*, 86, 3, 1995, pp. 439-463.

correcto según la regla.¹⁸⁴ Tanto en la argumentación práctica general como sus “regiones” específicas (por ejemplo, la argumentación ética o jurídica), las teorías de la argumentación presuponen condiciones de comunicación que aseguran el acceso universal y paritario a la argumentación y que permiten salvar toda interrupción inmotivada, facilitando una participación simétrica y en igualdad de condiciones, la libre elección de los temas, la inclusión de los mejores argumentos y la exclusión de las constricciones.¹⁸⁵

Las condiciones de la argumentación remiten, pues, a las condiciones de la situación comunicativa, con el efecto de que ahí la imparcialidad se evidencia todavía más. En este sentido, la teoría del discurso dota a la imparcialidad de una formulación procedimental,¹⁸⁶ estableciendo las reglas y condiciones de participación en el discurso: *a*) que cualquiera que esté en condiciones de hablar pueda tomar parte en el discurso; *b*) que cualquiera pueda cuestionar cualquier afirmación, aducir razones, expresar opiniones, y *c*) que ninguno pueda ser obstaculizado por una restricción dentro o fuera del discurso.¹⁸⁷ Los presupuestos y las reglas del discurso son de dos tipos: las que garantizan la discursividad y las que garantizan la igualdad de las partes. Se garantiza la discursividad promoviendo la lógica y la consistencia de la propia argumentación; se garantiza la participación paritaria tutelando la igualdad de condiciones de los participantes.

¹⁸⁴ Cfr. Alexy, R., “Giustizia come correttezza”, *Ragion Pratica*, 9, 1997, pp. 103-113, pero sobre todo, *id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹⁸⁵ Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 152-155. Con base en estas características, la argumentación jurídica, según la concepción de Alexy, es más afín a la concepción de Scanlon sobre la posición originaria que no a la rawlsiana.

¹⁸⁶ Cfr. Günther, K., “Impartial Application of Moral and Legal Norms: a Contribution to Discourse Ethics”, en Rasmussen, D. (ed.), *Universalism vs. Communitarianism Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge Mass., The MIT Press, 1990, pp. 199-206; y del mismo autor, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt, Suhrkamp, 1988.

¹⁸⁷ Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, *cit.*, pp. 98 y 99, y 106 y 107.

En última instancia, en las teorías de la argumentación se aprecia una circularidad en su fundamento, cuyo punto capital es precisamente la imparcialidad, que asume un papel todavía más resolutorio. Así pues, la formulación de un juicio imparcial está ya predeterminado por principios imparciales: en efecto, todas las condiciones de participación en el discurso miran a la imparcialidad. Esto significa que en la base de las exigencias lógicas o argumentativas se descubre también una exigencia moral.¹⁸⁸

La dependencia de un cierto sistema moral afecta asimismo al ámbito motivacional de la teoría. El modelo del discurso presupone para su existencia que la razón práctica pase de ser razón estratégica a ser razón comunicativa.¹⁸⁹ Para ello, quien participa en el discurso debe transformar las interacciones con las que pretende su éxito (como participar en la posición originaria según la racionalidad estratégica) en interacciones comunicativas. Sin embargo, no resulta evidente la razón por la cual quien pretende su propio éxito debe suspender una actitud objetivante y sustituirla por una actitud comunicativa. Esto sólo puede producirse sobre la base de una exigencia moral personal: el interés personal y moral de entrar en el diálogo. Pero entonces nos encontramos ante un razonamiento circular ya que el reconocimiento y el interés comunicativo se dan cuando ya se ha decidido entrar en el discurso: el presupuesto del discurso se estaría fundamentando sobre el propio discurso.

Esa misma circularidad se observa también cuando las reglas del discurso se traducen en derechos,¹⁹⁰ como ya habíamos señala-

¹⁸⁸ Cfr. Berti, E., *Le vie della ragione*, cit., pp. 55-76.

¹⁸⁹ Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4a. ed., introd. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

¹⁹⁰ La idea de justicia procedimental resulta particularmente adecuada a los contextos pluralistas y multiculturales contemporáneos, de modo que muchas teorías de la justicia recurren a los procedimientos como alternativa a controvertidos contenidos indisponibles. He discutido algunas presuposiciones comunes a estas teorías y, en particular, la dependencia entre procedimiento y derechos en mi trabajo "Ragioni, diritti e giustizia (non solo) procedurale", *Annali dell'Università degli Studi di Ferrara*, 2000, pp. 183-207.

do en la teoría rawlsiana. La relación entre discurso y derechos se sitúa en dos niveles autoexcluyentes. Los derechos deben fundamentarse a partir de las reglas del discurso pero, al mismo tiempo, los derechos sirven de fundamento a las reglas del discurso. Las reglas generales de la justificación práctica, en efecto, presuponen el derecho de libertad de cada individuo para tomar parte en el discurso y para discutir cualquier argumento o aducir las propias razones, siempre en unas condiciones de igualdad. Pero, según la teoría, los derechos deben fundamentarse sobre las reglas del discurso racional. Para ello se recurre al argumento de la autonomía, el consenso y la democracia. De acuerdo con el primero, quien participa en un discurso presupone la autonomía de los copartícipes; de acuerdo con el segundo, se presupone la igualdad de todos en el derecho a participar; el tercer argumento remite a la continuidad entre derechos de participación, derechos de libertad y derechos sociales. Sobre estos argumentos se fundamentan los derechos de libertad, los derechos políticos e, incluso, los derechos sociales.¹⁹¹

La convertibilidad de las reglas del discurso en términos de derechos abre una nueva vía para el tema que tratamos: la convicción de que los derechos son argumentos imparciales.¹⁹² La argumentación fundada sobre la consideración de los derechos como razones imparciales prevalece aquí sobre la “negociación” que se fundamenta sobre los intereses.

¿Por qué los derechos se consideran argumentos imparciales? Lo natural es pensar en la universalidad de su reconocimiento. Sobre este punto hay una amplia convergencia, no exenta de alguna discusión. Nos ocuparemos a continuación de la crítica a los derechos como argumentos imparciales y de la conexión entre imparcialidad y universalizabilidad. Estos problemas se suscitan a partir de otras dos líneas de pensamiento también relevantes en relación con la justicia: el feminismo y el comunitarismo. Al primero debe-

¹⁹¹ Cfr. Alexy, R., “Discourse Theory and Human Rights”, *Ratio Juris*, 9, 3, 1996, pp. 209-235.

¹⁹² Elster, J., *Argomentare e negoziare*, trad. al italiano de G. Rigamonti, Milán, Anabasi, 1993, p. 127.

mos una crítica directa al denominado “ideal de la imparcialidad” y a la imparcialidad de los derechos, al segundo le debemos el cuestionamiento del principio de universalidad.

4. *La imparcialidad como injusticia: la crítica del feminismo*

Como sabemos, el feminismo no es un fenómeno unitario desde el punto de vista teórico, aunque sus diversas expresiones pueden agruparse en torno a algunas características comunes y una línea de investigación común.¹⁹³ La literatura feminista se propone básicamente denunciar las discriminaciones hacia las mujeres y, por extensión, hacia otros sujetos también marginados. El pensamiento feminista es muy crítico con las teorías que explican la marginación de la mujer a partir de un determinado contexto cultural dominado por una particular concepción ética que considera al sujeto como agente racional, libre, autónomo y dueño de sí; es decir, la imagen típica de la tradición ético-política liberal. La crítica feminista ha adquirido múltiples formas y se ha desarrollado en diversos contextos. A nosotros nos interesa específicamente su crítica sobre el ideal de la imparcialidad en el ámbito de la ciudadanía.¹⁹⁴

La crítica del paradigma de la imparcialidad ha seguido dos itinerarios principales. El primero de ellos contrapone dos valores guía de la ética: la justicia y el “cuidado”. La oposición entre ambos valores se proyecta sobre el contenido de la ética pretendiendo discernir si ésta sólo se ocupa de aquello que puede remitirse a un discurso sobre derechos y deberes, o si incluye también el ámbito del “cuidado”: de las relaciones fundadas sobre la responsabilidad

¹⁹³ Un modo paradigmático de definirlo podría ser éste: “By *feminism*, I mean the belief that women should not be disadvantaged by their sex, that they should be recognized as having human dignity equal to that of men, and they should have the opportunity to live as fulfilling and as freely chosen lives as men can” (Okin, S. M., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 10).

¹⁹⁴ *Cfr.* Young, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, *cit.*, pp. 112-141.

y la confianza.¹⁹⁵ El segundo itinerario surge del enfrentamiento entre dos líneas metodológicas: el método fundado sobre la abstracción y la universalización, así como el procedimiento fundado sobre la concreción, la diferencia y la contextualidad.¹⁹⁶ La abstracción y la universalización corresponden a la racionalidad liberal, inspirada en la imagen del “cazador”, siempre atento al control ya que la clave del éxito radica en sorprender a la presa. La razón se expresa en la capacidad de individuar, analizar, distinguir, separar, abstraer. En el extremo contrario, encontramos un modelo de razón concreta y contextual reconducible a la imagen de una “planta” que se alimenta de la tierra, que crece y se desarrolla estando sujeta a la evolución. Esta segunda imagen es la propia de una concepción “hermenéutica” (en sentido amplio) de la razón, mientras que la primera podría considerarse propia de una concepción “iluminista” de la razón. Las teorías feministas han criticado específicamente la concepción iluminista por estar fundada sobre la abstracción y la separación, en lugar de sobre el reconocimiento y la integración de las diferencias.¹⁹⁷

El debate sobre la *ethics of care* comienza en los años ochenta con la reacción de Gilligan a la teoría de los estadios de desarrollo moral de Kohlberg.¹⁹⁸ Según este autor, el desarrollo moral del individuo humano está orientado progresivamente hacia el principio de imparcialidad. Los estadios superiores de ese desarrollo moral suponen la plena realización de este principio. El estadio moral más alto estaría caracterizado por un igual respeto hacia todos y por la exclusión de deberes especiales de cualquier tipo: en eso consistiría la imparcialidad. A esta indicación, Kohlberg añade la constatación empírica de que los sujetos de sexo femenino tienden a situar-

¹⁹⁵ Gilligan, C., *In a Different Voice*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1982.

¹⁹⁶ Cfr. Blum, L. A., “Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory”, *Ethics*, 98, 1988, p. 475.

¹⁹⁷ Nussbaum, M. C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, cit., p. 79.

¹⁹⁸ Kohlberg, L., *Essays on Moral Development*, San Francisco, Harper y Row, 1981-1984.

se entre los niveles tercero o cuarto y a no alcanzar los estadios morales más desarrollados.

Gilligan acepta parcialmente los resultados de la reflexión de su maestro, pero profundiza en la diferencia entre hombre y mujer; saca la conclusión de que existen dos modelos éticos diversos: el modelo femenino de la moralidad —la *ethics of care*— y la concepción masculina de la moralidad —la *ethics of justice*—. No pretende decir que hombres y mujeres sigan dos éticas distintas, sino que tienden a tener prioridades diversas. La ética femenina no coincide con la ética de las mujeres como tampoco la ética masculina coincide con la ética de los varones. Ambas pueden ser igualmente seguidas por hombres o mujeres. Lo que cuenta para Gilligan es que estos dos tipos de ética tienen lógicas diversas y eso es lo que las hace irreconciliables.¹⁹⁹

Hombres y mujeres se diferencian en cuanto al modo de construir los problemas morales, en cuanto al modo de concebir las relaciones con los otros y en cuanto a la concepción de la propia identidad. La identidad masculina se definiría sobre la percepción de la separabilidad entre los individuos: la coexistencia nacería del acuerdo entre sujetos dotados de derechos y el método de la experiencia moral se articularía a través del esfuerzo por aplicar principios generales a situaciones concretas, según la lógica de la igualdad y la reciprocidad. La identidad en la óptica femenina estaría definida, en cambio, sobre la base de relaciones de identificación e interdependencia. De acuerdo con la perspectiva femenina, la coexistencia es una encrucijada de nexos de interdependencia y de reconocimiento de responsabilidades recíprocas; la construcción de

¹⁹⁹ La contraposición ha sido criticada por algunas feministas, como Susan Moller Okin, que se opone a las diferencias entre hombres y mujeres en cuanto al razonamiento moral. Esas diferencias deben reconducirse a la cristalización de roles estereotipados. Las teorías de la justicia más sólidas, en efecto, incluyen también el cuidado y la empatía (*cfr.* Okin, S. M., *Justice, Gender and the Family*, Nueva York, Basic Books, 1989, p. 15). Okin sostiene que las críticas de Young y Benhabib a la ética de la imparcialidad y del universalismo sólo hacen confirmar el estereotipo de mujer que más la perjudica (Okin, S. M., “Reason and Feeling in Thinking about Justice”, *Ethics*, 99, 1, pp. 229-249).

los problemas morales se concibe como una cuestión de cuidado y de responsabilidad no determinada por principios y reglas.²⁰⁰

Para confirmar la ajenidad de las mujeres a la ética de la justicia se constata su inclinación a conferir particular importancia a las denominadas relaciones “especiales” (parentela o amistad), siendo así que esto choca con la actitud del observador simpatético e imparcial, que debe tener en cuenta, en la misma medida, los intereses de todos: los vinculados por esas relaciones y aquellos que son extraños; de ello depende la moralidad. Por otra parte, teniendo en cuenta la imparcialidad como mecanismo eurístico, se afirma que las mujeres están inclinadas a dar espacio a las emociones y sentimientos antes que a las razones, lo que las hace incapaces para realizar una valoración imparcial.

Más allá de las diversas apreciaciones psicológicas, debemos reconocer que el pensamiento feminista ha sabido individuar algunos de los puntos débiles del principio de imparcialidad como paradigma ético.

El primero de los aspectos discutibles de una ética fundada sobre la imparcialidad es su propio contenido. La exclusión de las relaciones especiales del ámbito de la ética comporta una restricción muy importante de sus competencias; restricción por otra parte injustificada y contraintuitiva. Esa exclusión se construye en distintas etapas. En primer lugar, se sostiene la distinción —ya de por sí discutible— entre las relaciones especiales y las no especiales. Se continúa con la *rigurosa separación* como solución a la realidad de su *difícil relación*. Finalmente se concluye con la distinción de una esfera pública del discurso —la que atañe a las relaciones no especiales— y una esfera privada que comprende las relaciones especiales.²⁰¹ La creación del ideal de ciudadano racional e imparcial (el ciudadano

²⁰⁰ La lógica de la *ética del cuidado* es una lógica de corte más psicológico que formal, que es justo aquella en la que se inspira la justicia (cfr. Gilligan, C., *In a Different Voice*, cit., pp. 73, 100, 160 y 161).

²⁰¹ Cfr. por ejemplo, Rousseau, J. J., *El contrato social o principios de derecho político* (1755), estudio preliminar y trad. de M. J. Villaverde, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 91-123.

en el ámbito público) no ha conseguido eliminar lo referente a los afectos, los intereses o los deseos —algo imposible— pero sí ha conseguido relegarlos al ámbito privado creando una separación entre ética privada y ética pública. He ahí uno de los elementos clave en la crítica del feminismo: la identificación de las mujeres con las relaciones especiales comporta su exclusión de la vida pública y su confinamiento en la esfera privada. Pero por encima de esto se trata de un problema de comprensión de la ética. Según Young, debe entenderse como privado aquello que el sujeto sustrae voluntariamente del debate público y no aquello que según la lógica dominante se considera perteneciente a la esfera privada.²⁰²

Las teorías contractualistas han acentuado la divergencia entre lo que es objeto de la ética privada y lo que es objeto de la ética pública. Se han ido elaborando a partir de un modelo único de deliberación racional que presupone la identificación histórica de la mujer con la emotividad y la pasionalidad; por ello, difícilmente ese modelo de razonamiento puede identificarse con algo que no sea el varón. A pesar de que las teorías liberales se propusieron preservar el pluralismo, en realidad conducen hacia la homogeneización del sujeto deliberante y concluyen siempre con la negación del derecho a la diferencia. A esa uniformidad del sujeto deliberante se une un segundo defecto: el carácter monológico de la racionalidad.²⁰³ Y todo ello en nombre de la imparcialidad.

Este paradigma de la imparcialidad reflejaría el que hemos denominado “estilo iluminista”, en cuanto que la imparcialidad se busca a través de abstracciones o, si se quiere, por medio de sustracciones de aquello que se considera un elemento no reductible a

²⁰² Young, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 144. Esto no resuelve de ningún modo el problema de la redefinición privado-público, sino que únicamente subraya su aspecto problemático.

²⁰³ Cfr. Koehn, D., *Rethinking Feminist Ethics: Care, Trust and Empathy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998. D. Meyers ha criticado ásperamente el razonamiento imparcial, por ser autorreferencial: la autora propone un universalismo moderado por una *broad empathy*. Cfr. también, *Emphatic Thinking Subjection and Subjectivity: Psychoanalytic Feminism and Moral Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1994.

lo universal; en última instancia, se consigue la imparcialidad como uniformidad. De ahí que resulte siempre difícil conectar la imparcialidad con la diferencia: “el ideal de la imparcialidad es expresión de una lógica de la identidad que tiende a unificar las diferencias”.²⁰⁴

El paradigma de la imparcialidad ejercería también una función ideológica de reforzamiento de las posiciones de privilegio de algunos grupos. La tesis de que la decisión imparcial es aquella a la que todos habrían llegado si hubieran tenido la información adecuada, encierra una sospecha de totalitarismo o, al menos, de paternalismo. Incluso la idea de un presunto Estado neutral o de instituciones políticas inmunes a los intereses de las partes es una falacia. Baste recordar aquí que justo al comienzo del debate sobre la teoría de la justicia de Rawls, se le había criticado por no tener en cuenta el hecho obvio de que las instituciones políticas son ellas mismas lugares de conflicto, además de ser propiamente funcionales para la resolución de situaciones conflictuales.²⁰⁵

El principio de imparcialidad reflejaría, finalmente, una predilección por los problemas de la justicia distributiva. Tal orientación resultaría profundamente individualista y atomista, asimismo supondría un doble reduccionismo del concepto de justicia. Por un lado, excluyendo *a priori* que en materia de justicia quepan otros principios como un “care-centered ideal of a good and moral community”,²⁰⁶ esto es, el “cuidado” como ideal político,²⁰⁷ eventualmente integrado en la *justice cum caring*.²⁰⁸ Por otro lado, exclu-

²⁰⁴ Young, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 114.

²⁰⁵ Perelman, Ch., *Diritto, morale e filosofia*, cit., pp. 42-46.

²⁰⁶ Cfr. Khatchadourian, H., *Community and Communitarianism*, Nueva York, Peter Lang, 1999, cap. 8.

²⁰⁷ Cfr. Held, V., *Justice and Care: Essential readings in Feminist Ethics*, Boulder Colo., Westview Press, 1995; *id.*, “Rights”, en Jaggard, A. M. y Young, I. M. (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*, cit., p. 502.

²⁰⁸ Cfr. Khatchadourian, H., *Community and Communitarianism*, cit. El autor resuelve el problema distinguiendo las relaciones entre *care* y justicia formal, así como entre *care* y justicia material. En cuanto al primero, critica la posición de S. Benhabib según la cual la justicia formal coincide con la equidad, en oposición a

yendo que la justicia tenga conexión con las relaciones humanas en general, es decir, que sea una parte de la moralidad referida a todas las situaciones humanas y no sólo a cuestiones sobre derechos.²⁰⁹

Si atendemos a sus críticas, cabría concluir que el pensamiento feminista resulta deudor de todo aquello que se propone criticar.²¹⁰ No se revisa la idea de imparcialidad: solamente se critica. Además, la crítica feminista al paradigma de la imparcialidad permanece confinada en el ámbito de la reflexión filosófico-política, aunque se apoye sobre argumentaciones gnoseológicas, psicológicas y éticas. No obstante, también es cierto que el feminismo ha criticado puntos neurálgicos del pensamiento ético-político dominante, mostrando las consecuencias que se derivan para el bien individual y público de la exclusión de determinados valores y presupuestos (la diferencia, la identidad, la asistencia, la solidaridad) y en esa medida hay que valorar su propuesta.

5. ¿Ethics of rights vs. ethics of care?

Como vimos, un aspecto importante de la crítica feminista al paradigma de la imparcialidad se basa en la oposición de dos concepciones morales: una típicamente masculina —la ética de la justicia— y otra típicamente femenina —la ética del *care*—.²¹¹

La ética del cuidado está caracterizada por una aproximación a los problemas morales no de tipo individualista, sino atenta a las

la justicia: se trataría de una falsa oposición. Imparcialidad y equidad están conectadas en relación con la incerteza: también para la imparcialidad existe la incerteza en los casos límite, una incerteza debida al uso de conceptos generales de clasificación.

²⁰⁹ En este sentido, las críticas de S. M. Okin sobre la exclusión de la familia del ámbito de la justicia. *Id.*, *Justice, Gender and the Family*, cit.

²¹⁰ Resulta emblemática la posición de M. C. Nussbaum en *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

²¹¹ Gilligan, C., *In a Different Voice*, cit. Cfr. también Blum, L. A., *Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory*, cit., pp. 472-491.

relaciones, a la interdependencia y a la responsabilidad. La ética de los derechos es una ética de la “imparcialidad” que privilegia la autonomía de los individuos, una ética cuyo problema central es si se tiene o no derecho a algo o de algo y cuyo valor central y prioritario es el reconocimiento y el ejercicio de la libertad. Ciertamente estamos hablando de derechos en sentido moral y no simplemente en sentido jurídico. Por ello, la crítica feminista no denuncia la evidente juridificación de la ética, sino que se proyecta sobre otro objetivo.

Pero antes de entrar en ese aspecto, considero necesario hacer una breve reflexión sobre el significado y la peculiaridad de la “ética” de los derechos.²¹²

No cabe duda de que existe una “determinada” ética de los derechos que juega un importante papel en el mundo contemporáneo, en el que se considera un deber respetarla y una inmoralidad vulnerarla. La cultura de los derechos, en efecto, tiene una proyección que va mucho más allá del ámbito jurídico. De ahí que la confrontación ética, particularmente fragmentaria y controvertida en abstracto, cuando afecta a los derechos se convierte en algo concreto, circunstanciado y posible, además de ineludible.²¹³ La diversidad de las posiciones éticas en nuestro clima multicultural y pluralista encuentra en el lenguaje de los derechos un lugar donde se hace posible el discurso y el acuerdo. Por otra parte, en el ámbito de los derechos es posible elaborar criterios de admisibilidad moral de las pretensiones subjetivas. La aceptación y consecuente configuración jurídica de las pretensiones morales se acredita a través del control de universalizabilidad: el test de moralidad específico de la ética de la imparcialidad. No obstante, el debate sobre los derechos no sólo exige un control sobre la universalizabilidad de la pretensión, sino que exige acreditar también su “razonabilidad”.²¹⁴ En

²¹² Cfr. Viola, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, cit., pp. 137-158.

²¹³ Este es el punto de partida de Nino, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

²¹⁴ En los últimos tiempos, el tema de la *razonabilidad* ha sido objeto de numerosos estudios de parte de teóricos del derecho. En un primer momento, la ra-

todo caso los derechos constituyen un campo donde es posible el diálogo sobre la ética y un lenguaje en el cual los juicios morales subjetivos pueden ponerse a prueba. A pesar de todo, conviene no olvidar que esto puede agudizar los conflictos y exacerbarlos todavía más.

A estos aspectos básicos del carácter ético de la praxis de los derechos podemos añadir una peculiaridad: que son compatibles con tradiciones morales diversas, frecuentemente guiadas por valores fundamentales contradictorios. Existen categorías diversas de derechos que reciben una misma justificación y existen justificaciones diversas para el mismo derecho. No siempre es posible que todos los derechos sean justificados desde la misma concepción ética.²¹⁵ Con los derechos sucede que el contenido (el bien a tutelar) precede a su justificación.²¹⁶ Con frecuencia la reivindicación de los derechos toma la forma de contestación contra la moral dominante o positiva, empujándola hacia una transformación que puede ser profunda y que, en todo caso, está siempre sujeta a la ve-

zonabilidad ha sido un canon derivado del principio igualdad, típico del derecho administrativo. Hoy se extiende a todas las ramas del derecho. En última instancia, el criterio de razonabilidad expresa una exigencia de coherencia entre el derecho y la realidad. Aplicado a los derechos, podemos decir que se trata de la exigencia de una pretensión de adecuación al orden jurídico en el que se inserta y a la realidad de los hechos en los que se sitúa. En definitiva, una condición de posibilidad real. La bibliografía sobre el tema es muy abundante. Desde una perspectiva general, puede verse Aarnio, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1986. Más recientemente: Scaccia, G., *Strumenti e tecniche della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000, y Morrone, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001.

²¹⁵ Pensemos, por ejemplo, en el caso de los derechos sociales: pueden ser defendidos desde una óptica laica o religiosa, liberal o socialista. *Cfr.* Peces Barba Martínez, G., *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 7-66; *cfr.* también Schiavello, A. y Trujillo, I. (eds.), “Diritti sociali vs. diritti di libertà?”, *Ragion Pratica*, 14, 2000, pp. 11-144.

²¹⁶ *Cfr.*, por todos, Palombella, G., *L' autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 161-181.

rificación de la historia.²¹⁷ En cierto sentido, la *ética* de los derechos se presenta como superpuesta a las diversas *éticas* que entran en relación con ella y que al mismo tiempo son puestas a prueba.

De acuerdo con lo expuesto, la ética de los derechos parecería configurarse como un contenedor vacío capaz de acoger cualquier contenido. Sin embargo, no se puede afirmar que los derechos se constituyan sobre una ética “neutral” desde el punto de vista de los valores. En su complejidad, la praxis de los derechos sí pretende tutelar algunos valores fundamentales: el primado del sujeto de los derechos²¹⁸ y la igualdad entre los sujetos de los derechos.

Desde el punto de vista histórico, la praxis de los derechos nació en el seno de la tradición occidental en torno al valor central de la libertad. Pero la evolución tanto diacrónica como sincrónica de los derechos revela con claridad que éstos se han independizado de las teorías que los generaron o inspiraron.²¹⁹ Es evidente a todos que la práctica totalidad de las tradiciones morales reconocen hoy un primado a los derechos y que desde las más variadas doctrinas morales se acepta su relevancia ética. Así pues, la problemática de su fundamentación filosófica y su justificación teórico-jurídica, se presenta ahora bajo la forma de una pluralidad de teorías concurrentes: las de tipo ontológico, liberal o igualitario —centradas sobre la ética del desarrollo— y las teorías de la elección, del interés o del beneficio. Muchas teorías éticas se postulan para el cometido de justificar y fundamentar los derechos. Y esa pluralidad refuerza su validez.

El pensamiento feminista critica la tradición moral que ha inspirado el desarrollo de los derechos porque entiende que con ella se ha favorecido la subordinación de las mujeres y se ha propiciado

²¹⁷ Ha resaltado bien esta característica de los derechos humanos: Ollero, A., “Los derechos humanos entre topos y utopía”, *Persona y Derecho*, 22, 1992, pp. 159-179.

²¹⁸ Cfr. Cotta, S., *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1997.

²¹⁹ Viola, F., *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 271-352.

una impronta “patriarcal”.²²⁰ Pero la coincidencia entre el reconocimiento de los derechos y la discriminación de la mujer puede no ser necesaria, sino casual. Y eso es lo que debemos determinar: si tal coincidencia depende de razones o es un hecho histórico contingente. Si el vínculo entre reconocimiento de los derechos y subordinación de la mujer fuera contingente podría plantearse la convergencia de la tradición feminista dentro de la única fuente del pensamiento occidental.²²¹ Si por el contrario existe una exclusión recíproca entre la *ethics of care* y la *ethics of rights* podemos afirmar que, a pesar de la prevalencia actual de la segunda, el proyecto del feminismo ya no se plantearía como integración o corrección,²²² sino como un sustituto de la ética de los derechos o, en todo caso, como un discurso netamente opuesto a ellos. Partiendo de

²²⁰ Cfr., sobre todo, Smith, P., *Feminist Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1993. Para un resumen de las posiciones feministas en relación con el tema, cfr. Held, V., *Rights, cit.*, pp. 500-503.

²²¹ Sobre el sentido en el que puede sostenerse que el feminismo sea una tradición, cfr. Okin, S. M., *Justice, Gender and the Family, cit.*, pp. 7 y 8.

²²² Existen diversos ejemplos de esta posición “moderada”, motivada también por diversas razones. Uno de los ejemplos es la obra de Okin, ya citada. Ella reivindica la máxima extensión de los criterios de justicia, también en ámbitos como la familia y la educación, en los que tendería a prevalecer la *ethics of care*, ya que son tradicionalmente de dominio femenino. Narayan muestra los efectos negativos de la aplicación de la *ethics of care* en relación con el problema de la colonización, y defiende el uso de la ética de los derechos en la gestión de ese problema (Narayan, U. y Harding, S. (eds.), *Decentering the Center: Philosophy for a Multicultural, Postcolonial and Feminist World*, Indiana, Bloomington, 1985). En definitiva, el rechazo de los derechos está porque, en general, el lenguaje de los derechos es útil en el ámbito político pero insuficiente en el contexto de la moralidad (cfr. Held, V., “Rights”, en Jaggard, A. M. y Young, I. M. (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy, cit.*, p. 507). Una opinión distinta es la de Hardwing, J., “Should Women Think in Terms of Rights?”, *Ethics*, 94, 1984, pp. 441-455. El autor sostiene que no es oportuno que las mujeres utilicen el lenguaje de los derechos atendiendo a que su liberación se refiere principalmente al ámbito de las relaciones personales y el lenguaje de los derechos serviría en el ámbito de las relaciones “despersonalizadas”. Aparte de la dificultad de pensar en “relaciones despersonalizadas”, esta perspectiva limitaría el alcance de la reivindicación de la ética feminista, que debería influir contemporáneamente en el ámbito privado y en el ámbito público (sustancialmente es a esta dicotomía a la que las relaciones personales y despersonalizadas pueden reconducirse).

la primera hipótesis es posible mostrar cuál ha sido la contribución de la tradición feminista a la ética de los derechos. La multiplicidad de concepciones éticas que convergen en la justificación de los derechos abre una vía para la posible integración del pensamiento feminista y hace pensar que su contribución puede (y debe) ser englobada en esa ética, aunque sea como correctora de un cierto modo de entender los derechos. Las críticas feministas dirigidas hacia la ética de los derechos son recurrentes. En primer lugar, en la génesis de los derechos se puede rastrear una particular concepción de hombre como individuo autónomo, autosuficiente y libre, mientras que la concepción femenina de la ética tiene como emblema una antropología diferente que privilegia, como ya se dijo, la relacionalidad del individuo, sus interdependencias y sus vínculos concretos. Atendiendo a esta crítica, los derechos se caracterizan por un excesivo individualismo: el lenguaje de los derechos revela claramente que el individuo es pensado “as single”, desligado de toda vinculación con otros individuos. Pero esto supone olvidar que la sociedad no está compuesta por individuos libres y autosuficientes, como la tradición liberal pretende hacernos ver, sino que está compuesta por sujetos en relación, con vínculos de interdependencia más o menos fuertes. Desde la perspectiva individualista prevalece la lógica de la no interferencia, que presupone una preexistente “plenitud” del sujeto de los derechos. De igual modo se genera una desconfianza frente a los derechos que requieren de la intervención de terceros para su realización. El individualismo, finalmente, ve muy difícil atribuir derechos a los grupos o a las colectividades.²²³

La lectura individualista de los derechos olvida un dato evidente: los individuos están dotados de derechos porque están “necesitados” de protección.²²⁴ Eso significa que los derechos no sólo son una manifestación de la interdependencia, sino también (y sobre

²²³ No nos ocuparemos de este aspecto destacado por I. M. Young. Nos interesa aquí la concepción del individuo.

²²⁴ Held, V., “Rights”, en Jaggar, A. M. y Young, I. M. (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*, cit.

todo) son manifestación de la vulnerabilidad y debilidad de los sujetos.²²⁵ Los derechos responden más a la idea de protección de quien es débil que a la idea de un escudo que se otorga al individuo para defenderse de las interferencias de los otros.²²⁶

A los derechos se les aplica una metodología racional cuyas características derivan de la tradición iluminista: la universalidad, la generalidad y la abstracción. La concepción centrada sobre el *care* propone, en cambio, una metodología en estrecha relación y conexión con la particularidad del sujeto que debe realizar una acción,²²⁷ con la particularidad del individuo al cual esa acción se dirige y con la situación en la cual la acción se desarrolla.²²⁸

Las objeciones del feminismo, pues, pueden agruparse del siguiente modo: se manifiesta una perplejidad sobre la justificación de los derechos y sobre los valores que los fundamentan; se cuestiona la imagen antropológica del sujeto de los derechos, y, finalmente, se discute el estilo de razonamiento sobre los derechos y a partir de los derechos. Veamos estas críticas con más detenimiento.

²²⁵ Cfr. Nussbaum, M. C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, cit., pp. 63 y ss.

²²⁶ La idea de los derechos como escudo es de Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 162-193; del mismo autor, *Are There Natural Rights?*, en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 99 y 100.

²²⁷ Desde este punto de vista, el feminismo estaría próximo a las concepciones del yo situado, elaboradas por MacIntyre y Sandel, expuestas respectivamente en MacIntyre, A., *Tras la virtud*, trad. de A. Valcarcel, Barcelona, Crítica, 2001, y Sandel, M., *Liberalism and The Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

²²⁸ A causa de esta particularidad se ha dicho que el *care*, o se considera una integración de la imparcialidad, o no tiene relevancia moral sino “personal” (cfr. Kohlberg, L., “A Replay to O. Flanagan”, *Ethics*, 92, 1982, pp. 513-528). En una posición intermedia, Nagel sostiene que en la moral concurren razones deontológicas, razones relativas a la autonomía personal, razones de obligación respecto de algunos sujetos y razones neutrales. También las razones personales —y, por ello, también las razones sobre las relaciones— pueden ser integradas en la moralidad (cfr. Nagel, T., *Una visión de ningún lugar*, trad. de J. Issa, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 201-223).

Los derechos han nacido bajo el signo de una lucha por la libertad y contra el poder político. Una de las posibles interpretaciones de los derechos radica en la idea de que los individuos existen separadamente y que los derechos funcionan como protección frente a otros y frente al Estado.²²⁹ Hay que distinguir, no obstante, entre la dimensión institucional de esta doctrina (liberal) y la dimensión ética y antropológica a ella vinculada. Desde el punto de vista institucional, el liberalismo ha manifestado una cierta superioridad respecto a otras doctrinas como el comunitarismo²³⁰ o el anarquismo.²³¹ Su objetivo fundamental es subrayar la dignidad del individuo y la no subordinación de los derechos a las exigencias del interés general. Por encima de toda valoración de utilidad general, los derechos defienden la prioridad del individuo que sería injusto vulnerar por parte del poder político, incluso si fuese del interés general hacerlo.²³² Teniendo esto presente, si las críticas feministas al liberalismo fueran de algún modo verdaderas, la sabiduría institucional de la tradición liberal y su capacidad de evitar toda pretensión de totalitarismo, deberían ser revisadas.

La concepción general del hombre sobre la que se sustenta la ética de los derechos es el punto más débil del liberalismo. En efecto, esta concepción privilegia absolutamente el derecho general a la libertad y la autonomía moral²³³ como resultado de una

²²⁹ Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

²³⁰ Cfr. Rhonheimer, M., "L'immagine dell'uomo nel liberalismo e il concetto di autonomia: al di là del dibattito tra liberali e comunitaristi", en Yarza, I. (ed.), *Immagini dell'uomo*, Roma, Armando Editori, 1997, pp. 95-133.

²³¹ La idea del "Estado mínimo" es la expresión de un principio de anarquía, al menos según la concepción de Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía*, cit.

²³² Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel Derecho, 1984, p. 319.

²³³ Alexy sostiene que en la base de los derechos humanos se encuentra un derecho general a la libertad, o a la autonomía, que consiste en el hecho de que cada uno tiene el derecho de juzgar por sí mismo aquello que es bueno y justo, así como lo que no lo es, y de actuar en consecuencia. El derecho a la autonomía no tiene, sin embargo, una validez ilimitada. Es un derecho *prima facie* limitado por la autonomía de los otros y por el bien común, aunque tiene una prioridad

confluencia entre la tradición liberal y la filosofía kantiana. En virtud de esta idea, la moralidad resulta una cuestión de autonomía entendida como autolegislación. La concepción atomística²³⁴ del individuo y la idea de una autonomía moral absoluta son el objetivo de la crítica feminista, debido a su carácter radical e irreal, sólo existente en la fantasía filosófica de los teóricos y de los ideólogos.²³⁵ Por el contrario, la lectura feminista es portadora de una idea alternativa de agente moral:

feminist proponents of care see the moral subject as a self-in-relation —an individual... whose identity is in significant measure defined through her interpersonal ties, and whose concerns are interdependent with those of other people. Embedded in a web of relationships —some voluntary, others non voluntary; some between equals, others with dependents— a self-in-relationship constrains moral choices in terms of the question of how to respond to others in a way that avoids harm and maintains relationships.²³⁶

La crítica al concepto radical de autonomía emerge de un modo bastante claro a partir de las reflexiones que el feminismo ha realizado sobre algunas relaciones “especiales” como el embarazo,²³⁷ la educación²³⁸ y otras relaciones interpersonales entre adultos, *v. gr.*,

prima facie sobre este último (Alexy, R., *Discourse Theory and Human Rights*, *cit.*, pp. 209-235).

²³⁴ Cfr. Taylor, C., “Atomism”, en *id.*, *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, vol. 2, pp. 187-210.

²³⁵ Meyers, D. T., “Agency”, en Jaggar, A. M. y Young, I. M. (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*, *cit.*, p. 373.

²³⁶ *Ibidem*, p. 375.

²³⁷ Ruddick, S., “Maternal Thinking”, en Trebilcote, J. (ed.), *Mothering: Essays in Feminist Theory*, Totowa, Rowman y Allanheld, 1983, pp. 213-230.

²³⁸ Esta última es particularmente relevante. Me limito a señalar las objeciones que S. M. Okin opone a las leyes del desarrollo moral de Rawls en su obra *Justice, Gender and the Family*, *cit.*, pp. 89-101, y Gutmann, A., “Children, Paternalism and Education”, *Philosophy and Public Affairs*, 9, 4, 1980, pp. 338-358. Cfr. también Meyers, D. T., *Agency*, *cit.*, p. 376.

la amistad.²³⁹ El alcance de este análisis va más allá de estas perspectivas; no obstante, lo que interesa señalar es que de tales estudios emerge una idea compleja de *moral agency*, concebida como *set* de habilidades y de capacidades morales que se adquieren y se realizan en conexión con y a través de interacciones complejas. A nivel intuitivo, al menos, la idea de autonomía propuesta por el pensamiento feminista es más real y concreta que la liberal-kantiana.

En los contextos intersubjetivos la idea de autonomía moral debe releerse desde el valor del “cuidado” para configurarse como *care-based moral agency*. Se trata de una concepción moral centrada sobre la percepción de las necesidades de los individuos concretos, no derivada mecánicamente de teorías y de principios abstractos, sino basada en una continua reordenación de las prioridades, esto es, interactiva y dialógica. En definitiva, el *care-based moral agency* suscita diferentes habilidades dirigidas a reivindicar la propia *identidad moral* teniendo en cuenta la de los otros. La autonomía de un individuo en estas condiciones ya no se concibe como la trascendencia de una voluntad libre, desligada de todo vínculo, sino que debe encuadrarse en el contexto de las interdependencias y los vínculos personales.²⁴⁰ Las relaciones sociales, a fin de cuentas, no son amenazas para la autonomía, sino más bien un punto de partida y un elemento indispensable para la formación de la identidad. Con esto se subraya mejor el carácter dinámico que hace posible la autonomía moral y su carácter social.²⁴¹

²³⁹ Noddings, N., *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, Berkeley, University of California Press, 1984; Friedman, M., *What are Friends for? Feminist Perspectives on Personal Relationships and Moral Theory*, Londres, Ithaca, 1993.

²⁴⁰ Podemos distinguir un vínculo vertical —el que nos liga a los principios y las leyes morales— y un vínculo horizontal, que nos liga a los otros seres humanos, con los que convivimos y con los que tenemos en común el conocimiento de lo justo y lo injusto (Aristóteles, *Política, cit.*, 1523 a y ss).

²⁴¹ También desde este punto de vista el pensamiento feminista se acerca a la perspectiva comunitarista.

6. *La praxis de los derechos a la luz de la crítica feminista*

Cuando observamos, sin prejuicios, la praxis de los derechos en su desarrollo histórico descubrimos que, en muchos aspectos, su lectura individualista ha sido notablemente relativizada y que en muchos ámbitos esa praxis ha sido reorientada según el camino propuesto por el pensamiento feminista. En efecto, el desarrollo de la praxis jurídica de los derechos ha corregido algunos defectos de la tradición teórica sobre las que se sustentan —la denominada *ethics of rights*— muy criticada, como ya vimos.

Los derechos son portadores de una instancia de reconocimiento: no basta que el individuo tenga los derechos, sino que es imprescindible que le sean reconocidos. Para que eso se produzca, las pretensiones de que algo sea un derecho deben convalidarse en un debate público.²⁴² El reconocimiento comporta, pues, una suerte de aprobación moral por parte de los otros. De ahí que la dinámica del reconocimiento excluya una visión radical de la autonomía. La reivindicación solipsista de una pretensión subjetiva difícilmente se convertirá en un derecho. La cuestión del reconocimiento resulta más compleja debido a su conexión con la identidad, puesto que la identidad se plasma, de alguna manera, tanto en el reconocimiento como en su ausencia.²⁴³

En la praxis de los derechos, el reconocimiento supone una respuesta desde el exterior, una recepción *activa* que permite avanzar en la consagración del derecho, una exigencia que responde a la vocación natural de los derechos de concretarse bajo formas específicas de protección.²⁴⁴ Las formas de tutela y de garantía de los derechos pueden ser diversas: desde la constitucionalización hasta

²⁴² Taylor, C., *The Politics of Recognition*, *cit.*

²⁴³ *Ibidem.*

²⁴⁴ La misma positivización puede ser interpretada como una forma de tutela. La idea de que hay un derecho humano allí donde hay un derecho garantizado, o una pretensión moral justificada con esperanza de positivización, ha sido desarrollada por Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III y BOE, 1995, pp. 353-379.

la tutela jurisdiccional y administrativa, pero son siempre el signo de una “correlación” entre derechos y deberes que, en última instancia, manifiesta una interdependencia entre sujetos diversos. Que luego los derechos deban o no ser protegidos en forma de no interferencia, dependerá del tipo de bien que se pretenda tutelar. Como sabemos, la no interferencia se refiere, básicamente, a los derechos de la primera generación (llamados derechos de libertad), pero no afecta a las sucesivas generaciones (los derechos sociales y de solidaridad). No obstante, aunque los derechos clásicos de libertad exigen la abstención de toda posible ingerencia, su protección sí requiere de una intervención por parte de terceros (el Estado, una organización supranacional u otros) que asegure su protección; es decir, requiere la respuesta de parte de otros sujetos.

El papel del tercero en la protección del derecho —y, por tanto, la dimensión de intersubjetividad— destaca especialmente en los derechos de la segunda, tercera y cuarta generación: los derechos políticos suponen una predisposición de la estructura que permita la participación en la formación de la voluntad política; los derechos sociales requieren de estructuras de asistencia o de instrucción adecuadas para ofrecer sus prestaciones. Siendo cierto que la doctrina liberal ha privilegiado los derechos de libertad, también lo es que en la praxis de los derechos no ha prevalecido la actitud de no interferencia, sino la creación de instrumentos dirigidos a la tutela de los derechos, generalmente a través de verdaderas y propias injerencias.

Fácilmente podemos encontrar correspondencias entre los valores de solidaridad e igualdad que están en la base de los derechos de la segunda generación y los valores propuestos por la *ethics of care*. Pero la posibilidad de desarrollar el *care* como valor social y político no es contraria al desarrollo de los derechos en la perspectiva de la libertad.

No hay duda de que el concepto de libertad históricamente prevalente en la tradición de los derechos ha sido el de la libertad ne-

gativa.²⁴⁵ Sin embargo, ese concepto se ha ido ampliando progresivamente. De una parte, la libertad ha puesto el acento sobre el valor de la participación política, mostrando un rostro de la libertad que se exterioriza como actividad positiva de los sujetos, misma que requiere del resto de los ciudadanos y del Estado una correlativa actitud positiva. De otra parte, los derechos sociales han suscitado una cuestión de libertad fáctica.²⁴⁶ La constatación de la indivisibilidad y de la continuidad de los derechos comporta también una conexión entre ellos. ¿Cómo se puede pensar en una participación libre y consciente en la formación de la voluntad política sin una adecuada instrucción, sin la garantía de un nivel mínimo de subsistencia y de integración social, sin libertad de pensamiento y de asociación?²⁴⁷

A este propósito es útil recordar que la reivindicación de las mujeres acerca de los derechos políticos no constituye un dato insólito: forma parte de un proceso de generalización que les afecta no sólo a ellas sino a todos los sujetos que en determinados momentos de la historia han sido excluidos. Las mujeres serían las “últimas en llegar”, en cuanto que últimas beneficiarias del proceso de generalización de los derechos, según la lógica de la progresiva inclusión que es propia del principio de imparcialidad.

Más allá de cuál pueda ser la contribución de las mujeres, como nuevo sujeto político, importa ver qué han aportado en cuanto a cambios cualitativos.²⁴⁸ Durante siglos, se había pensado que la participación en la vida pública requería una previa cobertura de las tareas de cuidado y de satisfacción de las necesidades primarias, tradicionalmente confiadas a las mujeres, considerándolas inclinadas naturalmente a cuidar de las personas con las que están vinculadas; de ahí que su actual presencia en la esfera pública de-

²⁴⁵ Cfr. Berlin, I., *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, trad., introd. y notas de A. Rivero, Madrid, Alianza, 2001.

²⁴⁶ Sen, A. K., *Desarrollo y libertad*, cit., pp. 92-105.

²⁴⁷ Se trata de la posición de Alexy, R., *Discourse Theory and Human Rights*, cit.

²⁴⁸ Cfr. Gianformaggio, L., “La soggettività politica delle donne: strategie contro”, en *id.*, *Filosofia e critica del diritto*, cit., pp. 155-173.

bería poner en cuestión esta premisa. La liberación de las mujeres frente al ámbito privado no comporta sólo compartir esas tareas con los hombres, significa también la posibilidad de hacer valer en la esfera pública las cualidades “femeninas”: importar hacia esa esfera la atención por el otro, animarla con relaciones significativas²⁴⁹ y redescubrir que las cuestiones “privadas” con mucha frecuencia suelen tener una relevancia pública.

En la historia de los derechos se descubre también una progresiva contextualización respecto a los contenidos, las circunstancias o las condiciones particulares de los sujetos.²⁵⁰ Los derechos se han desarrollado bajo la exigencia de reconocimiento de bienes necesarios para la realización de la persona en su singularidad y en aquellos contextos relacionales en los cuales esa singularidad es posible. Bobbio ya había señalado el tránsito que se ha producido desde la consideración del hombre abstracto hasta su percepción en las diversas fases de la vida y en sus diferentes estadios.²⁵¹ Los derechos son, pues, más compatibles con la diferencia y con la contextualización que con la uniformidad.

La tercera de las críticas del pensamiento feminista a los derechos radica en la contraposición de dos concepciones metodológicas racionales. Una es abstracta, relativa a la ética de la justicia y consistente en la aplicación imparcial y coherente de las reglas a todos los casos semejantes según el mecanismo de la subsunción mecánica. La otra se caracteriza por el *care*, atenta a la peculiaridad de cada situación. Cuando la razón tiene una finalidad práctica se expresa en un uso circunstancial y conjetural, requiriendo de sensibilidad y perspicacia, de receptividad y apertura. Una flexible

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 165. Haaland Matlary, J., *El tiempo de las mujeres. Notas para un nuevo feminismo*, Madrid, Rialp, 2000, ha sostenido que el éxito del feminismo no estará en la equiparación cuantitativa de la presencia de las mujeres en el ámbito público, sino sobre todo en la *feminización* del ámbito público.

²⁵⁰ Junto con la positivización, la internacionalización y la generalización, la especificación es una de las líneas evolutivas de los derechos humanos señalada por Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 351 y ss.

²⁵¹ Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, pp. 62-72.

capacidad de discernimiento, propia de la razón práctica, hace posible una adecuación a las circunstancias: “la decisión consiste en una percepción que reacciona flexiblemente ante una situación determinada”.²⁵² El pensamiento práctico se adapta a la mutabilidad, a la falta de fijación en el tiempo, a la indeterminación, complejidad y variabilidad de los contextos, a la particularidad y a la irrepetibilidad.²⁵³

No es posible afrontar aquí adecuadamente el tema, pero es indudable que la irrupción de los principios y los derechos en el mundo del derecho y las reglas, que se ha consolidado en la última parte del siglo pasado, ha evidenciado la necesidad de transformación de la metodología aplicativa del derecho. La idea de que en el derecho existen principios y reglas ha obligado a determinar si la diversa cualidad de estos elementos requería también de una diversa metodología de aplicación.²⁵⁴ La estructura de los principios como mandatos de optimización, en todo caso irrenunciables, comporta un modo distinto de comprender sus relaciones. Las relaciones entre principios —a veces contradictorios entre sí— no son relaciones de exclusión —como sucedería en el caso de las reglas— sino de precedencia en el *caso concreto*, sin que se puedan construir reglas fijas de precedencia, precisamente porque la jerar-

²⁵² Nussbaum, M. C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, cit., p. 557.

²⁵³ *Idem*.

²⁵⁴ Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, trad. de J. Malem, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 65; también Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., p. 122. R. Dworkin ha insistido sobre todo en la contraposición entre principios y políticas, de un lado, y reglas, de otro, sobre la base de su diversa metodología de aplicación: los primeros con la ponderación, las segundas bajo la forma del todo o nada (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 80-101). Dentro de la categoría no susceptible de aplicación, según el método de la subsunción, ha distinguido principios y políticas que se diferencian porque los primeros expresan “una exigencia de justicia, corrección, o cualquier otra dimensión de la moral”, de la cual es necesario medir el peso, y los segundos indican “un objetivo a conseguir, en general un mejoramiento de cualquier aspecto —económico, político o social— de la vida de la comunidad” (*ibidem*, p. 80). La categoría de principios formulada por Alexy resulta comprensiva de derechos, políticas u otros estándares.

quía depende de la situación particular en la cual los principios se confrontan.²⁵⁵ La transformación del derecho en un “derecho dúctil”,²⁵⁶ usando una imagen sugestiva que expresa bien la cualidad de un ordenamiento que incluye en ocasiones principios de signo contrario, ha comportado una revisión de la razón jurídica en la línea de una aproximación a la metodología del razonamiento práctico. No basta, obviamente, señalar la distinta dirección de los principios para remitirse directamente al razonamiento práctico. Es necesario también desentrañar la naturaleza de fines y de bienes expresada en los principios. Ya que lo propio del razonamiento práctico es precisamente la elección justa en relación con diversos fines relevantes y en relación con medios más o menos adecuados.

En general, la praxis de los derechos se configura como una práctica “hermenéutica” que sigue el método de la búsqueda dinámica del “ajustamiento”. En la configuración de pretensiones subjetivas como derechos²⁵⁷ y en el proceso de aplicación de los derechos, hace falta un saber práctico que requiere de profundización y puesta a punto.²⁵⁸ En definitiva, sólo tomando en serio la praxis jurídica de los derechos se puede escapar de la crítica que el pensa-

²⁵⁵ Cfr., por todos, Moreso, J. J., “Conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion Pratica*, 18, 2002, pp. 201-221, y Celano, B., “«Defeasibility» e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili”, en el mismo número, pp. 223-239.

²⁵⁶ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, cit., pp. 9-11.

²⁵⁷ El límite jurídico de los derechos parte de la idea según la cual todo derecho es limitado por el derecho de otro. De este modo, el ejercicio de uno coincide con la negación de otro. El límite desaparece cuando existe un enfrentamiento entre pretensiones subjetivas; en ese caso, los derechos como fenómeno jurídico son el resultado de una mediación (cfr. D’Agostino, F., *Filosofía del diritto*, cit., pp. 246 y 247). Sobre el papel de la ley como resultado del ajustamiento entre diversas pretensiones subjetivas, Ollero, A., “Hacia una teoría jurídica de los derechos humanos”, en *id.*, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 149-168.

²⁵⁸ La revisión de la razón práctica, que en el último siglo ha asumido la forma de “rehabilitación”, excede nuestro cometido. Como referencia fundamental cabe señalar el texto realizado por Riedel M., *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Friburgo, Rombach, 1972, y Volpi, F., “La rinascita della filosofia pratica in Germania”, en Pacchiani, C. (ed.), *Filosofía pratica e scienza politica*, Abano, Francisci, 1980, pp. 11-97.

miento feminista ha vertido sobre ellos calificándolos de “ideología” universalizante, pero reconociéndoles al mismo tiempo su legitimidad.

7. *La imparcialidad tras la virtud*

Antes de concluir este recorrido por las teorías de la justicia contemporáneas vale la pena detenerse sobre la aportación que una última línea de pensamiento, el comunitarismo, puede realizar a la reflexión sobre la imparcialidad.²⁵⁹ Entre las teorías de la justicia encontramos una que nos suscita un interés particular porque invita a volver a los orígenes valorando de nuevo el pensamiento de Aristóteles.²⁶⁰ En honor a la verdad no creo que el retorno a Aristóteles resuelva el problema que nos ocupa. La evolución del concepto de imparcialidad —con las formas que ha ido asumiendo a lo largo de la historia— muestra con claridad que sería contraproducente prescindir de alguna de ellas, incluida la comunitarista. Eso significa que el pensamiento aristotélico y la sugerencia comunitarista de retomarlo también deben ser tomadas plenamente en serio. Desde la óptica que hemos adoptado nos interesa particularmente la concepción que el comunitarismo plantea acerca de la razón práctica.

Desde los años sesenta en adelante, como es sabido, la reflexión filosófico-política sobre la justicia comparte dos características fundamentales: la actitud crítica frente al utilitarismo y la amplia aceptación de los planteamientos liberales. El horizonte liberal abarca posiciones muy diversas y distantes pero, como ya hemos señalado, siempre coincidentes en los temas de fondo, entre los que se encuentra una determinada concepción de la racionalidad y la afirmación del primado de los derechos. En los años ochenta el paradigma liberal se convierte en objeto de críticas por parte de un

²⁵⁹ Cfr. Etzioni, A. (ed.), *New Communitarian Thinking. Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, Charlottesville-Londres, University Press of Virginia, 1995. Cfr. también Pariotti, E., *Individuo, comunità, diritti, tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Turín, Giappichelli, 1997, pp. 25-70.

²⁶⁰ Recordamos que el título de este párrafo conclusivo es el de la obra de MacIntyre, *Tras la virtud, cit.*, p. 314.

conjunto de estudiosos habitualmente denominados comunitaristas. Con diferencias entre ellos, las críticas de los comunitaristas apuntan hacia los presupuestos fundamentales del liberalismo; en particular, hacia el individualismo metodológico y la concepción instrumental de la racionalidad. Ellos proponen frente a la perspectiva universalista una valoración del carácter contextualizado y encarnado de las tradiciones. Desde esta óptica se revisan las propuestas liberales a los problemas clásicos de la justificación de los derechos, la naturaleza de la política y el problema de la identidad personal.

Su contribución a la reflexión sobre la imparcialidad pasa por su peculiar manera de entender la razón práctica y su relación con la justicia: dos puntos cruciales —como vimos— del concepto de imparcialidad. En este contexto resulta paradigmática la obra de MacIntyre que sin ser, en sentido estricto, un filósofo político, ya que se interesa más por las cuestiones epistemológicas y de ética general, se ha ocupado de cuestiones de justicia, de razón práctica y de su mutua vinculación.²⁶¹ Su crítica al planteamiento liberal gira en torno a dos ámbitos: desde el punto de vista epistemológico juzga imposible la neutralidad de la racionalidad, ya que ésta depende de conceptos preconcebidos y de contextos de argumentación; desde el punto de vista ético, sostiene la incapacidad del liberalismo para motivar adecuadamente a sus ciudadanos.²⁶² Mediante el reconocimiento del papel de la tradición en el proceso cognoscitivo, el comunitarismo acoge, de alguna manera, una sugerencia de la perspectiva hermenéutica.²⁶³ Sus problemas nacen, sin embargo,

²⁶¹ Cfr. MacIntyre, A., *Tras la virtud*, cit., pp. 291-304; *id.*, *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*, trad. y presentación de A. J. G. Sisón, Madrid, EIUNSA, 1994, pp. 132-146; el último capítulo de *Tres versiones rivales de la ética: enciclopedia, genealogía y tradición*, cit.; *id.*, *Animales racionales dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001; *id.*, “Política, filosofía e bene comune”, *Studi Perugini*, 1, 1997, pp. 9-29.

²⁶² D’Avenia, M., “L’aristotelismo político di Alasdair MacIntyre”, *Acta Philosophica*, 9, 1, 2000, pp. 111-119.

²⁶³ Este acercamiento, excesivamente sumario, no nos permite desarrollar las razones de tales problemas. En todo caso uno de los ejes de la perspectiva hermenéutica sustenta la idea de que el conocimiento nunca parte de cero. Cfr. Gada-

cuando se intenta traducir esa perspectiva epistemológica en el campo político.²⁶⁴

El análisis de MacIntyre resalta un punto importante para nuestro estudio. A la constatación de que existe un desacuerdo radical entre las diferentes concepciones sobre la justicia, sigue un diagnóstico sobre la causa de tal desacuerdo: la raíz del problema residiría en la diversidad de racionalidades prácticas. La multiplicidad de respuestas al problema “qué es justo hacer” depende, en efecto, de la multiplicidad de ideas sobre la razón práctica. Responder a la pregunta sobre la justicia significa saber qué exige la racionalidad práctica y cuáles son sus criterios. Releyendo esta observación a la luz de la doble dimensión de la imparcialidad que hemos planteado aquí, sería imposible saber lo que es justo si no sabemos qué significa ser objetivo. La ambigüedad de la obra de Rawls radicaría en la no resolución de estos problemas: ser racional, en sentido práctico, puede significar actuar sobre la base de cálculos entre costes y beneficios, pero también actuar bajo el vínculo de la imparcialidad, o incluso actuar de modo estratégico.²⁶⁵

La concepción iluminista sobre la que MacIntyre proyecta su crítica sugería, como única solución a la pluralidad de opiniones sobre la razón práctica, eliminar las diferentes teorías en competición, liberarse de situaciones particulares en la valoración de las cuestiones morales y asumir una óptica auténticamente neutral e imparcial (por tanto universal) a la hora de juzgar las opiniones en conflicto.²⁶⁶

MacIntyre no rechaza el carácter múltiple de las respuestas sobre la justicia, es más, las considera inconmensurables,²⁶⁷ pero nie-

mer, H. G., *Verdad y método*, 8a. ed., trad. de A. Agud y R. De Agapito, Salamanca, Ed. Sígueme, 1999, pp. 367-381.

²⁶⁴ Una compilación de las críticas sobre las consecuencias políticas del planteamiento comunitarista se encuentra en Kymlicka, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, cit., capítulo 6.

²⁶⁵ MacIntyre, A., *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*, cit., vol. I, pp. 19-22.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 19.

²⁶⁷ No se está intentando aquí la “cuadratura del círculo” respecto a la justicia, o sea, encontrar un acuerdo racional válido para todos en esta cuestión. Sobre la

ga el carácter neutral de la concepción iluminista. Considera que también ella es deudora de preconcepciones sobre la capacidad de la razón. Tal descubrimiento no pretende inducirnos a buscar una propuesta realmente neutral, sino convencernos definitivamente de que la neutralidad no es posible. Debemos concluir, pues, que todo modelo de justicia o de razón práctica depende de presupuestos epistemológicos y antropológicos, y de un particular modo de interpretar la realidad social. Por ello, no debe sorprendernos que en la razón práctica “un cierto grado de circularidad sea ineliminable”.²⁶⁸

La crítica comunitarista a la neutralidad vale también como crítica a la imparcialidad si se identifican imparcialidad y neutralidad, pero ya habíamos excluido esa posibilidad. En última instancia, la neutralidad es impracticable porque presupone una imposible posición abstracta del sujeto cognoscente, privada de puntos de referencia y de valores de fondo. La imparcialidad, en cambio, no prescinde de puntos de partida y de preconcepciones, ni se expresa como suspensión de la valoración, sino que reclama una toma de posición, se cumple en la realización del juicio y se concreta en la igual consideración de todas las partes y en el reconocimiento y respeto a sus diferencias y a sus razones.

La propuesta iluminista de individuar justificaciones racionalmente aceptables por todos resulta desmentida performativamente: así lo demuestra la existencia real de concepciones enfrentadas de la justicia. La alternativa consistiría en recuperar aquello que la metodología iluminista había eliminado: la posibilidad (necesidad) de que una indagación racional se encarne en una tradición y en un contexto social o comunitario, en una tradición que se muestre en la historia como una búsqueda dependiente de prácticas de vida, objetivos y finalidades perseguidas en común.²⁶⁹ Desde el

tentación de cuadrar el círculo en relación con las teorías de la justicia, *cfr.* Celano, B., “Teorie della giustizia”, *Ragion Pratica*, 7, 1996, pp. 77-98.

²⁶⁸ MacIntyre, A., *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*, *cit.*, vol. I, p. 19.

²⁶⁹ *Id.*, *Tres versiones rivales de la ética: enciclopedia, genealogía y tradición*, *cit.*, pp. 176 y ss.

punto de vista crítico esto significa que hace falta conocer la historia de los criterios de racionalidad y que el contenido de verdad de una doctrina depende del modo en que haya sido históricamente defendida. Desde el punto de vista práctico significa, en cambio, que el razonamiento práctico tiene lugar siempre dentro de una tradición y en un contexto.

MacIntyre articula su reflexión, coherentemente con su propuesta, mediante la comparación de algunas tradiciones históricas. Finalmente, acoge con particular convicción la doctrina aristotélica hasta el punto de plantear un retorno a Aristóteles, a su concepción de la justicia y de la razón práctica. Pero ¿es posible un retorno a Aristóteles “sin pérdidas”? La pérdida más grave atendiendo a los postulados comunitaristas sería la del punto de vista universal. En la alternativa universalismo/comunitarismo —también virtud/norma o imparcialidad de la virtud/imparcialidad de la ley— *tertium non datur*: aquí reside el dilema de la ética contemporánea.

El vínculo intrínseco entre juicio epistemológico y contexto social —no como dato de hecho sino como historia de la peculiar concepción de la justicia en una específica comunidad— muestra que la imparcialidad es deudora de una particular conformación de la razón. En tal caso debemos decir que son “particulares” tanto la razón práctica como la justicia. Si esto significa afirmar que ambas no pueden darse si no es en un determinado contexto, nada hay que añadir sino tomar nota de la observación. Pero eso no significa que las diversas concepciones de la razón práctica y las diversas concepciones de la justicia sean funcionales para un determinado paradigma y, por tanto, que sean inconmensurables.

Una de las aportaciones más significativas del comunitarismo a la comprensión de la imparcialidad está en la imposibilidad de separar la imparcialidad del juicio y la imparcialidad de la justicia, es decir, la inseparabilidad entre justicia y razón práctica. La idea de imparcialidad como aplicación coherente de las reglas está subordinada a la imparcialidad *tout court* en razón del papel subordinado de los preceptos respecto a la virtud en la vida moral. Las reglas son secundarias respecto a la virtud: sirven para hacernos entender

que existen algunos equilibrios —distributivos— que no deben ser transgredidos. Esto lleva a MacIntyre a defender el primado de la equidad sobre la imparcialidad. La imparcialidad viene pensada primariamente como la individuación de lo justo en concreto, no ya como perteneciente a la estructura de las reglas. En ese sentido entiende MacIntyre el primado de la virtud en la ética.²⁷⁰

Una última aportación de esta línea de pensamiento está en la idea de que la acción justa depende de una concepción del bien. El vicio opuesto, por exceso, a la imparcialidad —la *pleonexia*, de la que MacIntyre critica la traducción desenfocada de Hobbes como “deseo de tener más de la propia parte” —²⁷¹ no se puede reconducir a un deseo malo —la avaricia— sino a una inadecuada concepción del bien. La misma estructura puede individuarse para todas las virtudes. El problema reside entonces en saber cuál es la concepción de bien más adecuada para promover la imparcialidad. Desde este punto de vista, el comunitarismo recupera una interesante relación entre imparcialidad y bien; relación que la tradición liberal siempre ha considerado peligrosa. No obstante, si la concepción del bien depende de un contexto social —como presupone MacIntyre—, al igual que la concepción de una particular virtud, entonces hemos de concluir que la concepción del bien sólo puede considerarse correcta desde dentro del sistema, haciendo con ello imposible una valoración objetiva.

Una última pregunta debemos formular: ¿existe una convergencia real entre la concepción aristotélica clásica y el redescubrimiento actual de la virtud? Ya hemos señalado que el retorno actual a la virtud está ligado, en general, a una orientación relativista, como reacción a la abstracción de los proyectos de universalizabilidad de cuño kantiano. De este modo, la recuperación de la virtud

²⁷⁰ Cfr. Slote, M., *From Morality to Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 1992; Crisp, R. y Slote, M. (eds.), *Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1997, conteniendo una antología de ensayos de Anscombe, Williams, Stocker, Murdoch, Foot y otros.

²⁷¹ MacIntyre, A., *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*, cit., vol. I, p. 169.

viene acompañada del rechazo al proyecto de racionalidad dirigido a justificar las normas universales. En concreto, lo que se niega es que la ética deba ser universal y lo que se afirma es que toda posible justificación queda confinada dentro del horizonte de las tradiciones.²⁷² El pensamiento clásico parecía proponer, en cambio, una ética de la virtud junto a una concepción objetiva del bien humano; objetiva no en sentido absoluto sino en el sentido de no completamente dependiente de razones contingentes, ligadas a una particular tradición, pero que a pesar de todo permitía criticar al resto de tradiciones de pensamiento.²⁷³

²⁷² *Id.*, *Tras la virtud*, *cit.*; véase también Foot, P., *Virtues and Vices and Others Essays*, Berkeley, University of California Press, 1978, y Williams, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1985.

²⁷³ Para una defensa de la obra aristotélica en este sentido, *cfr.* Nussbaum, M., "Non-Relative Virtues. An Aristotelian Approach", en Sen, A. K. y Nussbaum, M. (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 242-270.

Capítulo segundo. ¿Una moral imparcial?	131
I. Ética y moral: a propósito de una distinción	135
1. Filosofía moral y saber ético	137
2. El objeto de la ética y de la moral	140
II. La imparcialidad en la moral como justificación	144
1. Justificación y prioridad de lo justo sobre lo bueno	146
2. ¿Universal en qué sentido?	150
3. Razón práctica y razón justificadora	153
4. La anulación de la razón práctica como facultad subjetiva	158
5. Imparcialidad e intereses	165
III. La imparcialidad en la ética	169
1. Interés personal e imparcialidad	174
2. Egoísmo y simpatía	177
3. Autointerés y simpatía “sustanciales”	179
4. Imparcialidad y regla áurea	185
IV. Éticas plurales	189
1. Pluralismo: ¿un hecho o un valor?	192
2. Multiculturalismo e inconmensurabilidad	198
3. Primado del juicio subjetivo y dimensión institu- cional de la razón	203
4. Imparcialidad, objetividad y verdad ética	206

CAPÍTULO SEGUNDO

¿UNA MORAL IMPARCIAL?

El debate ético contemporáneo, muy articulado y complejo, afecta al contenido de la ética, a su objeto, fin y estatuto epistemológico. No pretendemos reconstruir ese debate. Con un alcance más modesto reflexionaremos sobre algunas cuestiones relevantes en relación con la imparcialidad y los problemas que ésta genera en el terreno moral.

Partiremos de una constatación: la imparcialidad está presente como valor dominante en la cultura moral contemporánea y consideramos que esa centralidad depende de la manera peculiar en que se percibe el fenómeno moral. Y viceversa: este modo peculiar de entender la ética está influido también por una determinada concepción de la imparcialidad. Por ahora, a los términos moralidad y ética los consideraremos sinónimos: más adelante los distinguiremos. Notamos también que los diversos significados que admite la imparcialidad son todos sustancialmente reconducibles a la doble dimensión anteriormente señalada: el sentido epistemológico como objetividad —corrección en el juicio— y el sentido intersubjetivo, como principio normativo que impone respetar una proporcionalidad entre intereses diversos. Veamos ahora con detenimiento la relación entre moralidad e imparcialidad.

Para determinar el significado de “imparcialidad” en la experiencia práctica habíamos acudido a dos tradiciones: la aristotélica y la kantiana. También ahora partiremos de dos modos diversos de entender la moralidad y su relación con la imparcialidad.

Para el primer modelo, el problema consiste en fundamentar las pretensiones de validez universal de un principio de acción moral. La estructura de la moral así entendida se configura de dos mane-

ras: como determinación de métodos para validar principios “dados” —independientemente del modo en que hayan sido identificados por los individuos— o como determinación de mecanismos para individuar —“construir”— principios morales válidos para todos. La búsqueda de métodos de validación de principios morales comprende las distintas modalidades del *test* de universalizabilidad. Los mecanismos para individuar principios morales pretenden identificar la mejor posición epistémica con el fin de realizar esta tarea; por ejemplo, las diversas versiones de la posición originaria, los métodos del observador ideal o la mirada externa al sistema. En este modelo, la imparcialidad se hace presente en la argumentación y justificación de las acciones morales y de los principios del actuar moral. La imparcialidad en los procesos de justificación y argumentación se manifiesta a través de juicios y constituye una característica de los procedimientos que realizan esas operaciones. En este primer modelo prevalece, pues, el aspecto epistemológico de la imparcialidad, es decir, su configuración como una cualidad del juicio.

Existe una segunda concepción de la moral —en este caso se la denomina ética— cuyo objetivo es “guiar” las acciones. La ética consiste, pues, en un conjunto de principios orientadores del actuar humano. Con ella pretendemos responder a la pregunta sobre la vida buena: “qué vida es buena para ser vivida”. La imparcialidad se plantea aquí como criterio para determinar qué acciones son necesarias para una vida buena, de ahí que ya no se trate solamente de una cualidad del juicio, sino también de un principio normativo “material”: un valor a realizar. El contenido específico de ese valor es el equilibrio intersubjetivo (lo que no significa excluir de la ética la imparcialidad como rectitud del juicio). En todo caso podemos decir que la moralidad de una acción depende de que haya incorporado o no el valor de la imparcialidad. Tampoco significa esto que la imparcialidad sea el único valor que deba realizarse: es uno entre la pléyade de valores que deben tomarse en consideración. Pertenecen a este modelo todas las concepciones que van a la búsqueda de los principios de acción. Los principios que orientan

las acciones y las relaciones intersubjetivas pueden ser múltiples: el *self-interest*, la benevolencia, el altruismo, la caridad. Para determinar la moralidad de una acción, la imparcialidad siempre juega un papel junto a los principios éticos: puede comparecer (o no hacerlo) y puede resultar prevalente (o subordinada) respecto de esos principios, pero siempre está presente. Ante el caso concreto, los principios éticos han de ser ponderados y jerarquizados. La jerarquización de los principios es el resultado de un juicio que consiste en evaluar —valorar, ponderar— el peso que debe concederse a cada uno de ellos en una situación determinada.

Podríamos identificar una tercera acepción de la moral que presenta alguna semejanza con los dos modelos anteriores. De acuerdo con él, la aprobación moral está guiada “directamente” por sentimientos como el autointerés, la simpatía o la empatía. Es semejante al segundo modelo —el de las denominadas teorías éticas— por su propuesta de principios “materiales” de moralidad dirigidos a guiar la acción, pero difiere de él porque los sentimientos o las inclinaciones sustituyen al juicio. El sentimiento constituye una motivación “no cognitiva” —entendiendo por *cognición* lo relativo a un acto de conocimiento— que induce “automáticamente” a la acción. En este caso, la imparcialidad dependería de la conjunción entre un principio (por ejemplo, el amor propio) y una inclinación (como el sentimiento de benevolencia). Pero llevando al extremo esta línea de pensamiento podría considerarse un eventual choque entre principios o sentimientos opuestos y entonces estaríamos ante una imparcialidad sin juicio que, presumiblemente, resultaría bastante precaria y aleatoria. En toda acción moral siempre concurren sentimientos diversos, pero deben ser sometidos a un juicio en función de principios: sólo desde esa posición epistemológica puede realizarse un juicio imparcial. La presencia de los principios en ese juicio colocaría el modelo cerca del segundo grupo de teorías. Pero la idea de que el contraste de sentimientos es la situación idónea para la individuación de los principios, lo acercaría al primero de los modelos.

La triple distinción de modelos que acabamos de esbozar está basada sobre la tesis moderna de la separación entre lo justo y lo bueno (y en la prioridad de lo justo sobre lo bueno),²⁷⁴ así como de la distinción entre moral y ética.²⁷⁵ Nos detendremos sobre esta última ya que permite distinguir dos acepciones diversas de imparcialidad. Aunque la distinción entre moral y ética siempre acaba derivando en la distinción entre ética clásica y ética moderna, aquí analizaremos dos modelos diversos que pueden encontrarse tanto en la antigüedad cuanto en la modernidad.

En el primer modelo —la moral como justificación— la imparcialidad aparece en su acepción epistemológica, en tanto objetividad en el juicio; en el segundo modelo —la ética como guía de las acciones— resulta más adecuado el significado de imparcialidad en cuanto principio normativo que exige la igual consideración de todos. Según vimos, la acepción epistemológica de la imparcialidad está siempre vinculada con su dimensión intersubjetiva, aunque sea posible distinguirlas analíticamente. De ahí que el punto de conexión entre estas dos concepciones —y también su divergencia— se encuentra en la intersubjetividad. Es decir, la intersubjetividad en la acepción epistemológica es el *medio* para alcanzar la imparcialidad; en cambio, cuando hablamos de imparcialidad-justicia pretendemos indicar que la intersubjetividad es el *contexto* de la imparcialidad, desde donde se muestra la particular relación de proporción entre los intereses que ella pondera. En este último caso, el carácter plural de los sujetos y su interdependencia —derivadas de la idea de intersubjetividad— permiten dar relevancia a un cierto tipo de relación entre ellos (determinan un *estándar* de “relaciones buenas y equitativas”) y ello hace posible establecer un modelo normativo de relaciones sociales.

²⁷⁴ Rawls, J., “La priorité du juste et les conceptions du Bien”, *Archives de Philosophie du Droit*, 33, 1988, pp. 39-59.

²⁷⁵ La distinción utilizada aquí entre moral y ética (la primera relativa a la justificación, la segunda relativa a la guía sobre la vida buena) se encuentra en Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit., pp. 87 y ss.

Obviamente, el problema de la moral no se reduce a la imparcialidad,²⁷⁶ pero nosotros la hemos situado aquí en su contexto más relevante por su vinculación directa con el carácter relacional. Por tanto, del análisis del fenómeno moral que realizaremos quedarán excluidos muchos aspectos importantes no directamente conectados con la imparcialidad. En la ética clásica de la virtud, podemos hablar de imparcialidad como relación equilibrada consigo mismo y con el mundo: una relación de mesura respecto de las propias facultades y pasiones, y de equilibrio respecto de los otros. Utilizaremos ese sentido clásico de imparcialidad, aunque también se la identifica con virtudes como la moderación, la templanza o la justicia,²⁷⁷ que para nuestra perspectiva son significados secundarios o derivados.

Pretendemos verificar la hipótesis de que la estructura del problema moral no permite separar los dos significados de imparcialidad delineados en el capítulo precedente. Cuando se utiliza la dimensión epistemológica de la imparcialidad, se presupone de manera implícita su aspecto ético-intersubjetivo y viceversa: la dimensión intersubjetiva de imparcialidad presupone determinadas implicaciones epistemológicas.²⁷⁸ Esta interdependencia constituiría una especificidad de la imparcialidad en el ámbito ético a diferencia del ámbito político y jurídico.

I. ÉTICA Y MORAL: A PROPÓSITO DE UNA DISTINCIÓN

Antes de examinar la relación de la imparcialidad con la ética o con la moral, habría que profundizar en la distinción, ya apuntada, entre moral y ética, muy significativa en la actualidad. Las raíces

²⁷⁶ Contra Barry, B., *Teorías de la justicia, cit.*, p. 317.

²⁷⁷ Cfr. Platón, *La República, cit.*, libro VIII, 560 e.

²⁷⁸ La resolución del problema de la imparcialidad en el ámbito moral remite a una cuestión más amplia: se trata de saber si el problema moral coincide totalmente con la moral de la justificación, o bien, con la ética como guía de las acciones.

de esta distinción están ligadas a la evolución del *saber* en la cultura occidental, con su redefinición del papel de la filosofía y del conocimiento científico, así como sus repercusiones sobre el saber moral y el conocimiento ético.²⁷⁹

Conviene precisar que la distinción —convencional pero útil— del binomio moral/ética no es equivalente a la del famoso binomio anglosajón *ethics/morality*. La concepción anglosajona de moralidad responde a la idea de conjunto de prácticas morales, de costumbres o, incluso, de convicciones o sentimientos —en vigor o no— propios de una comunidad. En el binomio anglosajón, el contexto de las justificaciones,²⁸⁰ de la racionalización de los principios y las prácticas de moralidad es propio del ámbito ético (y no de la moral). La distinción que nosotros utilizaremos entre moral y ética, generalmente aceptada, resulta más cercana a la tradición continental. La dicotomía *moral/ethics* (anglosajona) indica la distinción entre un objeto y el saber sobre ese objeto. La dicotomía moral/ética (continental) permite, sin embargo, distinguir dos tipos de saber respecto a los hechos morales y dos tipos de objetos del saber moral. La distinción conceptual entre ética y moral debe seguir, en todo caso, dos itinerarios: el nivel del conocimiento *ético* (o *moral*) y el nivel del *objeto* de ese saber.

La divergencia entre ética y moral es expresión de una característica “sociológica” de la moralidad contemporánea: la diversificación y fragmentación de las concepciones éticas, un dato obvio en el panorama multicultural y pluralista de nuestro tiempo. Por consiguiente, resulta más correcto hablar de “éticas” en plural y no

²⁷⁹ González, A. M., “Ética y moral. Origen de una diferencia conceptual y su trascendencia en el debate ético contemporáneo”, *Anuario filosófico*, 33, 2000, pp. 797-832.

²⁸⁰ No se trata, obviamente, de una distinción universalmente válida. Muchos autores, sobre todo de matriz anglosajona, tienden a identificar lo que nosotros entendemos como moral de la justificación con el “pensamiento ético”. Un ejemplo, entre muchos, Nagel, T., *Una mirada de ningún lugar*, cit., p. 161: “el argumento de la ética es como implicarse en el razonamiento práctico y en la justificación de la acción”.

de “ética” en singular, y utilizar el término “moral” en singular en vez de “morales” en plural.

1. *Filosofía moral y saber ético*

La distinción contemporánea entre moral y ética se remonta a la identificación realizada por Kant entre filosofía y crítica, posteriormente sistematizada y asimilada tras una precisa evolución del saber crítico y del concepto de ciencia. Las principales novedades introducidas en el curso de esta evolución afectaron al significado de saber filosófico y a la consolidación del carácter empírico del conocimiento. No podemos analizar a fondo estas cuestiones, tan sólo nos ocuparemos de observar algunas consecuencias de tales procesos.

Una primera diferencia entre filosofía moral y ética, como decimos, se encuentra en la identificación de la primera con el carácter crítico.²⁸¹ La ética aparece como un saber “no crítico” pero no por ello necesariamente “no científico”. La ciencia que tiene como objeto la ética podría entenderse, por ejemplo, como “ciencia de las costumbres” —una suerte de sociología de las reglas morales— que en ese caso resultaría afín a la *ethics* de la tradición anglosajona. No obstante, en Kant la ciencia de las costumbres sigue siendo una indagación de carácter filosófico, y no tiene todavía un corte sociológico o empírico debido a que la ciencia social aún no se funda sobre la verificación empírica, cosa que sucederá poco tiempo después.

Ese paso decisivo hacia el carácter empírico del conocimiento se realiza a través de un complicado itinerario, que da lugar al nacimiento de la ciencia moderna e incide indirectamente sobre la moral. Una de las vías por las cuales el saber científico repercute en la moral radica en la famosa distinción entre juicios de hecho y juicios de valor que, a su vez, se refleja en la distinción entre hechos y

²⁸¹ Cfr. el prólogo y la introducción de Kant, I., *Crítica de la razón práctica*, cit., pp. 36-59. Tal distinción ha sido sistematizada por Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit., pp. 87-105.

deberes, derivada de la llamada “ley de Hume”.²⁸² Entre estas dos dimensiones de la realidad se denuncia un salto ontológico. Hasta Kant, los deberes constituían el significado de las acciones. La tradición empirista, por el contrario, establece una heterogeneidad entre los hechos empíricos y los normativos, a partir de una peculiar concepción del conocimiento: los hechos son susceptibles de verificación empírica pero no así los deberes. De los hechos puede darse un conocimiento científico empírico que no puede darse respecto de los deberes. La denominada “gran división” determina no sólo la heterogeneidad de los hechos morales y empíricos, sino que establece también la tesis de que el acceso cognitivo a los significados morales es impracticable, ya que solamente los hechos son susceptibles de conocimiento y el único “conocimiento” que puede denominarse como tal es el conocimiento empírico. A pesar de la contundencia y difusión del planteamiento, esta última consecuencia afirma algo que está por demostrar. En principio, la heterogeneidad entre hechos y valores implica sólo una diversidad entre los saberes que los tienen como objeto, pero no implica necesariamente afirmar que puede darse un conocimiento “auténtico” de unos y no de otros.

La “empirización” del conocimiento ha llevado, sin embargo, a la articulación de la “ciencia de las costumbres” como una ciencia positiva y descriptiva de las convenciones, principios, reglas y acciones éticas propias de una determinada sociedad; esto es, una ética descriptiva. Se asume, casi consecuentemente, que la única posible finalidad cognoscitiva de una ética que acepta la distinción entre hechos y valores, consiste en la descripción de las prácticas morales de los sujetos en una comunidad determinada y, en su caso, de los hechos lingüísticos que los reflejan. La reflexión ética se articula, pues, de dos maneras fundamentales: puede versar sobre

²⁸² Una reconstrucción de las diversas facetas de la ley de Hume, de las objeciones y los argumentos que la sostienen, puede verse en Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica*, cit. El autor demuestra como, en última instancia, la ley de Hume coincide con una característica “genuina” del razonamiento práctico; en otras palabras, constituye un problema intrínseco del juicio práctico.

el plano de los hechos y entonces se concretará en una constatación sociológica de los hechos morales (la denominada ética descriptiva); o puede versar también sobre los usos del lenguaje, esto es, sobre el ámbito de los usos lingüísticos que expresan contenidos morales —que también son, de algún modo, hechos sociales— (es el caso de la metaética)²⁸³ y, entonces, la ciencia de las costumbres tendrá como objeto identificar el modo en el que se emplea el lenguaje moral, con el fin de purificarlo de los usos impropios.

El carácter trascendental de la moralidad en Kant, aunque está en línea con la *gran división*, constituye, sin embargo y al mismo tiempo, una reacción frente a ella, puesto que admite todavía la reflexión crítica y, sobre todo, porque se sustrae a la acusación de paso indebido de los hechos a los valores, del ser al “deber ser”. En efecto, la idea de Kant de transferir el saber moral a la filosofía trascendental constituye una opción alternativa respecto a la crítica humeana, porque hace posible un nivel de crítica de los principios morales más allá de las acciones concretas: el nivel de la *validez*. A este carácter “trascendental” del fenómeno moral se remiten todas las concepciones centradas sobre la validez de los principios morales; concepciones que, sustancialmente, convergen en la cuestión de la universalidad de estos principios.

Como dijimos, una vez aceptada la *gran división*, la opción residual respecto del saber trascendental es la descripción de los hechos morales o de los usos del lenguaje. El conocimiento moral se articula, pues, como saber trascendental o como saber descriptivo. Este último puede centrarse, a su vez, sobre los hechos o sobre los usos lingüísticos. Pero ¿qué son los “hechos morales”?

La única alternativa para una calificación trascendental de los hechos morales, que los libere de ser objetos de un saber meramente sociológico, es su comprensión como hechos dotados de un significado intencional.²⁸⁴ La intencionalidad puede ser comprendida

²⁸³ Tal es la perspectiva de Moore, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903.

²⁸⁴ En la línea de Anscombe, G. E. M., *Intention*, *cit.*

de dos maneras: como tendencia hacia un fin o como tendencia hacia el objeto de la volición de un sujeto. En la perspectiva kantiana, la interpretación teleológica queda excluida por el carácter formal de la moralidad. De ahí que los hechos morales, en su génesis, sean “tomas de posición”, “elecciones” o “preferencias”.²⁸⁵ Ellos constituyen, básicamente, la materia prima que debe someterse al control de validez. En efecto, las tomas de posición, las elecciones o las preferencias, si no son racionalmente justificables es que no pueden justificarse. El procedimiento de verificación moral está orientado, pues, a determinar el carácter imparcial de los hechos que aspiran a convertirse en “morales”.

2. *El objeto de la ética y de la moral*

La distinción entre ética y moral se revela ilustrativa y particularmente importante para el tema de la imparcialidad, también en un segundo sentido: el relativo a la distinción entre el objeto de la ética y el objeto de la moral.

Desde el punto de vista de su objeto, la moral se refiere a los principios válidos, justos o correctos para todos; la ética, en cambio, se refiere a cómo el “yo” debe vivir (o bien, cómo debe vivir esta comunidad o este grupo determinado); es decir, cómo puedo vivir un yo —un individuo concreto— una vida que exprese realmente aquello que es.²⁸⁶ Se trata de un problema vinculado con el de la identidad.²⁸⁷ Los principios o las reglas de la moral deben ser, por ello, distintas de las de la ética. La diferencia fundamental radica, pues, en el carácter *universal* de la moral y en el carácter *particular* de la ética. En efecto, al igual que la validación de los principios es una cuestión de universalidad, el problema de la identidad es una cuestión de particularidad.

²⁸⁵ Utilizo por ahora estos términos en sentido no técnico, entendiéndolos, además, como sinónimos.

²⁸⁶ Dews, P. P., *The Limits of Disenchantment. Essays on European Philosophy*, Londres, Verso, 1995, pp. 205 y 206.

²⁸⁷ Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit., pp. 99 y 112.

Para comprender la separación entre lo ético y lo moral hace falta partir de una doble premisa, consecuencia de la evolución de la moral en dos líneas aparentemente opuestas: la que afirma el carácter “privado” de las acciones morales y su irreductible inherencia en la subjetividad y la que contempla la universalización como criterio de moralidad. En realidad son dos tendencias interdependientes. El carácter privado de la toma de posición moral es el que hace necesaria una justificación proporcional en términos de universalización. En efecto, donde una acción ha sido realizada con base en reglas válidas para todos o, en todo caso, razonables, la justificación es superflua.

En cuanto a los principios de la moral, puesto que tienden a convertirse en norma válida para todos, resulta oportuna la exigencia de validez.²⁸⁸ Progresivamente, la moral se abstrae del contexto y pierde conexión con la historia y con el tiempo, tanto del sujeto como de las comunidades. Presenta, sin embargo, la ventaja de ser susceptible de argumentación y de justificación. Moralmente válidas son, pues, las normas justificadas o, al menos, susceptibles de justificación. En esta concepción —y en cualquier modelo en el que se confía la validez a un procedimiento— la imparcialidad no está a disposición del sujeto; es decir, no consiste en una posible cualidad suya. El punto de vista imparcial, en este caso, se impone sobre quienes quieran que, en general, entren en esta forma de reflexión del actuar orientado hacia el acuerdo,²⁸⁹ ya que la búsqueda de la validación es un acto de comunicación. Aunque también es posible justificar una acción respecto de sí mismo, se trataría de un tipo de comunicación contrafáctica, con una apertura hacia lo universal. El problema de la justificación resulta, por tanto, estructuralmente vinculado a la intersubjetividad.

Obviamente, cuando un principio moral es válido sirve para la acción. La cuestión reside en resolver el problema de la validez,

²⁸⁸ El mejor ejemplo de este tipo de teoría es la de J. Habermas. Una exposición sintética en *id.*, *Facticidad y validez*, *cit.*, pp. 9-16.

²⁸⁹ Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, *cit.*, p. 109.

que es completamente distinto del de la aplicación: “la *aplicación* imparcial de principios y reglas válidos surge sólo como un *problema derivado*”.²⁹⁰ Este segundo problema, el de la “aplicación”, exige una vinculación entre lo particular y lo universal —propia del juicio— en la cual se pone en juego, según una modalidad subordinada a la primera, el criterio de imparcialidad. En todo caso, es significativo notar que la imparcialidad no se agota en el punto de vista moral universal: se hace necesaria también en el paso hacia la aplicación. Dentro de este segundo nivel, el sentido de la imparcialidad queda vinculado con el conjunto de casos que deberán resolverse del mismo modo si son semejantes y de modo diverso, si no lo son. Aquí la imparcialidad ya no entra en juego como tendencia a la universalidad, sino como criterio de “distribución” de una atención igual para todos los casos.

La dificultad de conectar el problema de la justificación y el de la aplicación ha sido puesta de relieve por el comunitarismo y las teorías feministas. Ambos sostienen que las teorías morales basadas en la justificación universal (la tesis de que lo vinculante es aquello que obtiene el consenso justificado) extrapolan la razón práctica del contexto de la eticidad y la vinculan a un punto de vista restringido, que viene fijado mediante el principio de universalización. Este punto de vista moral requiere de la abstracción bajo diversos aspectos: la indispensable abstracción de los motivos de los participantes, la abstracción de la situación y la de las instituciones y formas de vida existentes.²⁹¹

En el extremo opuesto, la ética, como conjunto de principios dirigidos a la orientación de la vida, tiene que presentarse, necesariamente, como concreta, contextual y particularista, con la ventaja de mirar la realidad de la vida moral —la orientación de la vida en su dimensión práctica— con un sentido pleno. El problema de la imparcialidad radicaría, entonces, en determinar su capacidad para guiar las acciones, para constituir un principio suficiente de actua-

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 80.

²⁹¹ *Idem*.

ción y, finalmente pero no menos importante, de ser practicable por parte de los agentes morales.

A diferencia de la moral, la ética podría definirse en atención al contexto. La ética se refiere, exclusivamente, a cuestiones relativas a la vida buena en función de contextos y situaciones particulares y de tradiciones igualmente particulares. La contextualización comporta una necesaria fragmentación entre éticas diversas, siendo necesaria una comunicación entre ellas para evitar la disgregación del saber ético en distintos saberes inconmensurables. El problema de las diversas éticas es, en efecto, el de su comunicación.

Ni siquiera el punto de vista moral ha escapado al avance de la fragmentación. Una visión más cercana a la realidad de lo moral no mira, efectivamente, a la individuación de normas o reglas válidas para todos. Más bien, la irreductible singularidad de las posiciones morales induce a definir la moralidad como aquella “perspectiva desde la que nosotros, apoyados sólo en razones, podemos decidir imparcialmente entre pretensiones normativas controvertidas”.²⁹² No se trata, pues, de una cuestión general sobre las reglas morales válidas para todos en todos los tiempos, sino de confrontar pretensiones normativas concurrentes, de las cuales unas podrán universalizarse y otras no.

Por ahora, dejamos abierta la cuestión relativa a la posibilidad de comunicación entre pretensiones normativas contrapuestas (volveremos sobre ello a propósito del pluralismo) y retomamos la diferencia entre ética y moral. A primera vista, la diferenciación entre ambas podría acercarse a la distinción entre las dos dimensiones de la imparcialidad a las que ya nos hemos referido. En efecto, la imparcialidad en una moral centrada sobre la justificación, puede remitirse al concepto epistemológico de imparcialidad. Por su parte, en el ámbito de la ética —entendida como reflexión sobre la vida buena— resulta más adecuado el concepto de imparcialidad como actitud de justicia. De todos modos, ambas dimensiones están intrínsecamente ligadas y se reclaman recíproca-

²⁹² *Ibidem*, p. 88.

mente. La verificación de la validez de una pretensión normativa presupone la imparcialidad que regule la igual distribución en la consideración de todas las opciones que se someten a la validación; es decir, presupone la imparcialidad como actitud de justicia en sentido amplio. Por otra parte, el principio ético de imparcialidad impulsa a mirar las cosas desde el punto de vista de su aceptabilidad, por tanto, desde la objetividad del juicio.

En última instancia, afirmar que la moral de la justificación presupone una ética de la imparcialidad (el paradigma de las éticas que asumen el principio de imparcialidad), supone aceptar que en la base de toda teoría de la justificación se encuentra una teoría del valor normativo de la imparcialidad. En ese sentido hemos hablado de “éticas de la imparcialidad”.²⁹³ Desde este punto de vista, los problemas que la imparcialidad plantea a la ética son problemas también comunes a la moral de la justificación.

Por otra parte, la dimensión conceptual de la ética como doctrina de la vida buena, se aproxima al tema de la identidad y se aleja de la perspectiva de la imparcialidad como objetividad en el juicio. El progresivo acercamiento de la ética al problema de la identidad ha generado, en efecto, su progresivo alejamiento de la imparcialidad, problema que alcanza su punto culminante en la dimensión política.

II. LA IMPARCIALIDAD EN LA MORAL COMO JUSTIFICACIÓN

Hemos subrayado en varias ocasiones cómo en la diversidad de concepciones y posiciones morales actuales no preocupa el problema de orientar la acción —que se deja al arbitrio del individuo— sino que prevalece la cuestión de justificar la acción moral. Bajo esta óptica, la imparcialidad se configura como un punto de

²⁹³ Véase el apartado IV, punto 2, “Éticas imparciales y perspectiva contractualista”, del capítulo primero.

vista “objetivo”. La objetividad pura, trascendental —desde la perspectiva kantiana de la razón práctica—, sufre un redimensionamiento dentro de la *Crítica del juicio*, pero, sobre todo, son los seguidores de la tradición kantiana quienes terminan por identificarla con la “intersubjetividad” lo que vendría a ser como una versión *soft* de la universalidad.

La intersubjetividad se entiende, fundamentalmente, de dos maneras: como contexto de la moralidad y como medio de individuar o establecer lo que es moral. La primera noción, es decir, la tesis según la cual la determinación de lo justo y lo injusto se produce dentro de un proceso intersubjetivo, no es ciertamente moderna. Podría encontrarse, al respecto, una continuidad entre autores tan distantes como Tomás de Aquino y Jürgen Habermas. Quizá la primera formulación de esta tesis se encuentra en Aristóteles, cuando sostiene que la sociedad es el lugar de la comunicación de lo justo y de lo injusto “esto es, en efecto, lo propio del hombre respecto de los animales, tener, él solo, la percepción del bien y del mal, de lo justo y lo injusto y de los otros valores: la posesión común de ellos constituye la familia y la *polis*”.²⁹⁴ En la concepción clásica, la intersubjetividad cualifica el contexto donde se suscita la indagación moral. La moralidad es una tarea común y el consenso intersubjetivo constituye el signo o indicio de la moralidad de una acción (además de ser la condición desde la que se busca el principio moral); aunque como criterio, ciertamente, la intersubjetividad no es infalible.²⁹⁵

La aparente convergencia sobre el carácter intersubjetivo de la praxis moral se convierte en una evidente divergencia cuando la intersubjetividad se interpreta a la luz de las coordenadas modernas

²⁹⁴ Aristóteles, *Política*, cit., 1253 a 16-18.

²⁹⁵ La indagación moral, pues, debe someterse a la verificación filosófica. Es cierto que la reflexión moral, en general, parte de la consideración de lo que es comúnmente compartido en la sociedad, pero las opiniones deben ser sometidas a cuidadosos exámenes para acreditar su sostenibilidad. Podemos pensar en los diálogos socráticos. Pueden verse, a este propósito, dos ensayos de Berti, E., “La razionalità pratica tra scienza e filosofia e Retorica, dialettica e filosofia”, en *id.*, *Le vie della ragione*, cit., pp. 55-98.

de la moral y la ética. La moral y la ética modernas ponen de relieve dos aspectos importantes de la dimensión moral, ambos referentes a la imparcialidad. Bajo la óptica de la imparcialidad, la moral de la justificación resalta la igual dignidad de todos los sujetos. A esto sigue —en la concepción de la moralidad como tarea común— la obligación de tomar en serio la posición de cada uno de los sujetos para poder individuar los principios válidos. La ética, en cambio, resalta la conexión entre los eventuales principios morales y la acción práctica; en otras palabras, construye un puente entre la reflexión moral y la acción moral. En buena parte, estas dos dimensiones de la moralidad son complementarias y los intentos de separarlas comportan una pérdida para el análisis moral. A continuación examinaremos los principales problemas que se derivan de identificar la moral de la justificación con la moral *tout court* y el correspondiente (y deficitario) concepto de imparcialidad.

1. *Justificación y prioridad de lo justo sobre lo bueno*

La diferencia principal entre la reflexión moral clásica y la moderna puede remontarse a la diversa relación entre justicia y bien, que se aproxima a la contraposición entre ética del bien y moral de la justicia. El objetivo de la ética consiste en ofrecer los elementos necesarios para hacer el bien y la reflexión clásica está completamente centrada sobre el problema de determinar el bien que el hombre debe realizar. La reflexión moderna, en cambio, está centrada sobre el tema de la justificación de la acción moral. A su vez, la distinción entre ética del bien y moral de la justificación se entrecruza —aunque no se corresponde totalmente— con la distinción entre ética y moral. Distinción que aparenta ser estructural, en el sentido de que se refiere a diversos métodos y diversos objetos en relación con el problema moral; aquélla, en cambio, se refiere a una característica del contexto filosófico de fondo, donde se encuadra el problema ético. Además, ética del bien y moral de la justificación presentan también características estructurales diversas. La principal diferencia radica en el hecho de que la ética del bien

es una ética de fines, por ello se configura como una ética teleológica; la moral de la justificación reviste, en cambio, un carácter exclusivamente deontológico o normativo. Por una parte, el bien incorpora una justificación en sí: lo que es bueno justifica la acción que debe realizarse. Por otra parte, decir que una acción está justificada no significa necesariamente que ella remita al bien. No obstante, la idea de justificación parece más adecuada para resolver el problema moral en contextos pluralistas que la idea de bien. En este *background*, la concepción de la moral como justificación y la tesis de la prioridad de lo justo sobre lo bueno se encuentran.

El paradigma fundado sobre la aceptación de esta tesis (prioridad de lo justo sobre lo bueno y centralidad de la justificación) presenta algunas características reseñables. Ante todo, la moral como justificación presupone la idea de que la razón práctica pierde su eficacia de causa final cuando se refiere a cuestiones fundantes.²⁹⁶ Por otra parte, como ya vimos, la cuestión de la aplicación es secundaria y diversa de la justificación. A pesar de todo, la moral de la justificación está orientada a la resolución de un problema práctico: la individuación de principios válidos para todos (principalmente, para una sociedad justa). De entrada, pues, lo que interesa es la justificación de los principios, pero al final éstos deben servir para ser aplicados en casos concretos.

La centralidad de la moral de la justificación, esto es, su compatibilidad con todo tipo de opiniones sobre el bien, proviene de la necesidad de acoger cualquier pretensión normativa sin discriminaciones, o sea, con imparcialidad. Es evidente que donde lo relevante para la moral es la justificación, todas las pretensiones —intereses, preferencias u opiniones sobre el bien— resultan equivalentes ya que no existen criterios independientes a los que someter las distintas posiciones en un juicio de discernimiento. Los criterios de validación son solamente internos a las propias operaciones de validación —o sea, de justificación—, las cuales, una vez desligadas de toda teoría del bien, se configuran como un puro procedimien-

²⁹⁶ Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit., pp. 87-93.

to, de acuerdo con la conocida concepción rawlsiana.²⁹⁷ En cierto sentido, esta característica manifiesta una verdad incontrovertible de la moralidad: se trata de tener como condición necesaria el carácter libre de las opciones, es decir, basarse en la elección libre e independiente por parte del sujeto.²⁹⁸

En la reflexión moral de los clásicos se contempla una moral teológicamente dirigida hacia el bien, mientras que hoy

no conseguimos entender sus especulaciones si no hacemos el esfuerzo de eliminar las nociones *quasi*-jurídicas de la ética moderna. Después de haberlo hecho, debemos preguntarnos (como hacían ellos) no “¿qué es el deber y cuál es su fundamento?” sino “¿qué objetos consideran buenos los hombres y cuál es el verdadero bien o bien supremo?”.²⁹⁹

El modelo clásico de la ética toma en consideración el carácter intencional de la acción moral, sea en cuanto querida por el sujeto, sea en cuanto referida a un objetivo, es decir, teniendo una orientación o una finalidad. La reflexión moderna insiste sobre el carácter normativo de la acción moral en sí misma, carácter que se traduce en la irrelevancia de la intencionalidad entendida como consonancia interna entre acción e intención; es decir, que haya sido querida

²⁹⁷ Como es sabido, la distinción entre procedimientos puros, perfectos e imperfectos, ha sido formulada por Rawls. El procedimiento puro se da cuando no se dispone de un criterio independiente para valorar el resultado derivado de la aplicación; el procedimiento perfecto se produce cuando se dispone de un criterio, independiente del propio procedimiento, para valorar la justicia del resultado y el desarrollo del procedimiento, y está en disposición de garantizarlo siempre; el procedimiento imperfecto se da cuando se posee un criterio independiente, pero no siempre el procedimiento puede garantizar la obtención del resultado (*cf.* Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *cit.*, pp. 84-89).

²⁹⁸ Desde este punto de vista, las únicas teorías que se contraponen a este modelo son las teorías sistemáticas “radicales”, o sea, aquellas en las que el sistema es en sí mismo generador de preferencias. Por ejemplo, la de Luhmann, N., *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, 2a. ed., trad. de S. Pappe y B. Erker, Barcelona, Anthropos, 1998.

²⁹⁹ Sidgwick, H., *Methods of Ethics*, *cit.*, L. I, cap. IX, 1.

o deseada. En la concepción clásica, los dos aspectos de la intencionalidad son correlativos porque el bien es deseable por el sujeto. En la óptica moderna esto se rechaza, al menos desde la concepción kantiana. En ella, la moralidad de la acción es independiente de su desiderabilidad. De ahí que la diferencia entre la ética de los antiguos y la de los modernos está en el papel que juega la libertad en la moralidad, ya que ésta resulta igualmente importante e indispensable para unos y otros. La cuestión reside en determinar si la moralidad es compatible o no con inclinaciones o deseos.

En el caso de la moral moderna, lo relevante está en si el interés, la preferencia o el deseo de un bien, que se pretende como válido por parte del sujeto, puede ser o no universalizable; resulta irrelevante, sin embargo, el problema de la individuación del “verdadero” bien porque, en relación con el bien, lo único interesante es “que sea querido”. Una vez querido y, por tanto, objetivado como pretensión o interés, se hace independiente de su vinculación (o no) con la desiderabilidad. Pero no sólo porque una acción sea querida puede decirse que sea buena: ha de pasar la criba de la justificación. En cierto sentido, la finalidad del control de la universalidad consiste precisamente en intentar que una determinada pretensión pueda entrar en el mundo de la moral. Lo que es querido por un sujeto *es ya bueno para él* pero, antes de ser moral, debe ser convalidado objetivamente por el *test* de la universalidad. Sólo se considerará definitivamente moral cuando se haya acreditado su validez. En la primera fase es admitido al foro de la moralidad sólo “como si” se tratara de un contenido moral. Aquí la imparcialidad viene dada, claramente, no como una de las motivaciones o razones del sujeto, sino como un procedimiento de verificación y como un resultado de ese procedimiento. Con esto, la imparcialidad produce en la acción una misteriosa transformación hacia el plano de la moralidad: como el Rey Midas, confiere el carácter moral a una acción tan sólo con tocarla.

2. ¿Universal en qué sentido?

La otra dimensión de la moral como justificación es su referencia al carácter universal de los principios morales. Este carácter coincide parcialmente con el concepto lógico de universal, según el cual, podemos denominar universal a “aquello que por naturaleza se predica de muchas cosas... y particular, a aquello que no se predica de muchas cosas”.³⁰⁰ Traduciendo este concepto al ámbito ético podríamos decir que un principio moral es universal cuando afecta a muchos sujetos. Pero, sola, esta indicación resulta insuficiente.

Aunque no está ausente de problemas, la indicación cuantitativa ofrece perfiles relevantes: universal es aquello que se refiere a “todos”; esto es, un principio es universal cuando es válido para todos, entendido como cuantificador universal. Esta indicación resulta problemática porque la connotación cuantitativa nunca puede ser absoluta; es decir, no podemos saber nunca si un principio es realmente válido para todos, en el sentido de que todos lo acepten; de ahí la necesidad de recurrir a conceptos probabilísticos o regulativos: es universal aquello que *podría* ser querido, aceptado o compartido por todos. Al carácter probabilístico de la universalidad se añade, además, la problemática determinación de las diversas clases a las que puede referirse el “todos”: todos los hombres, todos los seres sensibles, todos los que poseen la capacidad de sufrir, todos los que pueden entender, etcétera. Una determinación cualquiera en este sentido supone ya una limitación de la universalidad.

Un principio sería universal, entonces, cuando prescribe lo mismo para todos. A esta concepción se oponen dos objeciones, excluyentes entre sí: es posible que un principio sea universal, en el sentido de que es tan general que no prescribe nada, o sea, que está vacío (y por eso prescribe lo mismo para todos); o bien, indica tan

³⁰⁰ Aristóteles, *De interpretatione*, 7, 17 a.

concretamente la misma cosa para todos, que la necesidad de imparcialidad se reduce a una mera mecánica de aplicación.

El carácter universal de un principio —en el sentido de aquello que todos podrían querer— coincide con lo que razonablemente se espera, sobre la base de razones explicables y condivisibles, que todos puedan aceptar o querer. Es, precisamente, en este sentido donde la universalizabilidad y la intersubjetividad resultan indispensables para la moral, considerando que la universalidad depende de la relación entre una pretensión, las razones y su potencial aceptación. La importancia de la imparcialidad en todas las concepciones morales se explica por la conexión entre la dimensión moral y la dimensión intersubjetiva, que, como ya vimos, están paradójicamente conectadas a la privatización de la moral.³⁰¹

La acepción más plausible de lo universal es, pues, considerarlo como un ideal regulativo, un objetivo a conquistar a través de una operación de clarificación y de explicitación de las razones que sustentan una determinada tesis o idea. “Universal” significa, “tendencialmente” universal, esto es, universalizable. Aquello que es tendencialmente universalizable lo es con relación a la comprensión de sus razones, en el sentido de que todos pueden entender su razón de ser, es decir, su justificación.³⁰² Se trata, sustancial-

³⁰¹ Debería estar ahora más claro que la privatización, en cuanto a la génesis de la moral, está acompañada de la imposibilidad absoluta del juicio moral (González, A. M., *Ética y moral. Origen de una diferencia conceptual y su trascendencia en el debate ético contemporáneo, cit.*, p. 804).

³⁰² En parte, esto significa también que todos pueden “desearlo”. Que un principio y una acción sean universales —quizá, sería mejor decir “buenos” —, significa que son deseables; entendiéndose por “deseable” aquello “no que es actualmente deseado, sino aquello que es *deseable*, entendiéndose por tal, no necesariamente ‘lo que debe desearse’, sino aquello que sería deseado con intensidad proporcional al grado de desiderabilidad en la cual el objeto fuese juzgado conseguible mediante la acción voluntaria, presuponiendo que quien lo desea tenga una perfecta previsión —sea emotiva o intelectual— de lo que será el estado de goce o fruición del bien en cuestión” (Sidgwick, H., *Methods of Ethics, cit.*, L. I, ch. IX, 3). Justamente se ha señalado que, más allá de la “desiderabilidad”, algo es deseable cuando existe una posibilidad real de quererlo, precisamente porque estamos en el ámbito de la razón práctica.

mente, de una presunción de razonabilidad. En sentido amplio, esta presunción podría remitirse a la imparcialidad como objetividad en el juicio.

Estas breves consideraciones sobre la noción de universalidad hay que ponerlas en relación con la centralidad del concepto de “ley”. A partir de la reflexión teológico-moral del siglo XVI, la ley se ha convertido en el quicio de la moral. Tal elaboración ha llegado a su culmen en la filosofía kantiana, en virtud de la cual, la ley moral es la máxima válida para todos indistintamente, es decir, que resulta universal por su propia estructura. El carácter obligatorio de una acción vendría dado por su relación con una ley moral. En última instancia, sería la ley moral la que conferiría moralidad a una acción. Pero esta vinculación ha sido genialmente interpretada por Kant. No es la existencia de una ley la que confiere moralidad a una acción que se ajusta a ella, sino que es la capacidad de una máxima de convertirse en ley universal lo que le confiere dicha categoría. La razón práctica consiste en conectar la ley universal con la acción particular, cuyo carácter obligatorio deriva de su relación con la ley universal y no tanto del bien que se persigue o de la ley a la que se obedece.

El carácter universal es independiente del objeto de la acción moral y también de los deseos e inclinaciones, por ello resulta razonable vincular la obligatoriedad de una acción práctica con la expresión de la identidad del sujeto³⁰³ o con su idoneidad para alcanzar un bien fundamental.³⁰⁴ Una vez establecido que la universalización implica la existencia de razones en favor de una pretensión, no es descabellado pensar que la relación de una acción con el bien del sujeto o con la expresión de su identidad, pueden ser razones relevantes para atribuirle moralidad. Para ello deberá deter-

³⁰³ Es el caso en que la identidad es el bien fundamental del individuo: ello es cierto en la perspectiva de la ética de la autenticidad de la que habla Taylor. Cfr. Taylor, C., *La ética de la autenticidad*, introd. y trad. de C. Thiebaut, Barcelona, Paidós, 1994; *id.*, *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, *cit.*, p. 59.

³⁰⁴ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 297-350.

minarse en qué modo la imparcialidad interactúa con los contenidos de la identidad y del bien, aunque en ese caso nos encontramos ya ante problemas propiamente éticos y no morales.

3. *Razón práctica y razón justificadora*

Conviene aquí partir de un aspecto muy relevante en la moral de la justificación: la relación entre el conocimiento de lo justo y de lo injusto, la dimensión decisoria y la dimensión justificadora. Esto permite clarificar la idea de razón práctica (implícita en la moral como justificación) y el papel que en ella juegan el juicio y la imparcialidad. En el debate moderno se ha puesto el acento sobre las dinámicas justificadoras en perjuicio de las dinámicas del conocimiento y de la decisión. Además, parece comúnmente aceptado que sólo (o principalmente) las dinámicas justificadoras tienen que ver con la imparcialidad y constituyen la parte realmente importante de la moral.

La centralidad de la imparcialidad en las dinámicas de justificación, la consideración marginal de las dinámicas del conocimiento moral, la génesis de las pretensiones morales y la dificultad de captar las dinámicas de decisión, caminan por sendas paralelas. Una vez establecido que lo realmente importante para la moral es la justificación, determinar cómo se llega a formular el juicio moral subjetivo y cómo se decide poner por obra una acción son problemas que pasan a un segundo plano.

En la concepción clásica, las acciones humanas son determinantes de la *recta ratio agibilium* (*orthòs logòs*), una función de la razón que culmina con la acción justa a realizar. Un juicio —el juicio práctico connotado por la imparcialidad— *precede* a la acción y precede también al mandato de la prudencia. El aspecto “decisorio” de la acción moral está subordinado al primado de la inteligencia. Método del conocimiento, método de la decisión y eventual justificación están regulados por la razón, protagonista principal en la escena práctica. El ámbito práctico pertenece por completo a la razón práctica, que se expresa en la determinación del mejor mo-

do de alcanzar el bien mediante una acción concreta y en la decisión de realizarla.

Muchos aspectos de este paradigma han ido evolucionando de manera compleja. Mencionaremos aquí sólo de algunos, especialmente ilustrativos de las concepciones actuales, que permiten observar, desde diversos puntos de vista, la relevancia de la imparcialidad en el contexto moral, teniendo en cuenta, como ya vimos, que la distinción entre moral y ética presupone una devaluación en la unidad de la experiencia práctica propia de la concepción clásica.

Una de las etapas más importantes en la transformación de la idea y de la dinámica de la razón práctica ha sido la irrupción del voluntarismo en el campo moral.³⁰⁵ Con él comienza el proceso de subordinación del elemento “racional” en el conocimiento de las cosas prácticas, frente al elemento “volitivo”, independiente y totalmente desvinculado de la razón. Ciertamente, esto depende de una precisa concepción de la “libertad” y de la “razón”. En esta nueva concepción, la libertad se considera inversamente proporcional a la presencia de inclinaciones, emociones, sentimientos o virtudes; pero también —y eso es causa de problemas ulteriores— a la presencia de la razón, entendiendo que también la razón comporta un condicionamiento de la libertad y, por tanto, su disminución. Surge de este modo una idea de libertad caracterizada por una afirmación de la indiferencia. Cuanto menos resulte orientada la voluntad por todo lo que no sea ella misma (razones, sentimientos, emociones, reglas externas) más libre es. La libertad, para ser realmente tal, tiene que estar fundada sólo sobre sí misma.

Una de las consecuencias de esta noción de libertad es la negación de la capacidad motivadora de la razón, aunque a este resultado también se puede llegar desde otros planteamientos; por ejemplo, a partir de la afirmación de la debilidad de la razón. Esta

³⁰⁵ Pinckaers, S., *Las fuentes de la moral cristiana: su método, su contenido, su historia*, 2a. ed., trad. de J. J. García Norro, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 235-291.

segunda vía ha sido ampliamente explorada por Hume, para quien la razón no puede mover a la acción; es más, la razón es, de por sí, completamente impotente respecto a las acciones y a los afectos.³⁰⁶ Si acaso, las acciones son determinadas, en el sentido moral, por el sentimiento del amor propio junto al sentimiento de benevolencia. La concepción empirista y la kantiana convergen en la idea de que la razón práctica no es motivadora, si bien a partir de premisas diversas: la doctrina humeana constata la inercia de la razón y su incapacidad; la doctrina kantiana consagra como exigible su indiferencia, a fin de salvaguardar la libertad. Esta exigencia de indiferencia de la razón es significativamente paralela a la idea de que la imparcialidad se manifieste como una “ceguera” ante las diferencias. La primera dimensión de esta ceguera ante las diferencias es que la libertad debe ejercitarse frente a las razones, los sentimientos o cualquier otra cosa. La ceguera puede ser exigible para salvaguardar la libertad o también puede estar determinada por una incapacidad; en ambos casos, el resultado es el mismo.

La razón práctica, a la vista de estas premisas, conserva dos funciones principales: calcular costes y beneficios, verificando la adecuación de los medios (uso pragmático de la razón práctica) y, también, universalizar (uso *moral* de la razón práctica). En ninguno de los dos casos la razón práctica se dirige hacia la acción (en lo que podría ser un uso ético de la razón práctica).³⁰⁷

La concepción clásica también resulta acusada de intelectuismo y de simplificación excesiva: se observa con facilidad que formular un juicio sobre la oportunidad de realizar una acción no significa, necesaria y efectivamente, realizarla. Juicio y motivación son dos cosas distintas; esto, para los antiguos, estaba claro. En efecto, eran las virtudes las que impelían el juicio utilizando las inclinaciones, los sentimientos, las emociones. La decisión dependía de la posibilidad de conjugar el juicio con la acción, o sea, de la

³⁰⁶ Hume, D., *Tratado de la naturaleza humana*, cit., p. 483.

³⁰⁷ Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit., pp. 109-126.

virtud de la prudencia, una virtud a la vez intelectual y moral. A este propósito resulta elocuente el cambio semántico que se ha producido respecto a la prudencia. Hoy se la entiende como la habilidad de influir sobre los otros, sirviéndose de ellos para los propios fines; o también, como la capacidad de perseguir la propia conveniencia a largo plazo. En todo caso, la prudencia se relaciona con “la habilidad en la elección de los medios con vistas a nuestro máximo bienestar”.³⁰⁸ La prudencia no es una exigencia del imperativo categórico sino del hipotético y atiende a los medios para conseguir la propia felicidad. Como es sabido, precisamente de su conexión con la felicidad deriva la exclusión de la prudencia del ámbito moral y la convicción de su imperfección e insuficiencia: la moralidad no pretende hacernos felices sino hacernos dignos de serlo. La preocupación por el propio bienestar es un deber condicionado, mientras que la moralidad es un valor incondicionado. En la moral de la justificación, tanto el propio interés como la armonía entre el propio interés y los intereses de los demás, encuentran su cumplimiento en el carácter universal del comportamiento moral, en virtud del cual, es moral la acción universalizable. La decisión sobre lo que debe hacerse —que implica el reconocimiento de una cierta normatividad respecto de una situación concreta— continúa siendo problemática: lo propio de la moralidad, en efecto, es sólo el *test* de aceptabilidad.

La prevalencia del tema de la justificación provoca que la relación entre conocimiento, decisión y justificación, carezca de una articulación interna porque, en el fondo, es sólo esta última la que importa. Sin embargo, la coexistencia y la continuidad entre ellas podría ofrecer una cierta modalidad de vinculación, puesto que mediante la justificación nosotros buscamos las razones que dan forma a la acción, y las que la hacen aceptable. ¿Por qué, entonces, dejar fuera las razones en la génesis y en la motivación de la propia acción? Y, sobre todo, ¿de qué depende, en última instancia, la de-

³⁰⁸ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 73.

cisión de realizar una determinada acción, incluso la de comprometerse en un discurso de validación de pretensiones morales?³⁰⁹

El carácter no resuelto de la conexión entre estos planos es todavía más paradójico —si ello es posible— en las denominadas teorías de la argumentación. En ellas, la imparcialidad es una característica dominante tanto para la determinación de los principios en litigio, como en relación con los argumentos y procedimientos del discurso. En general, las teorías de la argumentación no afrontan el problema de que la acción, sometida al procedimiento argumentativo, sea dictada por la razón o por la voluntad; en efecto, se centran sólo sobre el control *ex post* de la decisión. Intuitivamente, sin embargo, la idea de que es posible un control sobre la decisión sugiere dos hipótesis: que el conocimiento haya sido racional y que la decisión se haya producido valorando el peso de las razones. De otro modo resulta difícil comprender de dónde surgen las razones que se aducen para la justificación. Pero la ambigüedad —y en cierto sentido la ventaja— de una teoría de la argumentación radica precisamente en dejar abierto el problema, puesto que el procedimiento ya cumple sus funciones en uno y otro caso. La argumentación moral es, pues, plenamente compatible con admitir que la decisión se haya tomado de modo racional o irracional; entendiendo por racional la que se funda sobre razones. Lo que importa es que “después” se muestren las razones.

Ciertamente, la necesidad de ofrecer razones no está conectada con una necesidad posterior en el tiempo, sino que debe subordinarse a la cuestión de conferir carácter moral a la acción. En la concepción de la moral como justificación esto se produce en “sedes” particulares, todas reunidas en torno a la dimensión de intersubje-

309 Es muy interesante recordar, a este propósito, la distinción entre discurso real y discurso ideal y sus relaciones en la teoría de Apel. Éste parte del presupuesto de la “intocabilidad” de las reglas del discurso y también de la diferencia entre conflicto ideal y conflicto real de intereses. En última instancia, él sostiene la necesidad de una participación “responsable” en el discurso. La decisión final y la modalidad de participación en el discurso dependen del conocimiento de lo singular (*cf.* Apel, K. O., *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. e introd. de A. Cortina, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 35-39 y 43).

tividad. En otras palabras, la justificación se considera relevante en los foros “públicos” (en sentido amplio), cada vez que la decisión de alguien tiene un peso sobre los otros.

La sede principal de la moralidad no es, pues, el fuero interno del sujeto, sino una dimensión en cierto modo institucional, colectiva o pública: un auditorio universal,³¹⁰ la comunidad de comunicación³¹¹ o la razón pública.³¹² Aunque la opinión, la preferencia o la pretensión que deben justificarse se hayan producido en la esfera privada, el procedimiento de la justificación las desplaza hacia una dimensión intersubjetiva y pública.

4. *La anulación de la razón práctica como facultad subjetiva*

Lo primero que ha de hacerse, una vez establecida la necesidad de justificar una preferencia u opinión, es tratar de determinar la situación en la que puede verificarse la universalidad a través de vías imparciales. La imparcialidad de la situación o del procedimiento eclipsa —aunque no totalmente— la imparcialidad del sujeto. Esta última resulta superflua porque la imparcialidad viene dada por la situación. El procedimiento, más aún que la imparcialidad, es el que neutralizará definitivamente el papel de los sujetos.

Uno de los modelos más extendidos y acreditados que se plantean como moral de la justificación es la teoría habermasiana de la “razón comunicativa”, que ha ofrecido una particular lectura de la dinámica de la justificación. Si bien la teoría de la razón comunicativa se presenta como una teoría del derecho y la democracia —por ello debe examinarse en el contexto de la política o del derecho— resulta interesante analizarla aquí por la idea de razón práctica que presupone y por sus relaciones con la subjetividad y con la

³¹⁰ Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, trad. de J. Sevilla, Madrid, Gredos, 2000, pp. 31-35.

³¹¹ Apel, K. O., *Teoría de la verdad y ética del discurso*, cit., pp. 21-24.

³¹² Cfr. por ejemplo, Rawls, J., “Una revisión de la idea de razón pública”, en *id.*, *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*, cit., pp. 164-223.

intersubjetividad. Resulta también de interés la continuidad que propone entre moral, política y derecho, bajo la óptica de la “justificación”. En efecto, si la justificación es la cuestión central para la moral y la justificación se produce en contextos intersubjetivos, entonces, puesto que resulta difícil imaginar comunidades morales propiamente dichas, parece lógico pensar que tales comunidades se identifiquen con comunidades políticas —más o menos extensas— dentro de las cuales se realiza un intercambio moral y también una eventual comunidad jurídica.³¹³

El encuentro de la razón práctica de origen aristotélico con la filosofía del sujeto propia de la modernidad, había suscitado una razón práctica entendida como facultad subjetiva individual, dirigida a la consecución de la felicidad y/o al ejercicio de la autonomía o de la moralidad en general.³¹⁴ El protagonista de la razón práctica es el sujeto individual, que asume los roles de ciudadano del Estado o del mundo. De este modo, partiendo de Aristóteles, pasando por Hobbes y llegando hasta Hegel, se ha difundido la convicción de que la sociedad y el Estado son como el todo respecto de las partes: las partes serían los individuos en sus diversos roles.

En opinión de Habermas, dos factores desacreditan este esquema simplista. Desde el punto de vista sociológico, el proceso de progresiva complejidad en las sociedades modernas banaliza la idea de sociedad como conjunto de individuos. También, el Estado se ha convertido en uno más de los diversos subsistemas especializados que interaccionan entre sí (junto al mercado y a los medios de comunicación de masas). Por otra parte, la pluralidad de concepciones éticas impide fundamentar la razón práctica en una teo-

³¹³ Las comunidades pueden asumir diversas formas y dimensiones: pueden encarnarse en un grupo o en una comunidad de vida; también en la ciudadanía de una comunidad política más o menos vasta; o bien, en comunidades religiosas, etcétera. Existen comunidades concentradas en un territorio y también “dispersas” (mejor definidas como prácticas culturales, grupos, o, simplemente, estilos culturales). Sobre la diferencia entre comunidad cultural, política y moral, *cfr.* Viola, F., “Le ragioni della comunità”, en *id.*, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Milano, Vita e Pensiero, 1999, pp. 3-28.

³¹⁴ Habermas, J., *Facticidad y validez*, *cit.*, p. 9.

ría moral o en el derecho natural, de modo que resulta inevitable que la razón se disuelva en un “sistema autorreferencial”.³¹⁵ Una vez que se ha perdido la fuerza cognitiva de la razón práctica —sea en forma de una filosofía de la historia (*al estilo de Hegel*) sea en forma de un iusnaturalismo que conecta antropología y derecho natural—, a la razón ya sólo parece quedarle el recurso de afirmar la “forma normativa de lo fáctico”.³¹⁶

La idea central de la nueva concepción de la razón es transformar la razón práctica, como facultad subjetiva, en razón comunicativa. La razón comunicativa ya no es “una facultad subjetiva que prescribe a los sujetos qué es lo que *deben* hacer”,³¹⁷ es decir: ya no está referida a sujetos individuales (o a los macrosujetos, concebidos a la manera de sujetos individuales), ni es productora de normas. La razón debe transferirse al *medium* lingüístico, que sirve para una reconstrucción descriptiva de competencias y de estructuras de conciencia, con una fuerte caracterización funcional. Ella pretende orientar la acción social sin recurrir a contenidos veritativos —aunque sí cognitivos porque se refieren al juicio—, de ahí que resulte particularmente adecuada para las sociedades pluralistas. La razón práctica comunicativa tiene por objeto la regulación de conflictos producidos por la contraposición de situaciones de interés en acciones interpersonales, recorriendo el camino de la argumentación y la universalización.

La razón comunicativa supone establecer idealizaciones que tienen un valor eurístico. Ella, en efecto, no tiene relación directa con la acción sino con su justificación.³¹⁸ La imparcialidad en la

³¹⁵ Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Darmstadt 1975.

³¹⁶ Habermas, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 10.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 12.

³¹⁸ Como es sabido, el propio Habermas, después de haber establecido la diferencia entre ética y moral, se cuestionó la oportunidad de denominar a su teoría “moral del discurso” en vez de “ética del discurso”, finalmente optó por la segunda debido a razones de coherencia con su itinerario intelectual. *Cfr.* Habermas, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit., p. 9.

razón comunicativa viene dada por la intersección de la perspectiva de cada sujeto con la perspectiva de los otros —lo que resulta plenamente coherente con la concepción kantiana de la *Crítica del juicio*—, sin embargo, conduce a un resultado sorprendente: el entrecruzamiento de las perspectivas “rompe la subjetividad de la perspectiva propia de cada participante”.³¹⁹ La extinción de la subjetividad no parece compatible con la exigencia de que el sujeto de la razón comunicativa esté (moralmente) orientado a la imparcialidad; ese sujeto que para entrar en la razón comunicativa debe transformar la intención estratégica y negocial en una intención comunicativa basada en una decisión libre. En efecto, con las premisas del pensamiento posmetafísico no se alcanza a comprender por qué estas teorías deberían tener la fuerza de motivar a los hombres para seguir sus convicciones, incluso cuando aquello que se manda dañe sus propios intereses. En definitiva, quien piensa que conoce la solución justa, lo que sabe es que no tiene buenas razones para actuar de otro modo. Pero, en última instancia,

quien cree tener la solución correcta, lo que sabe es precisamente que no tiene buenas razones para actuar *de otra manera*. Los juicios morales motivan o conducen a la acción exactamente en el mismo grado en que las razones en que esos juicios se apoyan tienen una fuerza racionalmente motivadora. Pero el grado en que esos motivos racionales se imponen de hecho, depende de las personas.³²⁰

Paradójicamente, pues, el resultado de la razón comunicativa, que ha eliminado la subjetividad, es la simple constatación de que no existen buenas razones para actuar de manera distinta al modelo de acción indicada como justa. Pero entonces parece lícito preguntarse: ¿por qué el sujeto debería llevar a cabo esa acción? La decisión dependería en ese caso de cada persona. La dificultad de la moral como justificación aparece, una vez más, en el hecho de que

³¹⁹ *Ibidem*, p. 121.

³²⁰ *Ibidem*. *Cfr.* también la posición de Apel, consignada en la nota 309.

la tendencia a la universalidad no determina la dirección de la acción.³²¹

En resumen, por un lado se sostiene que la imparcialidad proviene de una situación intersubjetiva de comunicación, del *medium* en el que ella se desarrolla; por otro, en cambio, se interpela al sujeto y a su capacidad moral. El caso es que sobre la cuestión fundamental permanece siempre la perplejidad: ¿por qué hay que ser imparcial? El recurso a los procedimientos imparciales, a través de los cuales se habían intentado eliminar las dificultades de la razón práctica como razón subjetiva, necesitan de sujetos imparciales para la acción práctica y, en general, para realizar las operaciones de justificación. Es más, la puesta a punto del procedimiento se apoya, en general, sobre un *interés en la imparcialidad*.

La tentación de redimensionar el alcance del elemento subjetivo de la razón práctica se manifiesta también en la búsqueda de razones objetivas-despersonalizadas.³²² Es decir, la idea de que existe una conexión entre racionalidad, imparcialidad y objetividad de algún modo parece implicar la neutralización de la presencia del sujeto. Los juicios son despersonalizados cuando el sujeto es irrelevante para juzgar una situación y existen condiciones objetivas, o sea, buenas razones, para justificar un principio moral. Las razones objetivas, o buenas razones, no coinciden con las razones motivadoras (los deseos) que son estrictamente personales y subjetivas. El carácter objetivo de las razones es, una vez más, correlato de la imparcialidad: “the reasonableness of a complaint depends on general standards for the accommodation of partiality and impartiality, and anyone else can recognize its validity as well as the person who makes it”.³²³ La búsqueda de la objetividad comporta, sin embargo, que la objetividad haya de ser “interiorizada”: “the initial opposition between impartiality and personal aims is somewhat modi-

³²¹ Podría decirse que es contemplativa, no operativa: Spaemann, R., *Felicidad y benevolencia*, trad. de J. L. del Barco, Madrid, Rialp, 1991, p. 115.

³²² Nagel, T., *Una mirada de ningún lugar*, cit., pp. 3-11.

³²³ *Id.*, *Equality and Partiality*, cit., p. 39.

fied by the internalization of impartiality as an individual motive”.³²⁴ La imparcialidad eventual de las instituciones debe reconducirse al sujeto que la interioriza. Mientras que, en el ámbito de las cosas que se refieren a nosotros, como individuos específicos, es admisible un cierto grado de parcialidad, para las instituciones sociales se requiere la forma más fuerte de imparcialidad.³²⁵

Con esto nos vamos alejando progresivamente del ámbito de las teorías éticas que incorporan explícitamente el valor de la imparcialidad como un principio normativo en la esfera pública. Una vez más estamos ante una dimensión —la dimensión institucional— que presenta problemas de difícil solución. El primero de ellos es la determinación de la “sede” de esta confrontación institucional: ¿se trata de una comunidad moral, de la esfera política, o bien, de una comunidad ideal de individuos racionales? A esto se añade otra cuestión: ¿qué relación existe entre razón práctica a nivel individual y razón institucional o pública?

Por otra parte, el pensamiento moral sólo puede ser el pensamiento de “una persona”. La objetividad a nivel moral, entonces, no debe significar despersonalización sino racionalidad crítica.³²⁶ De modo que la imparcialidad coincide con la universalidad, pero sólo a partir de un preciso momento: la referencia al yo y a un cometido de verificación racional.

La moralidad nos pide sostener esto: si yo pudiera tener inmediatamente las preferencias que *otro* tiene actualmente, *sería* necesario que yo ahora prescribiera su satisfacción en ese caso hipotético; pero la moralidad no admite diferencias relevantes entre “yo” y “el otro”; por tanto, estoy obligado a prescribir su satisfacción en el caso actual³²⁷ [*a no ser que yo sea incoherente (o amoral)*].

³²⁴ *Ibidem*, p. 47.

³²⁵ Nagel, T., *Una mirada de ningún lugar*, *cit.*, p. 228. Aunque puede compartirse esta teoría en muchos puntos, su principal defecto reside en la aceptación de la distinción privado-público.

³²⁶ Hare, R. M., *Moral Thinking. Its Levels, Methods, and Point*, *cit.*, cap. XII, 3.

³²⁷ *Ibidem*, cap. XII, 7.

Una vez más —si bien en esta ocasión se salva el papel del sujeto en la perspectiva moral— la dimensión de la universalización no se muestra como criterio suficiente de moralidad, sino como simple presupuesto del interés en ser moral. Además, en la medida en que el sistema personal de preferencias (que puede ser modificado libremente) es determinante del juicio moral, es decir, forma parte de la situación de partida para la valoración moral de una acción, se convierte en una suerte de “prejuicio” al cual, desde el punto de vista gnoseológico, es imposible renunciar.³²⁸

En definitiva, las preferencias relativas a la dimensión intersubjetiva no son modificables y esto por causa de la presunción del principio normativo de la imparcialidad. Podemos afirmar el carácter intersubjetivo de la moralidad y encontrar allí las razones de la imparcialidad: el pensamiento moral es algo que debemos desarrollar todos juntos.³²⁹ No obstante, la imparcialidad que se apoya en concepciones morales tropieza con dos dificultades. Por un lado, la imparcialidad no tiene una vinculación directa con la acción concreta que debe realizarse. Por otro lado, la relación entre razón práctica y sujeto se hace problemática y la imparcialidad de la moral depende, entonces, de la existencia de sujetos imparciales.

Esta constatación nos lleva a formular dos conclusiones. En primer lugar, se confirma la hipótesis de que las teorías de la moral como justificación pertenecen a una concepción ética que incluye la imparcialidad como principio normativo. Pero sin renunciar a la idea de que la imparcialidad sea una característica del sujeto.

En segundo lugar, la exigencia de imparcialidad, que parecía no requerir un ulterior fundamento porque es la base de toda fundamentación, resulta que debe fundarse sobre la capacidad de los in-

³²⁸ Desde este punto de vista, las afirmaciones de la hermenéutica filosófica sobre la dinámica del conocimiento son irrenunciables, como lo demuestra su extendida aceptación por parte del pensamiento contemporáneo. *Cfr.* Floistad, G. (ed.), *Contemporary Philosophy*, La Haya, M. Nijhoff, 1981-1982, 2 vols.; Gadamer, H. G., *La razón en la época de la ciencia*, trad. de E. Garzón Valdés, Barcelona, Alfa, 1981.

³²⁹ Hare, R. M., *Moral Thinking. Its Levels, Methods and Point*, *cit.*, cap. XII, 9.

dividuos de ser morales. En efecto, tras cada justificación hay una decisión de los sujetos de querer ser morales o imparciales. Pero esto no significa que la obligación moral dependa del sujeto que lo acepta. Obviamente, eso estaría en contraposición con el modo de percibir la moral como justificación: la universalidad expresa la necesidad —y la posibilidad— de verificar la validez de las pretensiones morales.³³⁰

Todos los intentos de fundamentar la moral sobre el principio de universalidad tienen en común un concepto de imparcialidad “fuerte”, que implica una referencia normativa intersubjetiva: no se trata sólo de sostener que conviene no limitarse a mirar las cosas desde un único punto de vista, sino más bien de afirmar la necesidad de no hacerlo.³³¹ El carácter paradójico de la cuestión reside en el hecho de que una moral centrada sobre la fundamentación de la validez de las pretensiones morales (compatible, pues, con cualquier tipo de pretensión) presuponga el interés de los sujetos en la imparcialidad como base del procedimiento y predisponga sus procedimientos sobre la base del principio de imparcialidad.

5. Imparcialidad e intereses

Hasta ahora hemos distinguido dos modelos contrapuestos de moralidad: como conjunto de principios de los que se discute la validez (la moral) o como conjunto de principios tendentes a guiar la acción práctica (la ética). Hemos reflexionado sobre el modo en que se configura la imparcialidad en el primero de los modelos, pero antes de pasar al segundo vale la pena detenerse un momento a considerar el tema del interés que, a partir de ahora, nos acompaña-

³³⁰ Según Spaemann, esto significa que la exigencia de imparcialidad no se puede fundamentar por la vía discursiva. La ética del discurso se apoya sobre la percepción de la realidad del otro como sujeto. Tal percepción es una suerte de percepción metafísica autoevidente (Spaemann, R., *Felicidad y benevolencia*, cit., p. 122).

³³¹ Sobre las implicaciones éticas de la cooperación, Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 59-61.

rá en nuestro análisis. Un tema conectado, a su vez, con la motivación.

El modo más sencillo de conectar motivación y razón se encuentra en la idea de “interés”; una idea suficientemente vaga como para incluir tanto intereses morales (por ejemplo, el interés en llegar a un acuerdo o el propio interés en ser imparcial), como también intereses egoístas, altruistas, económicos, intelectuales, de bienestar, felicidad o cualquier otro. El concepto de interés se presta a ser utilizado tanto en la moral de la justificación como en la ética y resulta, en efecto, común a ambas concepciones del fenómeno moral. En definitiva, la materia prima sobre la que debe realizarse el *test* de imparcialidad en las teorías de la justificación está constituida por los intereses: se debe ser imparcial respecto de los intereses. Tales intereses, antes de pasar la criba del procedimiento, son esencialmente particulares; son intereses estructuralmente parciales, con excepción del interés moral kantiano, o sea, el interés que constituye la motivación moral pura. El sistema que está en la base de la idea de universalización se fundamenta sobre el presupuesto de que los individuos tienen intereses “independientes”. La razón universalizante sirve precisamente para regular los conflictos entre intereses contrapuestos.

De un lado, respecto a la idea de preferencia y de elección, el interés no pone el acento sobre la génesis subjetiva, aunque no debe excluirse que el interés pertenece a un sujeto. Por otro lado, el interés debe distinguirse de las necesidades, las apetencias o los deseos, en sentido estricto. Respecto de las necesidades, el interés incorpora la idea del carácter no determinista de la condición del sujeto, que puede eventualmente tener intereses contrarios a las propias necesidades o, simplemente, que no se correspondan con ellas. Etimológicamente, interés significa “estar entre”; de aquí el significado común de interés como tensión entre un sujeto y un bien. Ese “estar entre” no viene necesariamente determinado por una carencia o impuesto por una necesidad, sino que puede ser objeto de una elección libre; por ello, el interés se aproxima tanto a la preferencia como a la necesidad. El interés difiere del deseo, ya

que no está vinculado por la condición necesaria de la ausencia del objeto deseado.

En sus orígenes semánticos, el interés se encuentra vinculado con el “daño” y tiene una connotación negativa: se refiere a la compensación debida cuando ha sido dañado o desfavorecido.³³² Sucesivamente, al término interés se une también el de “utilidad”, no en el sentido exclusivo de ventaja material, sino como beneficio en general. Que el interés no se refiere exclusivamente a una ventaja material resulta claro también a los más importantes representantes de la corriente utilitarista, dentro de la cual, la consecución de la propia utilidad constituye el objetivo vital de cada individuo racional.

Se puede decir que alguien tiene un interés hacia algo cuando eso para él representa un bien o una ventaja. Esto permite distinguir dos modos de hablar del interés: en un sentido, se puede decir que “algo está en el interés de alguien”; en otro sentido, se puede decir que “alguien tiene interés en algo”, en un sentido parecido a la preferencia. El primer sentido de interés indica que algo es un bien, una ventaja o una utilidad para un sujeto. A su vez, en sentido débil, eso significa que algo sirve a un sujeto; en sentido fuerte, significa que se trata de una condición necesaria para el sujeto. Precisamente por ello, el interés se refiere primariamente a lo que es necesario para la supervivencia.³³³ También en la concepción utilitarista se puede conectar el interés con algo que está en el interés de alguien, porque acrecienta su bienestar.³³⁴

Bajo el punto de vista moral (de la justificación), todo interés puede ser relevante. En última instancia, los intereses son intereses de sujetos y tienen relevancia en cuanto tales. La idea de elaborar procedimientos de verificación de la universalidad nace precisamente de la dificultad, por un lado, de reconocer cuándo unos inte-

³³² Cfr. Ornaghi, L. y Cotellessa, S., *Interesse*, Bolonia, Il Mulino, 2000.

³³³ Locke, J., *A Letter Concerning Toleration*, La Haya, M. Nijhoff, 1963, p. 15.

³³⁴ Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon, 1996, cap. I, 5.

reses son más importantes que otros; y, por otro lado, de la necesidad de hacerlo cuando existen limitaciones de tiempo, de recursos o eventuales contradicciones entre ellos. La razón de buscar un procedimiento para regular los conflictos de intereses surge, pues, de la necesidad de considerar “acumulativamente” intereses que, en principio, pueden ser radicalmente incompatibles.³³⁵

No procede examinar aquí las diversas propuestas utilitaristas y su viabilidad, pero sí debemos señalar que, a pesar de haber criticado la idea de imparcialidad del utilitarismo como procedimiento, el cálculo de los intereses en el que cada individuo cuenta por uno es una clara expresión de imparcialidad. Se trata, como ya dijimos, de una imparcialidad despersonalizada, es decir, que despoja al interés de su especificidad y lo asimila, bajo una óptica numérica, a todos los demás. Con todo, la consideración acumulativa de los intereses constituye un problema real.

Como decíamos, desde el punto de vista moral, todo interés es digno de relevancia en cuanto tal y sólo la universalización permite discernir el valor de cada uno. El interés máximamente universalizable será antepuesto al interés menos universalizable. En cuanto que operación cognoscitiva, impulsada por un ideal regulativo, la universalización es susceptible de un proceso infinito, pero la ineludible exigencia de tomar una decisión obliga a acudir a procedimientos que reduzcan, racionalmente, el ámbito de posibilidades. Al igual que sucede con la moral, que en un determinado momento debe aplicarse a la acción, también en el conflicto de intereses resulta necesario, en un cierto punto, pasar de la justificación a la elección y a la decisión. Ese paso puede darse de manera singular, cuando se trata de una decisión individual, o de manera institucional, a través de la política o el derecho.³³⁶

³³⁵ El llamado problema “aditivo” señalado por Parfit, D., *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 443-454.

³³⁶ Los llamados problemas del conocimiento y de la decisión son los que justifican el paso del estado de naturaleza al estado civil y los que dan razón de la necesidad del derecho. *Cfr.* Alexy, R., “My Philosophy of Law: The Institutionalisation

La valoración de los intereses en juego sería más fácil si se dispusiera de parámetros objetivos para el juicio. La ausencia de éstos es lo que hace necesaria la imparcialidad. A fin de cuentas, las implicaciones epistemológicas de la imparcialidad en la moral de la justificación son una concreción de las exigencias de justicia frente a los intereses, todos ellos situados en el mismo plano.

III. LA IMPARCIALIDAD EN LA ÉTICA

A la concepción centrada sobre el problema de la justificación se contraponen, como ya vimos, la idea de que la ética tiene como objeto un *set* de principios para la acción. La perspectiva ética se distingue de la razón justificativa y de la motivación, además de por su finalidad práctica, porque sus principios incluyen consideraciones de interés por uno mismo y los demás, y también por la capacidad motivadora de los principios. Las diversas éticas se distinguen, a su vez, por los diversos principios que proponen para realizar su cometido.

Desde el punto de vista de la contraposición entre moral y ética, Hume es uno de los autores históricamente más significativos, en el sentido de que, por diversos aspectos, su reconstrucción de la moral resulta especular en relación con la de Kant. Si Kant excluye la posibilidad de fundar la moralidad sobre sentimientos, Hume excluye la posibilidad de fundar la moralidad sobre la razón.³³⁷ A diferencia de la razón, que no es motivadora, las pasiones y los sentimientos nos empujan a actuar en una cierta dirección y, por tanto, habría que reconducir a ellos la determinación del actuar

of Reason”, en Wintgens, L. J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 22-45.

³³⁷ MacIntyre identifica una tercera vía: la de Kierkegaard, según la cual es la opción fundamental, carente de criterios, la que determina la moralidad de una acción, hasta el punto de excluir tanto a la razón como a los sentimientos (MacIntyre, A., *Tras la virtud*, cit., p. 74). Se puede afirmar que esta última versión es una variante de la perspectiva kantiana, en función del papel de la libertad.

moral; en última instancia, la moralidad de una acción consistiría en la capacidad de tener los sentimientos justos.

En el *Tratado sobre la naturaleza humana*, Hume funda la justicia de las relaciones intersubjetivas sobre la validez de la promesa. Entre las circunstancias de la justicia considera fundamentales el egoísmo y la generosidad limitada;³³⁸ sin embargo, en la *Investigación sobre los principios de la moral*, reconoce la centralidad de la benevolencia como sentimiento capaz de motivar a la acción.³³⁹ Como es humano tener interés en las propias cosas, no hay nada de más humano que los sentimientos de simpatía y de amistad, de gratitud y generosidad. La conjugación del propio interés y del sentimiento de benevolencia determina una exigencia de imparcialidad que se encarna en la perspectiva del observador benevolente. La existencia de la imparcialidad no proviene de la capacidad de ponerse en el lugar de los otros o de suponer que lo que sucede a los demás puede sucedernos también a nosotros, sino que proviene de un principio diverso que es la benevolencia, que contrarresta el amor propio y predispone a establecer un equilibrio entre las propias pretensiones y las de los otros.³⁴⁰

Más allá de las cuestiones interpretativas, la visión antropológica humeana —en esto reconducible a las teorías intuicionistas— sólo puede inspirar un modelo ético dualista.³⁴¹ Pensemos en la insistencia con que se excluye la tesis de que toda amistad y generosidad son hipocresía y engaño, junto con la tesis de que “la amistad más generosa, por sincera que sea, es una forma de amor propio”.³⁴² La naturaleza humana incluye, sin contradicciones, el

³³⁸ Cfr. Hume, D., *Tratado de la naturaleza humana*, cit., p. 541.

³³⁹ Cfr. *Id.*, *Investigación sobre los principios de la moral*, cit., pp. 12-22, que son las páginas dedicadas a la benevolencia, aunque todo el texto está imbuido de estas ideas.

³⁴⁰ Cfr. también Smith, A., *Teoría de los sentimientos morales*, trad. y est. prel. de C. Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 2004, pp. 63-75.

³⁴¹ Cfr. MacIntyre, A., *Tras la virtud*, cit., p. 76.

³⁴² Hume, D., *Investigación sobre los principios de la moral*, cit., p. 201.

amor propio y los sentimientos de benevolencia respecto de los otros.

Tanto si los sentimientos son motivaciones no cognitivas, como si se les reconoce algún papel en el juicio para la combinación de principios heterogéneos, en esta concepción ética el significado prevalente de la imparcialidad es su referencia a la justicia. Por “imparcialidad” debemos entender aquí, no una actitud epistemológica, sino algo más intenso. No se trata sólo de la pretensión de conseguir un equilibrio, motivado por un interés personal a largo plazo o, incluso, un interés basado en la integridad moral, sino que se trata de un positivo y directo interés por el otro.

Una pretensión ética, entendida de esta manera, presenta muchos aspectos problemáticos. La primera dimensión problemática proviene del carácter natural del interés propio y de la dificultad de conjugar este principio con el sentimiento de benevolencia. El hecho de que es natural para cada uno amarse a sí mismo —como expresión inmediata del instinto de conservación— es comúnmente aceptado por casi todas las teorías antropológicas y éticas (desde Aristóteles hasta Hobbes). Existe, sin embargo, una gran divergencia sobre el fundamento del amor al prójimo, así como de la articulación del amor propio con el amor al prójimo.

Una primera explicación del fundamento del amor al prójimo es que radica en el amor propio, con motivo de la semejanza entre uno mismo y el prójimo.³⁴³ Pero la continuidad del amor propio y el amor al prójimo tampoco está exenta de problemas. Una segunda hipótesis, de hecho compatible con la primera, fundamenta el principio normativo de imparcialidad en la inamovilidad de la condición intersubjetiva. Esto significa que, en última instancia, es la inevitable percepción del otro lo que compromete éticamente. Esta observación está en la base de muchas teorías imparcialistas y de las teorías del consenso, de la comunicación y del discurso, que en

³⁴³ Es natural para cada hombre amarse a sí mismo, puesto que es connatural al propio ser; una evidente manifestación es el interés por continuar existiendo. Al amor propio se “acompaña” el amor por los propios semejantes (*cf.* Aquino, Tomás de, *Suma teológica, cit.*, I-II, q. 27, a. 1 e a. 3).

ese sentido confirman su carácter de “éticas de la imparcialidad”. Se podría objetar que con este razonamiento se incurre en la famosa *falacia naturalista*, porque se deduce un principio normativo de una situación de hecho. Sin embargo, desde el punto de vista ético —tanto más si se refiere a las relaciones especiales— parece inevitable constatar que el compromiso ético deriva de relaciones involuntarias, sin excluir, obviamente, las voluntarias, puesto que siempre es posible autobligarse.

Aunque nuestro tema no es la falacia naturalista, debemos realizar una precisión. De la ley de Hume se pueden dar diversas lecturas, principalmente una de carácter lógico y una de carácter normativo. En la lectura puramente inferencial de la ley de Hume, constatamos que en el paso entre el ser y el deber ser existe una discontinuidad lógica. Eso no significa que sea imposible dar ese paso, sino que, si se quiere dar, hace falta justificarlo y argumentarlo adecuadamente. La tesis de que no es bueno dar este paso no se deriva inmediatamente del hecho de que exista una discontinuidad, sino que deriva de tesis ulteriores sobre el estatuto del conocimiento y de su alcance. Principalmente, deriva de sostener que sólo el conocimiento de los hechos empíricos es susceptible de verificación, por tanto, de verdadero conocimiento, cosa que no sucede con los significados normativos.

Cerrado este paréntesis, podemos notar que el amor propio y el amor al prójimo se conjugan de diversas maneras. En cada uno de estos modelos es posible identificar una idea distinta de imparcialidad, no reductible, como ya se dijo, sólo a la imparcialidad epistemológica. No obstante, aunque desde el punto de vista ético es difícil imaginar o identificar históricamente sistemas en los que no esté presente el amor propio (en forma de autopreferencia o autoconservación), no es necesario conectar el *self-interest* con posiciones “egoístas” en sentido negativo. Entre las preferencias de los individuos se puede incluir también el cuidado de los demás.

A continuación distinguiremos entre sistemas éticos fundados sobre el interés propio, que pueden definirse como sistemas monistas, o de un solo principio —aunque el amor propio constituya

un principio jerárquicamente superior a otros— y sistemas en los que el principio del amor propio está complementado por un principio igualmente “natural” de simpatía, también llamados sistemas éticos duales. En el primero de los casos, la imparcialidad se produce —o se excluye—, cada vez, en función de *condiciones específicas* para la realización del propio interés. En el segundo caso, la imparcialidad proviene del equilibrio entre ambos principios.

De manera preliminar, cabe señalar que la característica peculiar de los modelos dualistas es que tanto la preferencia por uno mismo como la simpatía (o antipatía) suponen una atención exclusiva a uno mismo o a los demás (positiva o negativa): se trata de actitudes estructuralmente parciales. La imparcialidad ética proviene, pues, o bien de la exclusión de los principios parciales a través de algún mecanismo, puesto que la inclinación favorable o la aversión —frente a uno mismo o frente a los demás— distorsionaría la imparcialidad; o bien, proviene de la convergencia de dos principios opuestos: el amor propio y la simpatía. En este caso, la imparcialidad es el resultado del equilibrio o de la convergencia entre dos principios parciales; en el primer caso, es el resultado de su exclusión. En otras palabras, la imparcialidad, desde el punto de vista ético, consiste en situarse en *otro* punto de vista, oportunamente identificado como medio para conseguir el interés personal; o también puede definirse como el justo medio entre el interés personal y la atención hacia el resto de los sujetos, que son principios parciales.

El interés por los demás y el interés personal pueden modularse de maneras diversas: potenciando el criterio según el cual el interés de los otros es éticamente relevante para el sujeto y reduciendo la prevalencia del interés personal. Desde el punto de vista teórico, aunque se trate de dos criterios independientes, ambos principios —el amor propio y el amor al prójimo— aparecen como inversamente proporcionales. Como consecuencia, las teorías dualistas han puesto de relieve un punto importante para la dimensión ética: la dificultad (o imposibilidad) de prescindir del amor propio hace

difícilmente practicable la imparcialidad, a menos que se aumente proporcionalmente el interés por el prójimo.

1. *Interés personal e imparcialidad*

El primer modelo ético es aquel en el que existe un solo principio, o bien un principio prevalente sobre los demás: el amor propio. Este modelo se puede presentar, a su vez, bajo formas diversas.

El ejemplo más elemental es aquel en el cual el interés por el prójimo no existe y el interés personal es el principio exclusivo. Históricamente, ese modelo podría identificarse en la fórmula según la cual el interés propio coincide con el egoísmo y la voluntad de poder (Nietzsche). En este caso, obviamente, la imparcialidad carece de sentido. Si la justicia es el beneficio del más fuerte y lo determinante es el ansia de apropiarse de todo sin medida, no hay espacio para la imparcialidad. Pero esta ausencia no es un problema para esta concepción, porque considera que la imparcialidad no es otra cosa que debilidad. El punto de vista de la justicia viene expresado en la tesis de Trasímaco, para quien “lo justo no consiste sino en aquello que complace al más fuerte”.³⁴⁴

No obstante, el propio interés puede modularse con la imparcialidad por “necesidad”, o sea, a causa de algunas condiciones que hacen necesario que el interés personal sea moderado por la consideración del interés de los demás: como presupuesto de realización del interés personal. Un ejemplo podría darse entre individuos movidos por el ansia de poder, cuyo interés personal resultaría radicalmente precario sin una limitación de la fuerza con la que cada uno podría buscarlo. En esta moderación o limitación del interés personal podríamos individuar la base de un modelo de egoísmo “limitado” por la fuerza contractual. Su diferencia con la tesis del egoísmo “ilimitado” proviene del hecho de que no se ajusta a una voluntad de poder exacerbada, sino a la conciencia de limitación de las propias fuerzas y, por ello, a la necesaria búsqueda de una

³⁴⁴ Cfr. Platón, *La República*, cit., 338 c.

negociación que transforme en resultado justo un equilibrio de poder ya dado. Ese modelo se expresa de manera paradigmática en los axiomas de la ley natural de Hobbes.³⁴⁵

La autopreferencia (el amor propio) viene mitigada por el miedo y resuelta en la pacificación que se deriva de la renuncia de cada uno a una parte de la propia libertad (se podría decir también una renuncia a la parcialidad, o sea, a la posición que, en ausencia de conflicto, le correspondería a cada uno). La décima ley de la naturaleza —según Hobbes— manda que cada uno, al distribuir a los otros determinados derechos, sea imparcial. Esa ley se funda sobre el noveno precepto, o sea, el que indica que todos los derechos que alguien reclama deben ser concedidos también a los demás.³⁴⁶ La imparcialidad (en tanto moderación y ausencia de preferencia entre las personas) es una de las virtudes necesarias para conseguir la paz, como manda la ley fundamental de la naturaleza.³⁴⁷ En definitiva, a través del contrato se posibilita la identificación de un punto de equilibrio imparcial y eso ofrece una garantía de imparcialidad mediante las reglas.³⁴⁸

Una idea diversa de la modulación del interés personal con la imparcialidad en términos de fuerza contractual es la que se ofrece en la idea de una posición originaria, de la que ya hemos hablado. Rawls tiene cuidado de puntualizar que, en la situación originaria, las partes están interesadas en el propio beneficio y desinteresadas respecto de los intereses de los otros. No existe, pues, un problema de equilibrio entre principios. Uno de los destinatarios de la crítica

³⁴⁵ También en Gauthier, D., *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986. Gauthier se distancia de la posición de Hobbes, con el que todos lo identifican, en un ensayo titulado: *Mutual Advantage and Impartiality*, en Kelly, P. (ed.), *Impartiality, Neutrality and Justice. Re-Reading Brian Barry's Justice as Impartiality*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2000, pp. 120-136. La diferencia fundamental está en el concepto de sociedad, que para Gauthier es de carácter cooperativo.

³⁴⁶ Hobbes, T., *Tratado sobre el ciudadano*, cit., pp. 65 y ss.

³⁴⁷ *Idem*.

³⁴⁸ Cfr. Magri, T., *Contratto e convenzione. Razionalità, obbligo e imparzialità in Hobbes e Hume*, Milán, Feltrinelli, 1994, p. 87.

de Rawls es —como vimos— la teoría intuicionista. Su intención es subrayar que la existencia de un interés por los demás es irrelevante para la determinación de la justicia. Él pretende mostrar que, para individuar los principios de justicia, no es necesario tener hacia los demás sentimientos de simpatía, ni tampoco quién sabe qué tipo de disposición benevolente. Por reducción al absurdo, a través de la crítica del altruismo, Rawls muestra cómo una excesiva atención al interés ajeno puede conducir a la parálisis ética. Tomando distancia, tanto del utilitarismo (que anula la importancia de las personas) como del intuicionismo (que incluye la imparcialidad en un conjunto de principios posiblemente contradictorios), Rawls convierte la imparcialidad en una característica racional del individuo autointeresado en una situación hipotética de riesgo. Con todo, la presunción de que, en una situación de riesgo, el individuo actúe de modo imparcial es sumamente probable, pero no está garantizada. Queda siempre la posibilidad “racional” de sacar provecho de una situación sin asumir las cargas correspondientes.

El interés propio también se puede modular con la imparcialidad, atendiendo al carácter arbitrario del interés personal y a la arbitrariedad propia del principio de simpatía. El ejemplo paradigmático de esta posición es el utilitarismo de Bentham. El parámetro objetivo de la justicia es la utilidad general —que es la suma de las utilidades particulares— y cuya individuación viene encomendada al cálculo utilitarista imparcial, distante del interés propio y del interés de los otros.³⁴⁹ Además del miope interés propio, al principio de utilidad se opone precisamente el principio de simpatía. La razón de la oposición entre principio de utilidad y principio de simpatía está en el carácter “arbitrario” del principio de simpatía, también denominado principio del capricho.³⁵⁰ La simpatía se opone a la utilidad porque aprueba o desaprueba ciertas acciones, no sobre la base de su tendencia a aumentar o disminuir la felicidad

³⁴⁹ Véase el capítulo dedicado al modo de medir el valor de una cierta cantidad de placer o de dolor, en Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. I.

³⁵⁰ *Ibidem*, cap. II, 11, nota c.

de la parte cuyo interés está en cuestión, sino sólo porque un hombre se encuentra dispuesto a aprobarlas o reprobadas, presentando esa aprobación o reprobación como una razón suficiente en sí misma y negando que sea necesario buscar una motivación intrínseca,³⁵¹ como lo es la utilidad general. La misma crítica podría hacerse al principio de autointerés. Es el cálculo utilitarista el que introduce racionalidad en la valoración de la moralidad de las acciones; cálculo que, por otra parte, se refiere a la utilidad general y no a la utilidad de un solo individuo. En última instancia, según Bentham, todos los sistemas morales que no se corresponden con el criterio de la utilidad, son reducibles a la arbitrariedad.

El contrato y el cálculo son mecanismos que configuran una idea de imparcialidad como condición para la consecución del interés propio en situaciones intersubjetivas. Eso significa que la exigencia de imparcialidad nace necesariamente —aunque en algún momento pueda no haber un interés por el otro— ahí donde existe un contexto intersubjetivo. Desde el punto de vista ético, pues, la intersubjetividad es el contexto de la imparcialidad. En última instancia, los sistemas éticos —y eso es también aplicable a las éticas imparciales que están en la base de la moral como justificación—, aunque están centrados sobre un solo principio, como es el caso del interés propio, deben prestar atención a los intereses ajenos.

2. *Egoísmo y simpatía*

Hay modelos éticos que conjugan a la vez el amor propio, de un lado, y la simpatía y benevolencia, de otro. La pluralidad de principios constituye aquí una alternativa a la imparcialidad derivada de las condiciones de consecución del propio interés. La presencia conjunta del amor propio y del principio de simpatía justifican la exigencia de imparcialidad, sin necesidad de recurrir a ulteriores argumentaciones o datos de hecho.

351 *Ibidem*, cap. II, 11.

Al dar cuenta de la justicia, Hume había individuado algunas “circunstancias” que la hacen necesaria. Esas condiciones son externas e internas. Las condiciones externas son: la existencia de la sociedad —otra vez aparece la intersubjetividad—, la inestabilidad en la posesión, y la moderada escasez de los recursos (si fueran abundantes, o no existieran en absoluto, la justicia no sería necesaria). La condición interna es la posibilidad de que la sociedad determine una ventaja (suplemento de fuerza, capacidad o seguridad) frente a los individuos egoístas caracterizados por una limitada generosidad. Este esquema se completa con el recurso al principio de benevolencia.³⁵² De la combinación —aunque sea débil bajo la óptica de la fundamentación— entre la lógica del interés egoísta y el sentimiento de simpatía o benevolencia, surge la imparcialidad de manera natural ya que naturales son el amor propio y la benevolencia. Como reacción a la contingencia y a la arbitrariedad de este principio de imparcialidad, Bentham había propuesto el cálculo utilitarista.

No obstante, el principio de utilidad puede compatibilizarse también con el principio de simpatía, es más, puede resultar incluso el complemento necesario para la valoración práctica de la utilidad; la valoración misma sería el resultado de un proceso simpatético.³⁵³ Para Smith, en efecto, la “simpatía mediata”, que es en definitiva lo que hace posible la valoración moral, proviene de la representación de la situación de los otros. La simpatía del espectador imparcial hace que apruebe o repruebe como haría cualquier otro en su lugar; es decir, funciona como un instrumento del juicio. La experiencia simpatética se caracteriza por la reversibilidad bilateral y se encuentra en la base de las generalizaciones que, en última instancia, constituyen la sociedad, es decir, de las reglas generales de comportamiento. Frente al modelo de Hume, Smith plantea la mediación del juicio: la simpatía será, en efecto, condición necesaria

³⁵² Cfr. Hume, D., *Investigación sobre los principios de la moral*, cit., pp. 23-39.

³⁵³ Smith, A., *Teoría de los sentimientos morales*, cit., pp. 74-86.

para la valoración práctica. La simpatía, pues, no actuará contraponiéndose al egoísmo, sino como condición del juicio.³⁵⁴

Las diferencias que hemos señalado entre los modelos plurales de moralidad —en los que para la moralidad de una acción concurren varios principios— y los modelos monistas —en los que prevalece un único principio—, son muy relevantes para la comprensión de la imparcialidad. En el modelo dual o plural, la imparcialidad puede resultar de una convergencia “casual” de principios contrarios, o también del esfuerzo de equilibrar posiciones contrapuestas mediante un juicio. A diferencia de un modelo de imparcialidad como motivación no cognitiva y, por tanto, sin razones, la versión de Smith revela mejor la complejidad de la valoración moral, que implica un esfuerzo de la “razón moral” y una interacción de sentimientos.

El trabajo de la razón moral se sustenta sobre mecanismos epistemológicos: el cálculo, el contrato, la valoración simpatética. La mayor parte de las teorías éticas se mueven entre la “presunción” de la imparcialidad del sujeto y la presuposición de un principio normativo de imparcialidad que deriva de otras razones: las denominadas circunstancias de la justicia, que son, en definitiva, circunstancias de intersubjetividad.

3. *Autointerés y simpatía “sustanciales”*

En lo expuesto hasta ahora, el interés propio y el eventual interés por los demás no han incluido la dimensión del bien, en la línea del paradigma del primado de lo justo sobre lo bueno. Los principios del interés propio y del interés ajeno se han visto como una especie de contenedores vacíos que el individuo puede rellenar de lo que desee. El contenido de los intereses afecta al individuo pero no es relevante a efectos de la imparcialidad; lo que sí resulta relevante es que el interés pertenezca a un sujeto. La corriente que conecta

³⁵⁴ También en las teorías fenomenológicas, la simpatía —o empatía— desarrolla un papel instrumental en el conocimiento. *Cfr.* Stein, E., *Zum Problem der Einfühlung*, Friburgo, Herder, 1916.

al sujeto con el bien —corriente que puede denominarse intencional, en sentido diverso al de la intencionalidad teleológica— proviene de la conexión del interés con el sujeto. Se trata, pues, de un autointerés o simpatía “formales”.

Pero también hay un modo de entender el interés propio y la simpatía cuando se ponen en relación con una perspectiva “sustancial”. Los principios éticos resultantes pueden definirse como “egoísmo sustancial” y “simpatía sustancial”,³⁵⁵ entendiéndose por el término egoísmo el autointerés o amor propio, sin una necesaria connotación negativa.

El “autointerés sustancial” puede reconducirse a una ética en la cual la búsqueda del propio interés está vinculada a criterios objetivos, o sea, a una concepción del bien; no se trata ya de perseguir únicamente un interés personal, sino de perseguir el auténtico y “verdadero” interés, un interés “bueno”, un interés en función de su orientación hacia el bien.³⁵⁶ Del mismo modo, la simpatía “sustancial” no implica simplemente la disposición a desear el bien del otro, sino a desear el “verdadero” bien del prójimo. Obviamente, tal posición presupone, de entrada, la posibilidad de distinguir intereses verdaderos y falsos, objetivos o inducidos. Para ello, hacen falta criterios objetivos sobre el bien: una cierta concepción de la perfección o de la felicidad, no sólo del individuo sino también, necesariamente, un modelo normativo de relación con los otros. Sobre este modelo se sustentan las denominadas teorías de los valores objetivos; aquellas en las cuales se sostiene que ciertas cosas son buenas, aunque no las deseemos —ni tengamos un interés inmediato por ellas— y otras cosas son malas, aunque no las temamos, incluso pudiendo tener un cierto interés por ellas.³⁵⁷

³⁵⁵ La bipartición entre egoísmo formal y sustancial se encuentra en Kraut, R., “Egoism”, voz en Craig, E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, cit., versión electrónica. He utilizado la expresión “simpatía sustancial” como correlativa.

³⁵⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1166 a 1-1166 b 29; y Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., II-II, q. 26, aa. 3-5.

³⁵⁷ Cfr. Parfit, D., *Reasons and Persons*, cit., introducción.

La idea del interés y la simpatía sustanciales —la posibilidad de referirse a criterios objetivos de bien— configura un tipo de posición privilegiada para determinar el contenido de las reglas éticas y para dirigir las acciones: un tipo de imparcialidad-objetividad. La objetividad del bien constituye un punto de vista que permite la distinción entre intereses verdaderos y falsos, en función del cual puede calibrarse objetivamente el propio interés y, eventualmente, la relación entre el propio interés y el interés de los otros. Se trataría, una vez más, de un modelo que parece oscurecer la dimensión de la imparcialidad ligada a la justicia —la igual consideración y respeto por los diversos intereses— y, en cambio, sí revaloriza la dimensión de la objetividad en el juicio.

La aspiración a una cierta objetividad en el juicio, desde esta perspectiva, puede buscarse por dos caminos: a través de la vinculación con el concepto de bien o a través de la vinculación con los otros. Eso significa, más concretamente, que no sólo el bien constituye un parámetro objetivo, sino que también la intersubjetividad puede contribuir a establecer un criterio imparcial para el interés. La objetividad con referencia al bien consiste en que el amor propio *sea ordenado al bien*, es decir, que el amor propio se dirija hacia el bien, el culmen o la perfección. Para ello es necesario una referencia *más allá* del mismo amor propio, capaz de establecer una medida objetiva. En términos minimalistas, significa que el amor propio según la razón —o sea, el verdadero amor propio— debe permitir que las propias inclinaciones estén sujetas a crítica. En sentido más fuerte, significa que el amor propio deber orientarse hacia un bien objetivo y que sólo con referencia a él es posible decidir si se trata de un verdadero bien o no. La referencia objetiva del interés propio puede mirar a un aspecto diverso de la perfección de uno mismo: la consideración de la alteridad y de la coexistencia. La superación del amor propio en clave intersubjetiva significa que la imparcialidad se produce cuando se desea para sí un bien que tiene en cuenta a los demás.

La superación del amor propio en estos dos sentidos se verifica, según la perspectiva clásica, en la amistad, sea porque sin amigos

no se puede ser feliz, sea porque la perfección propia (la propia felicidad) implica, como condición, una referencia a la perfección de los otros dentro de una relación intersubjetiva. Esto significa que existe una suerte de comunicación entre el bien personal y el bien ajeno, de manera que la búsqueda de la propia perfección, a través del actuar virtuoso, reclama y genera el bien del otro, del cual es también condición de realización.

Se podría sostener, paradójicamente, que la amistad es condición de posibilidad de relaciones imparciales. Es más, cabría afirmar que sólo entre sujetos vinculados por la amistad puede individuarse el punto de vista imparcial. Esta tesis admite una lectura débil y otra fuerte. De acuerdo con la lectura débil, puede afirmarse que sólo si se produce una relación entre las partes puede adoptarse un punto de vista imparcial (esto ya se sugirió cuando tratamos la relación entre imparcialidad y justicia, que deriva del concepto mismo de “parte” en relación con otras partes). En aquello que es heterogéneo no hay espacio para la imparcialidad. La lectura fuerte, en cambio, sostiene que sólo en la amistad entre hombres virtuosos, o sea, entre sujetos orientados hacia el bien (amistad en sentido pleno) se da una relación real de imparcialidad. En este sentido, la imparcialidad es una característica del hombre virtuoso.

La dimensión de la intersubjetividad sustenta las diversas concepciones del observador ideal y benevolente, es decir, todas aquellas versiones de la imparcialidad que se remiten en última instancia a una benevolencia o empatía hacia los otros. La perspectiva imparcial se configura como un “tercer” punto de vista, objetivo, pero no lejano ni distanciado: en la amistad no se piensa y no se elige desde “el propio punto de vista” ni desde el punto de vista del propio amigo. Se actúa desde un tercer punto de vista, la única perspectiva desde la cual el bien propio y el de los amigos son vistos igualmente.³⁵⁸ El punto de vista desde el que se contemplan de modo equidistante el bien propio y el ajeno es lo que suele indicar-

358 Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 143.

se como “bien común”, en el sentido intuitivo (pero no banal) de ambos bienes. El resultado paradójico se produce por el hecho de que la amistad no disminuiría sino que, incluso, haría posible la imparcialidad. Para ello resulta necesario interpretar, de un modo preciso, la conexión entre amor propio y bien, para excluir la idea de que el bien propio es una especie de amor excluyente o egoísta: todo lo contrario, es un amor interesado en el bien de los otros y en el *bien con los otros* (amistad).

Nos podríamos preguntar, finalmente, si estos dos aspectos de la superación del amor propio —el objetivo del bien y el intersubjetivo— están conectados; es decir, si la superación intersubjetiva exige también referirse a una concepción objetiva del bien. La imparcialidad consistiría, pues, más allá de la ausencia de preferencias arbitrarias entre las personas, en la ausencia de preferencias arbitrarias respecto a los valores (los contornos objetivos del bien). Para esto habría que presuponer que es posible ofrecer una caracterización objetiva del bien. Afrontaremos esto en seguida, pero la referencia intersubjetiva constituye un parámetro objetivo relevante y, lo que es más importante, es el parámetro al que se refiere la imparcialidad.

La idea de que la amistad es el fundamento de la *polis* —teniendo en cuenta el carácter analógico de la amistad, suficientemente amplio para incluir tanto la amistad que se dirige a lo útil, al placer, como la que se dirige hacia el bien—³⁵⁹ implica la existencia de un bien común, al menos dentro de la *polis*. Es obvio que el tipo de amistad capaz de ofrecer un punto de vista imparcial es la amistad más perfecta, pero cualquier amistad, incluso la vinculada a la utilidad, permite individuar un punto de vista imparcial en el sentido en el que lo estamos analizando. Lo ha puesto de relieve el utilitarismo: la utilidad general es, en efecto, el criterio objetivo con base en el cual se calibran los diversos intereses, o sea, un modo de ha-

³⁵⁹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., 1155 a y ss. El tema de la amistad ha sido estudiado por Zanetti, G., *Amicizia, felicità, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998.

blar del bien común. Las perspectivas que fundan la imparcialidad sobre la amistad pueden no converger con relación al tipo de bien que persiguen: el utilitarismo coloca el bien común o la utilidad general en la dimensión política, mientras que el aristotelismo añade un matiz ético-antropológico. Según se reconozca que el bien es lo útil o que es la perfección del sujeto, la relación entre los sujetos cambia. Y, sin embargo, el esquema permanece inalterable: la perspectiva del bien común ofrece un punto de vista a partir del cual se calibran el interés propio y el de los demás. El bien común es la otra cara de la moneda de la imparcialidad.

A partir de lo que hemos expuesto, podemos avanzar una hipótesis reconstructiva. El desarrollo de la moralidad en sentido “formal” kantiano ha hecho independientes la dimensión de la imparcialidad y la dimensión del bien objetivo pero, al mismo tiempo, se ha reforzado la dependencia de la moralidad respecto de la intersubjetividad, que ha ligado la perspectiva de la imparcialidad a la igual dignidad de los sujetos. La perspectiva clásica del observador imparcial —desde Aristóteles hasta el utilitarismo— continúa manteniendo el bien común como punto de vista imparcial por excelencia, destacando de este modo el sentido de la imparcialidad como objetividad. La integración de estas dos perspectivas permite conectar el bien común con la intersubjetividad y entender la imparcialidad como la actitud debida a las partes en relación de proporcionalidad. Aunque resulta problemático hablar de bien objetivo, el bien común se mantiene como parámetro de objetividad.

Para comprender más a fondo la complejidad y la importancia del desarrollo reciente de la imparcialidad, el tema debe ser todavía completado con una reflexión sobre el pluralismo. Antes de afrontarlo será útil realizar un breve paréntesis que nos permita elaborar una última aproximación a la imparcialidad desde la doctrina clásica.

4. *Imparcialidad y regla áurea*

Una versión del principio según el cual lo justo es no tomar más de lo que a uno le corresponde, junto con la benevolencia, encuentra su expresión canónica en la denominada “regla áurea”, que ha sido una constante en la tradición ética de occidente, pero que encuentra manifestaciones y expresiones en muchos otros universos culturales.³⁶⁰ En la tradición occidental, como es sabido, la expresión indica una regla de conducta transmitida por el Nuevo Testamento, pero su contenido está en continuidad con los libros sagrados judaicos, como queda patente en su versión más conocida del evangelio de Mateo: “todo aquello que deseáis que los hombres os hagan, hacedlo vosotros a ellos: ésa es la ley y los profetas”.³⁶¹ No hay duda de que estamos ante uno de los significados de la imparcialidad, presentes en los libros sagrados cristianos, bajo la forma de precepto.³⁶² La fórmula de la regla áurea se propone como norma de las relaciones intersubjetivas en la forma de un mandamiento positivo de hacer el bien, según una medida precisa: “como lo

³⁶⁰ Wattles, J., *The Golden Rule*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

³⁶¹ Mateo 7, 12.

³⁶² Las referencias escriturísticas a la imparcialidad son múltiples y semánticamente muy ricas. En el Antiguo Testamento prevalece la acepción de imparcialidad como característica del juez objetivo, pero hay textos en los cuales se utiliza el concepto de imparcialidad como igual atención y ausencia de prejuicios (por ejemplo, en relación con los pobres). En el Nuevo Testamento se encuentra, claramente, la acepción de imparcialidad como inclusión universal. Pensemos en la indicación paulina según la cual no hay diferencias entre hebreos y griegos, entre hombres y mujeres, entre esclavos y libres. En todo caso, el tema es, desde el punto de vista de la concepción cristiana, radicalmente problemático. Junto a la imparcialidad, el Dios de los cristianos resulta claramente “parcial”. Pensemos en la elección de Abraham, en la predilección hacia Jacob, en el establecimiento de un pacto exclusivo con Israel y la concesión de la tierra prometida, que se quita a otros pueblos. Incluso en los evangelios ¿cómo se puede interpretar el hecho de que entre los discípulos había uno que era “el que Jesús amaba” (por ejemplo, Juan, 21, 20).

Un estudio analítico sobre la presencia y sobre el significado de la imparcialidad en los libros sagrados cristianos puede verse en Bassler, J. M., *Divine Impartiality. Paul and a Theological Axiom*, Chico, Scholar Press, 1982.

desearíamos para nosotros mismos”.³⁶³ El contenido esencial de la regla áurea es el carácter intersubjetivo de la ética.³⁶⁴ Su indicación metodológica es la reciprocidad como criterio de medida. No obstante, la reciprocidad se mide sobre aquello que se desea que los hombres hagan y no sobre lo que realmente hacen. Estamos en el ámbito de las teorías que prevén un mecanismo epistemológico para la individuación del bien que debe realizarse.

La regla áurea ha sido traducida también en sentido negativo³⁶⁵ e interpretada también como una combinación de egoísmo y cálculo racional, tal y como ambos convergen en el ética del utilitarismo.³⁶⁶ Estas lecturas incurren en dos errores: un error de interpretación y un error de valoración del alcance práctico del precepto. Respecto de la interpretación, la regla de oro debe entenderse, sea en relación con el contexto inmediato —el amor a los enemigos, la superación de fariseísmo, una generosidad que se anticipa a las necesidades de los otros— como se desprende de los párrafos anteriores y posteriores a la enunciación de la regla; sea de acuerdo con la tradición veterotestamentaria,³⁶⁷ junto al mandamiento del amor.³⁶⁸ La regla de oro debe interpretarse, pues, en una perspectiva de perfección ética a través de la regla de la caridad y no como un canon formalizado de comportamiento. La fraternidad y la filantropía, como derivaciones de un sistema moral fundado sobre el

³⁶³ Hay que tener presente que el texto de Mateo tiene un correlato en Lucas 6, 31: “aquello que queréis que los hombres os hagan, hacedlo también vosotros a ellos”.

³⁶⁴ Etzioni, A., *The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society*, Nueva York, Basic Books, 1996. Una nueva regla de oro, según el autor, debería ser: “respect and uphold society’s moral order as you would have society respect and uphold your autonomy” (p. XVIII).

³⁶⁵ Hobbes, T., *Leviatán*, trad., pról. y notas de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 2002, XV y XVII.

³⁶⁶ “En la regla de oro de Jesús de Nazaret encontramos, en toda su plenitud, el espíritu de la ética utilitarista” (Mill, J. S., *El utilitarismo*, pról. y trad. de R. Castiella, Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1984, p. 61).

³⁶⁷ Levítico 19, 18.

³⁶⁸ Juan 13, 34.

precepto del amor al prójimo,³⁶⁹ son afines al sentido auténtico de la regla áurea.

La regla de oro presenta para nosotros un interés ulterior debido a las objeciones realizadas por Kant. Casi en la apertura de la *Fundación de la metafísica de las costumbres*, él afirma:

no pensemos que el trivial *quod non vis fieri* etc., puede servir aquí de hilo conductor o de principio. En efecto, es solamente derivado, y con muchas limitaciones, de aquel principio; no puede ser una ley universal, puesto que no contiene el fundamento de los deberes hacia uno mismo, ni de los deberes de benevolencia hacia los demás (en efecto, algunos consentirían gustosamente que otros no les beneficiaran, si ellos fueran dispensados de manifestar benevolencia hacia los otros), ni, finalmente, de los deberes obligatorios hacia los otros; en efecto, el criminal, con base en esa máxima, podría argumentar contra el juez que lo castiga, etcétera.³⁷⁰

La regla áurea no contendría, pues, el fundamento de la ley moral a diferencia del imperativo categórico, porque hace depender la ley de la voluntad del individuo implicado en la acción, convirtiendo el contenido moral en puramente arbitrario. Para Kant, como sabemos, el fundamento de la ley moral —de la razón práctica— está constituido por la capacidad de convertirse en ley universal.

En efecto, la regla áurea es un principio de acción que encuentra su fundamento fuera de sí misma.³⁷¹ En ese sentido, a pesar de su aparente validez como canon formal, la regla de oro pertenece al ámbito de los modelos éticos “sustanciales”, es decir, aquellos que reclaman un discurso sobre el bien en sí. Sólo entonces —en el ca-

³⁶⁹ Estos fenómenos se remiten a la secularización del ideal universal de la fraternidad cristiana. Puede verse en MacIntyre, A., *Tras la virtud*, cit., p. 296, o en Lombardi Vallauri, L., *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 223.

³⁷⁰ Cfr. Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 93.

³⁷¹ Cfr. la reconstrucción del tema en clave histórica en D’Agostino, F., “La regola aurea e la logica della secolarizzazione”, en Lombardi Vallauri, L. y Dilcher, G. (eds.), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 941-955. El autor sostiene que no se puede captar el significado de la regla áurea si no es en el trasfondo de una perspectiva teológica.

so en que exista un criterio para discernir el verdadero bien— se puede llenar de contenido el mandamiento de hacer el bien. El principio indicado por la regla de oro presupone, pues, un discurso que tiene por objeto dilucidar qué es el bien para el hombre, pero no sólo su propio bien sino aquel que incluye también el bien de los demás.³⁷²

Bajo el punto de vista de la imparcialidad, la principal aportación de la regla de oro está en indicar una relación de proporción entre las partes. El criterio de imparcialidad consiste en ampliar el deseo del bien no sólo para sí sino también para el otro y, para ambos, de un modo equilibrado. La imparcialidad de la regla áurea no es la imparcialidad de un observador ideal y benevolente, sino la del tercero respecto de la situación; pero es una imparcialidad querida por las partes, que son invitadas a poner sobre el mismo plano el bien propio y el bien ajeno. La regla de oro se manifiesta como regla “propiamente ética”, por tanto, como criterio concreto de acción imparcial.

La acusación más incisiva realizada contra la regla de oro no es tanto la de arbitrariedad como la de paternalismo.³⁷³ El hecho de que un sujeto vea cuál es el verdadero bien de otro —porque capta su utilidad o porque es el bien que desea para sí— justificaría la posibilidad de que pudiera decidir por otro, o comprometerse en una acción que considera buena para el otro, sin que ese sujeto la haya siquiera deseado. En efecto, el atractivo de la tesis del primado de lo justo sobre lo bueno se encuentra precisamente ahí: en impedir que se puedan imponer a otros las propias concepciones del bien. El problema del paternalismo tiene mucho que ver con la comprensión de la dimensión política y con la puesta a punto de un nivel de discusión pública sobre el bien. La doble dimensión de la imparcialidad (objetividad y justicia) ofrece la posibilidad de una solución diversa que evita caer en el paternalismo. En cuanto me-

³⁷² Cfr. Viola, F., “Ragionevolezza, cooperazione e regola d’oro”, *Ars Interpretandi*, 7, 2002, pp. 109-129.

³⁷³ Garzón Valdés, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, 5, 1988, p. 155.

canismo epistemológico, la imparcialidad consiste en una cierta objetividad que permite encontrar un criterio de discernimiento entre el verdadero y el falso interés; en cuanto principio normativo, relativo a la condición intersubjetiva, exige el respeto incondicionado de los intereses ajenos y, por tanto, excluye la imposición de una determinada concepción del bien, a pesar de su objetividad.

IV. ÉTICAS PLURALES

El marco general en el que emerge la imparcialidad como valor dominante debe ser completado con el examen de otro aspecto fundamental para la reflexión contemporánea de la experiencia práctica: la cuestión del pluralismo. La imparcialidad adquiere mayor relieve como consecuencia de la fragmentación de las posiciones éticas; resulta casi evidente que el aumento del interés por la imparcialidad es directamente proporcional a la creciente importancia del pluralismo. En las páginas que siguen intentaremos mostrar que el pluralismo no es sólo el substrato del que emerge la imparcialidad, sino que se constituye como un elemento de su estructura. Mirando al pluralismo, la imparcialidad se impone como el valor que asegura la igual consideración y respeto hacia los sujetos, cualquiera que sean sus convicciones o creencias. No obstante, intentaremos mostrar también que tal significado no es incompatible con la idea de imparcialidad-objetividad.

Una observación debemos realizar con carácter previo al tema del pluralismo. Las concepciones de la ética que se expresan como conjunto de principios ordenados a guiar la acción y la vida de los individuos presuponen una fuerte conexión de tales principios con el contexto de realización —el espacio, el tiempo, las condiciones— en el que operan como guía. La conexión con el contexto es un elemento compensatorio que determina el limitado alcance de todas esas concepciones éticas. Esta exigencia de contextualización resulta ser una diferencia importante de la ética respecto a la moral, aunque, en cierto sentido, también el pluralismo está en la base

de la moral de la justificación. La relativización de las concepciones éticas hace necesario encontrar un procedimiento de verificación y justificación. De ahí que la moral como justificación sea la otra cara de la moneda del pluralismo ético.

La exigencia de conexión con las situaciones concretas no es, ciertamente, una novedad para el pensamiento moral. En efecto, junto a los modelos morales compuestos por preceptos generales, se desarrolló una tendencia a tener en cuenta (e incluso a codificar) la particularidad de determinadas situaciones morales, dando lugar —paralelamente al plano de la discusión moral general— a múltiples “morales especiales” para la aplicación del saber moral general a un ámbito específico de la acción humana: el ámbito de la justicia, las instituciones familiares, las relaciones económicas, etcétera. Esta tendencia dio lugar, en la historia de la reflexión moral, a la denominada “casuística”, consistente en la predilección por soluciones morales puntuales aplicadas a casos concretos, en lugar de reglas de carácter general.³⁷⁴

En el estado actual de la evolución moral, la exigencia de concreción está vinculada en buena medida a la comprensión del fenómeno normativo, en especial, a la idea de ley. Sus características de generalidad y abstracción determinan, de manera bastante completa, la clase de sujetos y la acción típica que es objeto de prohibición o de permiso.³⁷⁵ La formulación general y abstracta reclama, sin embargo, un sucesivo ajustamiento de la ley respecto de la acción concreta: en eso consiste la idea del juicio práctico como conexión entre una regla general y una acción particular. Esta interpretación de las reglas morales —cuya afinidad con el fenómeno

³⁷⁴ Pinckaers, S., *Las fuentes de la moral cristiana: su método, su contenido, su historia*, cit., pp. 337-345.

³⁷⁵ No debemos olvidar que la generalidad y la abstracción de las normas son características que tutelan el valor de la igualdad. Sobre el concepto de regla jurídica, justificando la revalorización de su “rigidez” o “atrincheramiento”, cfr. Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 101 y ss.

jurídico resulta evidente— presenta algunos problemas tanto en el ámbito moral como en el jurídico.

El panorama moral y jurídico ha experimentado un cambio con relación al concepto de regla, buscando un modo más flexible y articulado de enfrentar el discurso normativo; flexibilidad que se ha obtenido en ambos terrenos a través del acercamiento entre los principios y las reglas.³⁷⁶

El “principio” no es simplemente el resultado de la abstracción de las reglas, ni una regla máximamente general. En sentido propio, un principio es aquello de lo que algo procede, aquello que está en el origen de algo: un objetivo, una intención, un interés. El principio puede ser un acto de la mente (o sea, un juicio) o un sentimiento, una convicción o una creencia, que da inicio a la acción moral; no necesariamente un precepto de carácter general, o más general que una regla.³⁷⁷ La idea de principio, así estructurada, es aún demasiado vaga, pero introduce la posibilidad de que una acción moral tome la forma de un acto único y original, contingente y completamente circunstanciado; esto es, de un juicio de oportunidad relativo a circunstancias precisas e irrepetibles. Además de ser el *inicio* de una acción, el principio es también el *inicio para*; es decir, el presupuesto para actuar, una instancia a cumplir. La característica del principio es que la instancia de que es objeto no ofrece la determinación completa y acabada del contenido normativo, sino que permanece lo suficientemente abierta como para permitir múltiples concreciones. En este sentido, una moral de principios se orienta en la dirección opuesta a una moral de los casos concretos. Es interesante, de todos modos, observar que la codificación puntual de casos concretos garantiza una mayor certeza

³⁷⁶ Los problemas son evidentemente diversos en el ámbito moral y en el ámbito jurídico. Para el papel de los principios en el ámbito jurídico remitimos a la obra de Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit.*, en particular, pp. 79-121; para una reconstrucción de la evolución de los principios jurídicos, *cf.* Viola F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, *cit.*, pp. 366-408.

³⁷⁷ Véase, por ejemplo, Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. I.

siempre que el caso haya sido claramente contemplado por la regla, pero introduce también un mayor grado de incerteza cuando esto no se produce. La moral de principios presenta, en cambio, márgenes de indeterminación muy significativos aunque, en última instancia, todas las posibilidades pueden ser contempladas. En definitiva, la moral casuística tiene el riesgo del particularismo, mientras que la moral de principios tiene el peligro de la indeterminación.

La moral de la justificación es consciente de la connotación pluralista de las concepciones subjetivas, pero incluye una tendencia universalista y, por ello, es portadora de una exigencia de control sobre la validez de los principios; sin embargo, el carácter esencialmente pluralista de la ética contemporánea parece disponerla a una deriva particularista.³⁷⁸ Por ello, debemos verificar si existe en realidad un nexo lógico —no sólo fáctico y, por tanto, contingente— entre la pluralidad de opciones y el relativismo, por un lado, y entre capacidad de adaptación al contexto y particularismo, por otro.

1. *Pluralismo: ¿un hecho o un valor?*

La multiplicidad de posiciones éticas, a nivel individual, puede reconducirse a la singularidad de la sensibilidad personal, entendiéndose por “sensibilidad” no sólo la capacidad de percibir, sino también la habilidad para abrirse a “lo real”, sea cual sea el modo en el que esto se conciba (como conjunto de datos de hecho o como mundo simbólico). Pero esto vale no sólo para el nivel individual, sino también para el carácter históricamente determinado por las tradiciones culturales, ya que las tradiciones pueden ser concebidas en cuanto modos de percibir la realidad, como visiones del

³⁷⁸ Una muy buena e interesante formulación del problema del particularismo en el ámbito moral y sus relaciones —y contrastes— con la lógica de los derechos, se encuentra en Moreso, J. J., “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en Diciotti, E. (ed.), *Diritti umani ed oggettività della morale*, Siena, DigiGips, 2003, pp. 9-40.

mundo y de la vida. Cada cultura, en efecto, constituye y está constituida por un *background* de significados relativos a la naturaleza del mundo, a la identidad de sus componentes, a las reglas de convivencia, que, aunque múltiples y plurales, constituyen tendencias más o menos dominantes entre aquellos que pertenecen a esa cultura e influyen notablemente la formación de juicio de los individuos.

De manera preliminar, es posible establecer una distinción entre el multiculturalismo y el pluralismo, aunque ambos están ciertamente conectados. El pluralismo, en una de las teorías más representativas del debate ético, se concibe como “el inevitable resultado, a largo plazo, de los poderes de la razón humana, cuando operan sobre el trasfondo de instituciones libres y duraderas”.³⁷⁹ Se trata de una concepción “epistemológica” que “implica una tesis fuerte sobre la razón humana, la tesis de que la razón humana produce necesariamente una pluralidad de concepciones *razonables* sobre el bien, contradictorias e incompatibles entre ellas”,³⁸⁰ y que fundamenta la necesaria asunción del primado de lo justo sobre lo bueno: respecto a lo justo, en efecto, parece posible un acuerdo racional; en cambio, las concepciones sobre el bien no sólo son intrínsecamente beligerantes, sino, incluso, incompatibles. Ahora bien, pretender que sobre lo justo no existe una pluralidad de posiciones es sencillamente falso; además de que las teorías de la justicia nunca lo han afirmado. Lo que sí es cierto es que, mientras en el campo de la justicia se buscan mecanismos de superación del desacuerdo, el conflicto entre las posiciones sobre el bien queda marginado: por considerarse irresoluble en función de determinados prejuicios o porque no se considera de vital importancia.

La diversidad de resultados que la razón humana produce en el ámbito práctico —es decir, la multiplicidad de posibles concepcio-

³⁷⁹ Rawls, J., *Liberalismo político*, cit., p. 23.

³⁸⁰ Rhonheimer, M., *L'immagine dell'uomo nel liberalismo e il concetto di autonomia: al di là del dibattito fra liberali e comunitaristi*, cit., p. 117.

nes del bien— puede considerarse un hecho o un valor. En el primer caso, se entiende como un hecho existencial contingente y/o inevitable, dada la fragilidad en la percepción del bien;³⁸¹ en el segundo caso, se considera algo muypreciado³⁸² y, en cuanto tal, un valor que debe ser tutelado o, incluso, considerado un objetivo a conseguir.

Al pluralismo “fáctico”, para el que la existencia de concepciones diversas depende de las coordenadas de espacio y tiempo, se le puede realizar una doble objeción. Por una parte, cabe pensar que una opinión empíricamente no representada —una posición sólo potencial— no suscitaría ninguna atención. Por otra parte, si el pluralismo es sólo un hecho, cabe plantear su eventual desaparición en el momento en que existiera un consenso sobre la necesidad de eliminarlo (por ejemplo, si su desaparición produjera mayor fluidez o mejor eficiencia en la comunicación).³⁸³ El pluralismo fáctico es, pues, débil desde dos puntos de vista: es infecundo, porque no es capaz de mirar al futuro y de captar aquello que puede abrir nuevas vías, ni tampoco de acoger a posibles sujetos con puntos de vista innovadores o con intereses diversos; y, además, contiene el germen de la negación de sí mismo. La facilidad con la que rechazamos estas consecuencias del discurso confirma que, cuando hablamos de pluralismo, probablemente entendemos que se trata, a la vez, de un dato fáctico y de un valor tutelable. En otras palabras, aunque el pluralismo presenta aspectos fácticos, existen razones que lo hacen valioso, y tales razones justifican la conveniencia de tutelarlos. Aquí nos interesa resaltar que, en última instancia, cuando se habla de pluralismo se está haciendo una referencia específica a la actitud de imparcialidad respecto de las concepciones plura-

381 Cfr. Nussbaum, M. C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y en la filosofía griega*, cit., pp. 52-53.

382 Cfr. Raz, J., “Multiculturalism”, *Ratio Juris*, 11, 3, 1998, pp. 193-205.

383 Creo que la orientación sistémica de Luhmann lleva hacia resultados de este tipo (cfr. Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, cit.). Para interesantes comentarios críticos, cfr. Ollero, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pp. 17-24.

les; una actitud que equivale al reconocimiento de una igualdad *prima facie* entre ellas.

Sobre el pluralismo “como principio” —concepción para la cual la pluralidad de posiciones en el ámbito ético no es sólo un hecho sino un valor positivo— recae el cometido de fundamentar la dimensión axiológica, sus condiciones de posibilidad³⁸⁴ y la eventual reducibilidad o irreducibilidad de los valores a univocidad normativa y lingüística;³⁸⁵ en todo caso, su pertenencia al mundo de los “valores” lo sustrae a la dictadura de los poderes de hecho y de los hechos del poder, y lo abre a nuevas expresiones. El pluralismo como principio suscita, no obstante, la cuestión de su relación con el relativismo³⁸⁶ y de la posibilidad eventual de aplicar los criterios de verdad y falsedad a las concepciones sobre el bien.

El carácter plural de las concepciones sobre el bien depende de dos factores: que los bienes susceptibles de ser alcanzados sean múltiples —y entonces las concepciones sobre el bien serán múltiples dependiendo de diversificación y combinación de los deseos de los individuos—, o que lo sujetos que persiguen esos bienes sean diversos y que su participación sea irreductiblemente singular y personal.

Una posible fundamentación de la primera tesis —pluralismo debido a una pluralidad de bienes— se encuentra en la idea de que el bien “se dice de muchas maneras”. La multiplicidad de maneras de entender el bien se sitúa en el nivel de los planes personales de vida, cuya variedad no es sólo fruto de la particular sensibilidad personal del agente, sino también de las dificultades de controlar completamente el rico universo del bien. Que la pluralidad de los bienes y la limitación de los sujetos a la hora de perseguirlos per-

³⁸⁴ Cfr. Rosenfeld, M., *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*, Berkeley, University California Press, 1998, pp. 199-278.

³⁸⁵ Cfr. D’Agostino, F., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 217 y 218.

³⁸⁶ Para un examen de las diversas acepciones, objeciones y argumentaciones, remitimos a la compilación de Krausz, M. (ed.), *Relativism. Interpretation and Confrontation*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1989. En la introducción, Krausz utiliza contra el relativismo absoluto la clásica paradoja del esceptico.

mita una notable variedad de planes de vida, no significa que los bienes sean incompatibles por principio.³⁸⁷ Para llegar a postular la eventual incompatibilidad de las concepciones sobre el bien hace falta fundamentar la tesis de la oposición entre los bienes. Esta tesis, según la cual existe una pluralidad irreducible de bienes fundamentales, todos igualmente fundamentales, entre los cuales cada sujeto puede razonablemente atribuir mayor importancia a uno o a muchos, está limitada por la incapacidad de poderlos alcanzar todos simultáneamente.³⁸⁸ Del resto, la finitud de la experiencia humana comporta la imposibilidad de abarcar el bien en su totalidad. Se esboza aquí una concepción de imparcialidad como prohibición de excluir arbitrariamente un bien, es decir, una especie de integridad.³⁸⁹

En todo caso, no hay motivo para pensar que la pluralidad, en cuanto tal, comporte necesariamente la incompatibilidad. Si acaso, es el carácter limitado de la capacidad del sujeto para perseguir los bienes en su riqueza y complejidad el que puede determinar la diversidad de valoraciones sobre el bien. Al menos, “plausiblemente” un bien lo es también para los otros, no sólo para el sujeto que lo percibe.

La condición propiamente subjetiva del bien —muy relevante para la imparcialidad— entra en juego cuando se constata que un bien sólo es tal en tanto que se relaciona con un sujeto, hasta el

³⁸⁷ La idea se encuentra en Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 92-95.

³⁸⁸ La acción inmoral sólo se produciría si se va intencionalmente contra alguno de ellos: *cf.* *ibidem*, pp. 114 y 115.

³⁸⁹ La integridad está, como la imparcialidad, ligada a la idea de entero, de completo, pero si la imparcialidad hace referencia a los sujetos, la integridad hace referencia al objetivo a cumplir o al bien a alcanzar. Pensemos en la idea de integridad utilizada por Dworkin, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 187-219. Para una discusión sobre el tema de la integridad en Dworkin y sus implicaciones en la teoría del derecho, *cf.* Schiavello, A., *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Turín, Giapichelli, 1998.

punto de que éste pueda decir: “esto es bueno para mí”. En este caso, entre el sujeto y el bien existe una relación de desiderabilidad, de volición o de atracción. Eso no significa que no exista un bien objetivo, sino que para hablar en sentido pleno del bien, hace falta establecer algún vínculo entre el bien y el sujeto. Es conocido por todos el dilema clásico que, todavía hoy, refleja bien las dos concepciones opuestas sobre el bien: la cuestión de si el bien lo es en sí, o sólo es tal porque es deseado por alguien. En cierto sentido se trata de un falso dilema porque —excluyendo los casos marginales— el bien, incluso en una óptica rigurosamente objetiva, nunca sería tal si careciera de todo vínculo con un sujeto. Una cosa puede ser buena en sentido objetivo pero no para mí, o no para mí aquí y en este momento, y, en cambio, ser buena para otros, o para mí en otros contextos. El vínculo entre la objetividad del bien y su carácter subjetivo consiste en la “desiderabilidad” del bien aquí y ahora; característica que depende de una relación única entre el bien y el sujeto.

Este último aspecto del pluralismo tiene que ver con la imparcialidad. La tesis de que el pluralismo debe reconducirse a la diversidad de las sensibilidades personales y la que sostiene que la finitud de la experiencia humana no puede abarcar integralmente la pluralidad de bienes existentes, no son disyuntivas. El pluralismo es precisamente el resultado de la convergencia de ambas: por un lado, en efecto, en la elección, el juicio individual es previo respecto de cualquier otro principio de acción o condición; por otro lado, la pluralidad de bienes es causa de diversificación de los intereses y aspiraciones.

En última instancia, la imparcialidad implicada por el pluralismo se configura como una actitud frente a los sujetos y a su concepción sobre el bien. La idea de que también existe una imparcialidad respecto de los bienes requiere una clarificación ulterior, acerca de si es posible predicar la verdad o falsedad respecto de los juicios de valor, que trataremos en el último párrafo. Por el momento, si atendemos a lo expuesto hasta ahora, la objetividad propia de la impar-

cialidad sería la instancia de un equilibrio entre los bienes. La pluralidad de los bienes, por un lado, y la limitación de los deseos y las oportunidades, por otro, configuran una regla básica desde el punto de vista objetivo: no se debe preferir un bien sobre otro de manera arbitraria.

2. *Multiculturalismo e inconmensurabilidad*

La proyección del pluralismo sobre el plano sociológico se manifiesta como multiculturalismo, una categoría descriptiva que da razón de las sociedades contemporáneas. En la definición del multiculturalismo, sin embargo, no sólo existe una referencia a los frutos plurales de la razón en su elaboración de concepciones sobre el bien, sino también una reivindicación del carácter comunitario del fenómeno ético y de la relevancia de las tradiciones culturales en la búsqueda del bien. Mientras que el pluralismo resulta compatible (aunque no se corresponde necesariamente) con una razón monológica,³⁹⁰ en el multiculturalismo resulta evidente el carácter interactivo de la razón. El multiculturalismo, en efecto, como categoría descriptiva (no ideológica), implica un diálogo “intracultural”, debido al carácter dialógico de la cultura, pero puede indicar también, normativamente, la exigencia de una interacción “intercultural”. En este último caso, en lugar de multiculturalismo se habla de interculturalismo, como modelo de integración entre las culturas.³⁹¹

Del multiculturalismo, como categoría ideológica basada en la mencionada incompatibilidad de las concepciones sobre el bien y de los iguales derechos de toda cultura, se deriva inevitablemente

³⁹⁰ Una crítica recurrente a J. Rawls. Por ejemplo, Habermas, J., “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism”, *Journal of Philosophy*, 92, 3, 1995, pp. 109-131.

³⁹¹ Puede verse el ensayo de Zamagni, S., “Migrazioni, multiculturalità e politiche dell’identità”, en Vigna, C. y Zamagni, S. (eds.), *Multiculturalismo e identità*, Milán, Vita e Pensiero, 2002, pp. 221-261.

la inconmensurabilidad de los mundos culturales:³⁹² una suerte de estado de naturaleza hobbesiano aplicado al mundo de las tradiciones, en el cual rige, o la ley de la supervivencia del más fuerte o el aislamiento de los mundos culturales. No obstante, el multiculturalismo exige una instancia de comunicación, al igual que el pluralismo suscita el problema de la justificación.

El modo más simple de resolver la confrontación entre las culturas consistiría en separar —ahora, a nivel de tradiciones— la búsqueda de lo justo de la búsqueda del bien; es decir, deslindar el problema de una posible coexistencia justa y la cuestión de un posible acuerdo respecto a los valores.³⁹³ Si esto es ya problemático con relación a los individuos, a nivel de confrontación de culturas resulta absolutamente irrealizable, debido a la estructura misma de las culturas. Estas son cosmovisiones de la vida y elementos de identidad, en ningún modo negociables.³⁹⁴ El multiculturalismo escapa a la lógica del liberalismo, como doctrina política fundada sobre la exclusión de las diferencias culturales, relevantes únicamente en el ámbito privado.³⁹⁵

La confrontación intercultural, pues, no se puede reducir a la búsqueda de principios de justicia común, a no ser que queramos restringir notablemente el ámbito de la comunicación entre las culturas. Cada cultura, en efecto, contiene en sí no sólo una concepción de lo justo —un determinado modo de dar forma a las relaciones in-

³⁹² La referencia clásica a la tesis de la inconmensurabilidad de los paradigmas es de Kuhn, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1962.

³⁹³ Que sería la adecuada a un mundo de “extranjeros morales” *al estilo* de Engelhardt (*cfr.* Engelhardt, T. H., “Bioética: laica e religiosa”, *Bioetica*, 2, 1993, pp. 346-350, y, para una crítica, D’Agostino, F., “Non esistono stranieri morali. Note minime su bioetica laica e bioetica cattolica”, *Bioetica*, 1, 1994, pp. 132-138).

³⁹⁴ Zamagni, S., *Migrazioni, multiculturalità e politiche dell’identità*, *cit.*, p. 231. Los conflictos entre identidad e intereses serían negociables, mientras que los conflictos entre identidades no.

³⁹⁵ Lo ha (re)propuesto B. Barry en su último libro, *Culture and Equality: an Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Polity Press, 2001. *Cfr.* también las críticas de Shachar, A., “Two Critiques of Multiculturalism”, *Cardozo Law Review*, 23, 2001, pp. 275-287.

tersubjetivas—, sino también unas determinadas concepciones sobre el bien. Es más, puede afirmarse que son las segundas las que determinan a la primera. Para las culturas, el bien tiene primacía sobre lo justo; de ahí que en la determinación de lo justo no se pueda dejar de considerar aquello que los individuos o las comunidades entienden que es un bien, aunque sólo sea por el respeto debido a su identidad.³⁹⁶ La confrontación multicultural, en rigor, debería respetar toda la amplitud de los horizontes de la vida práctica que cada cultura encierra en sí, puesto que ellas se conciben como un todo dotado de sentido.

La alternativa a la comunicabilidad entre las culturas es su incommensurabilidad. La incommensurabilidad puede entenderse de tres maneras distintas: como intraducibilidad, como imposibilidad de compartir las premisas de base respecto a la naturaleza del mundo y las formas fundamentales de razonamiento, y como imposibilidad de juzgar sobre la superioridad entre culturas “concurrentes”.³⁹⁷ En el primer caso, la incommensurabilidad hace referencia a la imposibilidad de establecer relaciones unívocas y coincidentes entre contenidos de sentido de culturas diversas. Desde este punto de vista, la teoría del consenso por superposición sostiene que toda cultura posee zonas permeables respecto de las otras³⁹⁸ que permiten la comunicabilidad, siempre que se pretenda una perfecta uniformidad y coincidencia.

En el segundo significado, la imposibilidad de compartir premisas de base respecto a la naturaleza del mundo y a las formas fundamentales del razonamiento es algo más radical y se produce cuando las diversas *Weltanschauungen* están regidas por lógicas

³⁹⁶ La conexión entre interés e identidad es algo más complicada de lo que parece. La precedente distinción, aludida en nota, relativa a los intereses y a las identidades, sucumbe cuando se considera que los intereses tienen mucho que ver con las identidades, al menos en la dimensión argumentativa. Esto se manifiesta en el hecho de que los intereses se defiendan en calidad de derechos.

³⁹⁷ Cfr. Wong, D., “Three Kinds of Incommensurability”, en Krausz, M., *Relativism. Interpretation and Confrontation*, cit., pp. 140-158.

³⁹⁸ Cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., pp. 321-322; id., “The Idea of an Overlapping Consensus”, *Oxford Journal for Legal Studies*, 7, 1, 1987, pp. 1-25.

diferentes. No es cierto que esa inconmensurabilidad sea insuperable desde el punto de vista teórico, basta con que seamos capaces de entender el alcance de su discurso, su estatuto epistemológico (es decir, la particular visión que cada cultura propone entre las diversas posibles de la realidad). En el momento en que se toma conciencia de la relatividad de la propia visión y, por tanto, se supera el carácter “ideológico” y excluyente de toda visión parcial, es cuando se admite que pueden existir otros paradigmas, con el mismo estatuto pero de contenido divergente.

En el tercer caso, o sea, en la hipótesis de que la inconmensurabilidad signifique la incapacidad para juzgar la superioridad de una cultura sobre otra, hace falta distinguir dos tipos de juicio: el que pretende valorar las prácticas concretas de determinadas culturas, o el que pretende realizar la valoración global de una cultura. Este último resulta difícilmente realizable debido a la imposibilidad de abarcar globalmente una cultura en relación al espacio y al tiempo, a no ser que se trate de culturas “muertas”. Pero, en general, esas no forman parte del ámbito del multiculturalismo, que se mueve siempre en relación con las culturas “vivas”. En la primera hipótesis, la valoración de prácticas concretas es posible y lícita, en la medida en que se reconoce que cada cultura ofrece soluciones particulares a problemas humanos, soluciones que están contextualizadas y sujetas a mutaciones. Ahora bien, aunque es posible registrar una divergencia entre las respuestas, sin embargo, se constata una homogeneidad en cuanto a los problemas planteados. La pluralidad de las tradiciones consiste precisamente en la existencia de respuestas diversas para problemas comunes.

La aceptación de una diversidad de respuestas para los mismos problemas no conduce necesariamente al relativismo, porque la pluralidad de respuestas no es signo de equivocidad. En general, la identificación entre pluralidad y equivocidad parece traicionar la aspiración utópica de la “única respuesta correcta” para un determinado problema.³⁹⁹ Pero la diversidad no presupone incomunica-

³⁹⁹ La equivocidad de las respuestas parece la única alternativa a la imposibilidad de una única respuesta correcta. A esta actitud “escéptica” se puede aplicar

bilidad, sino todo lo contrario. Al igual que el pensamiento procede por diferencias y donde éstas faltan no hay progreso, donde no existen diferencias no existe la condición del acuerdo y de la comunicación. La diversidad puede ser también *irreducible*, pero la irreductibilidad, a no ser que postulemos que los diversos planteamientos de la razón o los diversos estilos de vida sean “lógicamente” contradictorios, no significa inconmensurabilidad ni irracionalidad, sino simplemente imposibilidad de la *reductio ad unum* y, por tanto, el consecuente respeto de la diversidad (o imparcialidad). Cuando, en cambio, se identifican irreductibilidad e irracionalidad⁴⁰⁰ sólo cabe concluir con el aislamiento de los mundos culturales.

La objeción radical contra el multiculturalismo, pues, sería la de haberse convertido en el eje de la diversidad de los problemas y no sólo de las respuestas. Las respuestas pueden, en última instancia, ser “trágicas” o “disyuntivas”, pero hasta donde es posible discernir una semejanza en los problemas existirá la posibilidad de identificar, al menos, aquello que *no es* una respuesta a un problema, aunque ese resultado pueda ser modesto.⁴⁰¹

La cuestión sobre la diversidad de los problemas y no sólo de las respuestas puede coincidir con la tesis del esencial carácter cultural de los problemas mismos, es decir, con la tesis según la cual los problemas son “interpretaciones” de los problemas, y las interpretaciones son una función de la historia. Un tratamiento exhaustivo de esta cuestión excede de nuestro alcance y capacidad, pero afrontaremos un elemento relevante para su clarificación en el parágrafo dedicado a la verdad en las teorías éticas.

La proyección de las diferencias éticas en la dimensión cultural permite examinar, a nivel macroscópico, la relación entre ética y

la definición de Hart según la cual un escéptico es un absolutista desilusionado (*cf.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, p. 135).

⁴⁰⁰ Lo hace Rawls cuando critica el intuicionismo (*cf.* *id.*, *Teoría de la justicia*, *cit.*, § 7).

⁴⁰¹ Nussbaum, M., *Non-Relative Virtues. An Aristotelian Approach*, *cit.*, p. 251 y ss.

moral e iluminarla con una nueva luz. Cada cultura es portadora de contenidos éticos conectados con el proyecto identitario del que ella es trasfondo. El problema de la interacción entre las culturas cuestiona la posibilidad de la comunicación entre las identidades sobre el plano de la justificación por medio de las razones.

La perspectiva moral, con su pretensión de universalidad, se encuentra en una posición muy ventajosa, mientras que la ética resulta particularista pero capaz de ser idónea como respuesta específica a un problema. La prioridad del aspecto particular en la ética no equivale necesariamente a un rechazo del carácter universal, sino que la hace por su estructura abierta a modificaciones, relativa a las circunstancias que cada vez exigen ser valoradas. La cualidad *context-sensitive* de un principio, una regla o una tradición, no implica la completa relatividad la regla, del principio o la tradición, en relación al contexto.⁴⁰²

Afirmar que algo es bueno significa —como ya dijimos— afirmar que es bueno para alguien. Sin embargo, en una perspectiva de comunicación y de acuerdo —entre las culturas y entre los individuos— eso no basta: el hecho de corresponder a una preferencia no constituye de por sí motivo de aprobación, si tal preferencia no es, además, sustentada por razones de algún modo comunicables y comprensibles. Ésta es la relación específica que la moral como justificación evidencia respecto al pluralismo, del mismo modo que el interculturalismo lo hace con respecto al multiculturalismo.

3. *Primado del juicio subjetivo y dimensión institucional de la razón*

La tesis de que existe un primado del juicio individual en la elección ética y en la determinación de la acción —primado del juicio individual en la razón práctica— se ha consolidado progresivamente y ha ido poco a poco dando origen a una ética subjetiva. Este paso ha quedado patente históricamente mediante la asimila-

⁴⁰² *Ibidem*, p. 257.

ción de dos tesis: la del primado de la conciencia y de su carácter obligatorio, también cuando sea errónea, y la afirmación del valor de la autenticidad de una vida vivida de acuerdo con uno mismo. La doctrina de la obligatoriedad de la conciencia errónea implicaba ya un primado del juicio individual, pero la ética de la modernidad se ha caracterizado por la tesis de que la conciencia, como expresión de uno mismo, no es de ninguna manera verificable, es decir, se niega que la conciencia pueda denominarse errónea. De este modo ha sido progresivamente reforzada la idea de que el juicio moral individual es un juicio “privado”, en el sentido de intransferible.

No obstante, el carácter privado del juicio de conciencia, se acompaña de la convicción sobre la relevancia de algunos fueros intersubjetivos “públicos” y, por ello, sometidos al control de universalidad y aceptabilidad. La misma cuestión del pluralismo es, por su naturaleza, el problema de la gestión común de las diversas concepciones y no sólo de su existencia. No existiría el problema si las valoraciones subjetivas no fueran relevantes en la dimensión intersubjetiva. Una vez más, el núcleo de la cuestión radica en distinguir entre la dimensión de la razón práctica personal y una posible razón práctica institucionalizada, dentro de la cual el principio de imparcialidad resulta central.⁴⁰³

Este problema resulta particularmente visible cuando la razón práctica subjetiva y la razón práctica institucional son contradictorias, como es el caso de la oposición en conciencia de un sujeto frente a lo que generalmente está justificado. Situaciones paradigmáticas de este tipo son la objeción de conciencia y la desobediencia civil.

Mientras que hoy la objeción de conciencia está siendo desactivada como rechazo de obedecer la ley ya que la propia ley prevé,

⁴⁰³ Puede verse, por ejemplo, lo que sostiene Alexy respecto al derecho, que sería precisamente la institucionalización de la razón (*cf.* Alexy, R., *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, *cit.*). Más en general, se trata del problema de la posibilidad de la “razón pública”. *Cfr.* también, Rawls, J., *Una revisión de la idea de razón pública*, *cit.*, pp. 164-223.

en general, obligaciones sustitutivas de aquello a lo que se resiste la conciencia o, incluso, la incluye y la hace objeto de sí misma regularizándola,⁴⁰⁴ parece ir adquiriendo importancia —de acuerdo con la afirmación de la moral como justificación— la desobediencia civil.⁴⁰⁵ ¿En qué consiste? La desobediencia civil, como la objeción de conciencia, se sitúa en el espacio del disenso entre el juicio subjetivo y lo que se considera obligatorio a nivel institucional.

Básicamente, la diferencia entre objeción de conciencia y desobediencia civil (y el motivo de la aceptación de esta última) radica en que aquélla se considera un acto privado, mientras que ésta es un acto público. La desobediencia civil es, en efecto, un acto público bastante curioso: presupone, por un lado, la existencia de una razón pública (conjunto de principios y opiniones condividas que se expresan en las instituciones políticas) y, por otro, la capacidad de afirmar una divergencia entre las instituciones como de hecho existen (la razón institucionalizada) y su “deber ser”, incluso contra una opinión mayoritaria. La capacidad de constatar la divergencia entre la “moralidad” de las instituciones públicas y su efectivo nivel de actuación, sólo puede derivar de un juicio moral que, difícilmente, podrá entenderse como un juicio meramente privado, al menos, por lo que respecta a su objeto.

Si, además, se sostiene que el juicio privado no depende de la razón se crea una situación paradójica. En el nivel no público, el juicio responde a mecanismos incontrolados, si acaso únicamente susceptibles de control *ex post* mediante la verificación de su universalización. El nivel público se desdobra en un nivel público institucional —sede de los procedimientos y actividades decisorias— y una suerte de razón pública, capaz de valorar el resultado de la implementación de los procedimientos respecto a su *deber ser* y de distanciarse de una opinión mayoritaria y extendida. Aparte de las

⁴⁰⁴ Cfr. D'Agostino, F., *Il diritto come problema teologico*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 185-206.

⁴⁰⁵ Cfr. Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 276-289, y Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., pp. 317-323.

dificultades de individuación de estos dos niveles, existe un problema sobre la relación de discontinuidad entre el nivel no público y el nivel público. Precisamente sobre quien sostiene la discontinuidad recae la carga de la prueba. Si, por el contrario, nos inclinamos hacia la tesis de una unidad estructural de la razón práctica a nivel individual y a nivel institucional, entonces debemos preguntarnos cómo interactúan ambas. Para ello, es necesario profundizar en la especificidad y la dinámica de la razón práctica en las dimensiones institucionales de la política y del derecho.

4. *Imparcialidad, objetividad y verdad ética*

Antes de concluir el examen sobre la idea de imparcialidad en el campo moral, debemos dar un último paso. Hemos señalado muchas veces cómo en el campo moral y ético prevalece la idea de imparcialidad como actitud normativa respecto de las partes en relación de proporcionalidad o igualdad. Ahora procede preguntarse si y en qué sentido la idea de imparcialidad en cuanto objetividad está también presente en este contexto. La cuestión nos invita a estudiar la relación entre verdad y ética. No nos preguntaremos si se puede hablar de la verdad en la ética del mismo modo en el que se puede hablar en el terreno fáctico⁴⁰⁶ sino, más bien, si existe algún sentido

⁴⁰⁶ Una investigación comparativa del ámbito ético y epistemológico requeriría una teoría epistemológica completa, cosa que excede de nuestro propósito. Recientemente, lo ha abordado R. Nozick (*id.*, *Invariances. The Structure of the Objective World*, *cit.*). Muchas de sus observaciones son importantes, sobre todo en lo referente a la peculiaridad del problema veritativo en la ética. El autor sostiene una teoría “estadística” de la verdad (la verdad en el ámbito fáctico se alcanzaría a través de un proceso estadístico —p. 293—), aplicable también al ámbito ético. Si la función de la ética es coordinar los comportamientos para un recíproco beneficio, entonces es verdadera la norma que estadísticamente asegura esa función. Con base en este criterio, las características de la verdad objetiva, que el autor había precisado, pasan a segundo plano: además de mantener una cierta invariabilidad, con algunas transformaciones, “an objective truth is marked by three characteristic. It is accessible from different angles; it is or can be interpersonally agreed to; and it holds independently of the beliefs and experiences of the observer or thinker” (p. 283).

de objetividad aplicable a las cuestiones éticas. La respuesta ya ha sido dada, pero ahora debemos mostrar los argumentos.

El punto de partida está en el hecho de que, a pesar de que el pluralismo de opciones se considera un valor, la exigencia de justificación introduce un principio de discernimiento entre las diversas opciones para resolver un problema moral y, como vimos, tal exigencia es irrenunciable, tanto para la moral como para la ética.

La cuestión de la verdad en el ámbito práctico supone la posibilidad de conectar fundadamente una afirmación y sus razones. Prescindiendo de cuál sea su objeto, si se afirma que son verdad una opinión o una convicción sostenidas por buenas razones, entonces no existe diferencia entre la verdad teórica y la práctica. En ese sentido, la revalorización del papel de las razones —de la razonabilidad o la racionalidad— en el ámbito de la experiencia práctica, invitan a hablar de ética en términos de verdad. Con esto, la distinción misma entre moral y ética que hasta ahora hemos utilizado, debería ser redimensionada: si una opinión es susceptible de ser sometida a una verificación de la razón, significa que tiene un alcance más allá del contexto específico “local” en el que emerge, no necesariamente desde el punto de vista de su fuerza vinculante, sino en el sentido de que se pueden comprender las razones, también desde puntos de vista diversos; es decir, que puede ser comunicada. El carácter contextualizado de la ética, motivado por las exigencias de actualización, no la exime de la prueba de las razones. Esto significa, en otras palabras, que la ética es susceptible de verificación imparcial. El problema se extiende también al multiculturalismo en la medida en que las tradiciones (en plural) son portadoras de contenidos de sentido susceptibles de verificación, razonamiento y comunicación.

El debate sobre la verdad práctica es antiguo y problemático,⁴⁰⁷ pero también es cierto que depende en gran parte de lo que se entienda por verdad. Desde el punto de vista de las orientaciones episte-

⁴⁰⁷ Una buena síntesis de las principales posiciones y problemas se encuentra en Berti, E., “La razionalità pratica tra scienza e filosofia”, en *id.*, *Le vie della ragione*, *cit.*, pp. 55-76.

mológicas generales, desde la idea de que la verdad consistía en la afirmación de argumentos incontestables o en la individuación de verdades absolutas, se ha pasado a la idea de que la verdad requiere, principalmente, una disponibilidad para someter a crítica imparcial la propia opinión y participar en la discusión sobre los puntos de vista de los otros. Tal desarrollo está, sin duda, conectado con la revisión epistemológica de las pretensiones de una razón fuerte, propio de la ciencia verificacionista, que fue importada y esencialmente impuesta a los demás ámbitos del conocimiento.⁴⁰⁸

La modificación del paradigma epistemológico es también el resultado de la toma de conciencia de la diversificación de los objetos de conocimiento.⁴⁰⁹ La acción ética idónea no se configura necesariamente como la única respuesta correcta posible a un determinado problema moral, ni se presenta con evidencia inmediata en la mente. Es más probable que exista más de una respuesta a las cuestiones morales, si bien sólo una será la adoptada en el caso concreto, y eso sucederá después de un complejo proceso de deliberación. En este sentido, el pluralismo de las opciones no está en contraposición con la existencia de una verdad.

Verdad e imparcialidad se armonizan de modo admirable. La actitud normativa de imparcialidad implica la disponibilidad a entender las razones de los otros sujetos, a quienes se reconoce igual derecho a elaborar y expresar las propias convicciones. La imparcialidad-objetividad requiere la inclinación a revisar las propias convicciones una vez que se demuestra la superioridad de las razones ajenas. La imparcialidad, como igual atención a las opiniones e todos, se expresa también en forma de una búsqueda de la objetividad.

⁴⁰⁸ Aconteció con Spinoza a propósito de la ética y con Hobbes a propósito de la política. *Cfr.* también la reconstrucción del desarrollo del pensamiento epistemológico entre los siglos XVIII y XIX en Wright, G. H. von, *Explanation and Understanding*, Ithaca, Cornell University Press, 1993.

⁴⁰⁹ Sobre este punto se apoya la reacción de las ciencias históricas y humanas, en general, frente al positivismo de las ciencias físicas y matemáticas. *Cfr.* la obra citada en la nota precedente.

El tema de la objetividad es un tema de retorno.⁴¹⁰ En el panorama contemporáneo se delinea una amplia gama de posiciones alternativas respecto de los extremos epistemológicos del escepticismo y el realismo, que han dominado casi todo el siglo XX.

[El] realismo normativo es la visión según la cual las proposiciones sobre aquello que nos da razones para la acción pueden ser verdaderas o falsas independientemente de cómo las cosas nos parecen, y podemos esperar descubrir la verdad trascendiendo las apariencias y someténdolas a valoración crítica...⁴¹¹

El propio contractualismo, desde el punto de vista epistemológico, se ha definido como una especie de “escepticismo cualificado”,⁴¹² siendo así que busca razones condivisibles.

En el ámbito científico, concretamente, las teorías se consideran científicas o verdaderas porque son rigurosas, es decir, capaces de ofrecer razones para cada una de las proposiciones que afirman y dotadas de coherencia sistemática en su conjunto. Esta última característica, aisladamente, carece de significado si consideramos que la exigencia de conocer, propia de la ciencia, no es reducible sólo a una forma de organización y a las recíprocas relaciones de un sistema de conocimiento, sino que afecta también a su fuerza explicativa. Eso significa que la coherencia es condición necesaria pero no suficiente de científicidad. El científico no se resigna fácilmente a pensar que la científicidad de su disciplina consiste simplemente en la coherencia de las proposiciones, él busca sobre todo una cierta objetividad. Lo objetivo se refiere necesariamente al carácter “intersubjetivo” del conocimiento y, precisamente por-

⁴¹⁰ Schiavello, A., “Positivismo inclusivo, oggettività ed interpretazione del diritto”, en Triolo, L., *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 165-196. *Cfr.* también, Miller, A., “Objectivity”, en Craig, E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, cit., versión electrónica; Marmor, A., “Three Concepts of Objectivity”, en *id.* (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 177-201.

⁴¹¹ *Cfr.* Nagel, T., *Una mirada de ningún lugar*, cit., p. 162.

⁴¹² Scanlon, T. M., *Contractualism and Utilitarianism*, cit., p. 118.

que se debe excluir toda tentación de fundar la objetividad en alguna característica del objeto conocido, se prefiere determinar las circunstancias que hacen verdadero o falso ese conocimiento. No obstante, si la verdad dependiera sólo del acuerdo intersubjetivo, sin ningún factor independiente, sus bases serían muy débiles.⁴¹³ La intersubjetividad en el ámbito científico no significa que exista un consenso de hecho⁴¹⁴ sobre una afirmación, sino que se está en disposición de buscarlo y que ello puede ser posible bajo el control de la comunidad científica.⁴¹⁵ Una teoría o una afirmación es intersubjetiva (también objetiva o, simplemente, verdadera) cuando es posible someter a la criba del debate y del diálogo las razones sobre las que se apoya.

La noción de verdad ha sido (aparentemente) alejada de todo ámbito del conocimiento porque está intuitivamente ligada a la idea de algo indisponible. Si en el ámbito científico la indisponibilidad comporta la interrupción de la búsqueda, en el ámbito de la justicia lo indisponible se convierte en peligroso en la medida en que más se acerca al poder. Puesto que el poder efectivo y el consenso de hecho son nociones muy afines, está justificado el temor de que el poder efectivo se atribuya la prerrogativa de ser fuente de la verdad. Un modo de evitar el vínculo entre poder efectivo y verdad es, precisamente, someter a vínculos procedimentales la individuación y la definición de principios o decisiones y, de aquí, se deriva el éxito de las teorías procedimentales de la justicia: el procedimiento permite, pues, un control de toda decisión que afecte a muchos individuos. Lo que debe descubrirse, verificarse, comprobarse, no aparece como algo absoluto, libre de todo condicionamiento, de modo que, una vez verificado, descubierto, comproba-

⁴¹³ Cfr. Nozick, R., *Invariances. The Structure of the Objective World*, cit., p. 287.

⁴¹⁴ En las ciencias empíricas el número de verificaciones es siempre convencional. En las teorías éticas la existencia de un consenso de hecho es relevante cuando se pretenden derivar consecuencias normativas. Es entonces cuando existe el peligro de incurrir en la “falacia naturalista”.

⁴¹⁵ La referencia clásica es K. Popper y su escuela. Cfr. *id. Conjectures and Refutations*, Londres, Routledge y Kegan Paul, 1963.

do, es a ello a lo que debemos ajustarnos. El procedimiento conjura de algún modo la idea de pruebas “irrefutables” o argumentos “incontestables” porque asume que las candidaturas a la verdad son múltiples y ofrece la posibilidad de un control. El carácter pluralista de las razones y el método fundado sobre el procedimiento son óptimos antidotos frente a concepciones monolíticas e impositivas de la verdad.

En la concepción monolítica de la verdad sobrevive la idea de la totalidad, como muestra del persistente influjo de Hegel en la cultura moderna.⁴¹⁶ Si la verdad es total sólo puede ser aceptada (o rechazada) en su totalidad y su aceptación sólo puede producirse sobre la base de la imposición o de la evidencia, nociones ambas muy problemáticas. La imposición puede derivar de una autoridad, de un poder de hecho o de una autoridad que se manifiesta como un poder de hecho. La evidencia se entiende como resultado de un proceso dialéctico (punto de llegada), o como intuición incommunicable (evidente sólo al sujeto al que se impone). En una perspectiva no pluralista, la evidencia presenta estos últimos elementos. Otra cosa es el problema de la certeza o estado subjetivo de aquel que sostiene una tesis, una hipótesis o una creencia: en cuanto tal, una certeza sólida y firme puede acompañar tanto a una opinión “verdadera” como a una “falsa”. En la perspectiva de la falibilidad, la certeza es inversamente proporcional a la posibilidad de “falsar” la teoría y, por ello, a su carácter científico, no obstante el cuestionamiento de las propias opiniones es ya una actitud crítica.⁴¹⁷

Según una clasificación común, podemos distinguir las teorías de la correspondencia, las teorías de la coherencia, las teorías pragmáticas y las teorías deflacionarias de la verdad.⁴¹⁸ Se trata de familias de teorías, ya que internamente admiten versiones variadas. No tomaremos en consideración las teorías deflacionarias —refe-

⁴¹⁶ Cfr. Pareyson, L., *Esistenza e persona*, Génova, Il Melangolo, 1985, pp. 109 y 254.

⁴¹⁷ Popper, K., *Conjectures and Refutations*, cit.

⁴¹⁸ Cfr. Celano, B., *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., pp. 336-340.

ridas a las condiciones para la adscripción del predicado “verdadero”— porque queremos partir del presupuesto de que cuando una tesis es verdadera añade algo al hecho de ser simplemente dicha.⁴¹⁹ Nuestro interés principal es discutir en qué sentido puede decirse que un juicio ético es imparcial en cuanto que objetivo, lo que equivale a preguntarse qué teoría de la objetividad resulta adecuada al campo práctico.

En las teorías de la coherencia, la verdad se configura como una propiedad de las relaciones existentes entre las creencias, juicios, proposiciones o, más genéricamente, ideas o intuiciones de un sistema o de una doctrina.⁴²⁰ La verdad es, entonces, un requisito interno a los sistemas de conocimiento, un dato de coherencia o de autoconsistencia.⁴²¹ La coherencia debe ser una condición de todo sistema de conocimiento y de valores que se considere verdadero. Pero si ya habíamos dicho que no era, en general, razón suficiente y menos aún con relación a nuestras convicciones morales, la coherencia

seems unsatisfying as an account of moral truth or as an account of the basis of justification in ethics... However internally coherent our moral beliefs may be rendered, the nagging doubt may remain that there is nothing to them at all.⁴²²

Esta observación explica la insuficiencia de la teoría de la coherencia para determinar la verdad y sugiere la necesidad de encontrar un criterio externo.

⁴¹⁹ Sobre la teoría de la redundancia, *cfr.* Williams, C. J. F., *What's truth?, cit.* Sobre la *prosentential theory*, *cfr.* Grover, D. L. *et al.*, “A Prosentential Theory of Truth”, *Philosophical Studies*, 27, 1975, pp. 73-125 y Horwich, P., *Truth*, Oxford, Blackwell, 1990.

⁴²⁰ *Cfr.* Davidson, D., “The Structure and Content of Truth”, *Journal of Philosophy*, 87, 1990, pp. 279-328.

⁴²¹ En todo conjunto finito de enunciados existen algunos indecidibles, según el conocido teorema de Gödel. Esto se refiere, no sólo a la existencia de un sistema global de conocimientos, sino también a las sistematizaciones parciales.

⁴²² Scanlon, T. M., *Contractualism and Utilitarianism, cit.*, p. 107.

La teoría de la verdad como correspondencia,⁴²³ según una concepción ingenua,⁴²⁴ introduce la exigencia de una correlación puntual entre cada enunciado y su referente, pero suscita el problema del desdoblamiento de la realidad (lingüística y fáctica). Versiones sofisticadas de la teoría de la correspondencia definen con precisión los elementos de correlaciones complejas que se deberían “corresponder” (afirmaciones, enunciados, estados de cosas, *type* de estados de cosas), aunque las dificultades del desdoblamiento y eventual diferencia estructural entre estados de cosas y enunciados sobre esos estados de cosas permanecen inalterados.⁴²⁵ En general, la objetividad de la verdad como correspondencia deriva de la posibilidad de la verificación de los datos: un enunciado es verdadero con relación a la posibilidad de determinar los hechos y/o las circunstancias que lo hacen ser tal. El carácter objetivo proviene del hecho de que quien quiere acreditar una determinada hipótesis dispone de un procedimiento de verificación. La verdad, pues, es la relación entre una proposición y un hecho, de modo que el criterio de veracidad resulta externo al discurso.

La idea de que es posible *justificar* una concepción ética plantea algunos límites “externos” en la articulación interna del juicio práctico. El correcto desarrollo de la deliberación práctica es, también aquí, condición necesaria pero no suficiente para establecer la verdad de un juicio: el buen funcionamiento de la razón práctica es, para ciertos aspectos, procedimental, pero debe concluir no en una acción cualquiera sino en una acción *razonable*. En definitiva, la verdad comporta siempre una referencia a criterios independientes del procedimiento de deliberación (las razones), incluso si la verificación de la razonabilidad es, significativamente, obra de

⁴²³ Una exposición sobre la concepción moderna de la teoría de la correspondencia puede encontrarse en el capítulo titulado “Truth”, en Russell, B., *The Problems of Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

⁴²⁴ La teoría de la correspondencia no equivale exactamente a la teoría clásica de la *adeaequatio rei et intellectus*. Sobre la segunda, *cfr.*, entre tantos, Contat, A., *La relation de vérité selon Saint Thomas d’Aquin*, Roma, Librería Pontificia Vaticana, 1996 y la bibliografía ahí consignada.

⁴²⁵ *Cfr.* Kirkham, R. L., *Theories of Truth. A Critical Introduction*, *cit.*, cap. 4.

la misma razón. El contexto intersubjetivo de la justificación destaca más claramente el carácter “externo” de la relación entre opinión y razones.

Por teoría pragmática de la verdad entendemos, de modo genérico, el grupo de teorías que subraya, más o menos marcadamente, el carácter práctico de los hechos en función de los cuales se atribuye el predicado *verdadero*.⁴²⁶ La teoría pragmática de la verdad evidencia un nexo entre la verdad y el sujeto que la enuncia con el fin de comprender lo que se quiere considerar verdadero.

De cuanto hemos dicho hasta el momento podemos extraer la conclusión de que las diversas teorías de la verdad no son completamente equivalentes, sino más bien complementarias: en la teoría de la verdad como coherencia, la atención se focaliza sobre una cualidad de las proposiciones incluidas en un sistema; en la teoría de la verdad como correspondencia, la atención se proyecta sobre la relación de los conocimientos de un sujeto y el mundo en sentido amplio; en la teoría pragmática, en cambio, lo relevante es que la verdad sea enunciada o afirmada por un sujeto. La primera excluye el carácter contradictorio del discurso, la segunda excluye el solipsismo y establece una cierta relación entre el mundo de la razón y el mundo de los hechos, la tercera destaca el carácter intencional del conocimiento.

Queda todavía por examinar la teoría de la verdad como consenso, que resulta particularmente adecuada como parámetro de objetividad para la justificación, aunque ya habíamos señalado su insuficiencia. En primer lugar, la teoría de la verdad como consenso se encuentra a mitad de camino entre las teorías pragmáticas y las teorías que proponen un criterio externo de validez, reconociendo el carácter verdadero a aquellas creencias que pueden ser aceptadas por todos los que poseen suficiente experiencia o infor-

⁴²⁶ Cfr James, W., *The Meaning of Truth*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1975. Concretamente, el instrumentalismo reconoce el carácter verdadero a una tesis con base en las consecuencias benéficas para aquellos que la sostienen o con base en los efectos que, a largo plazo, comporta una determinada creencia.

mación para juzgar.⁴²⁷ De modo similar a las teorías de la correspondencia y a diferencia de las teorías de la coherencia, la verdad como consenso comporta un criterio externo de verdad: ésta se legitima por la existencia de una aprobación o una conformidad con ella de parte de una comunidad (política o científica).

La cuestión básica que las teorías del consenso deben resolver es si el consenso deriva de la razonabilidad de una argumentación o si el consenso constituye la razón misma de la justificación. Si respondemos que es la existencia de razones lo que justifica una afirmación, entonces el consenso es sólo una confirmación eventual: si no existe la confirmación, no por ello se imposibilitaría la justificación. Si respondemos que el consenso constituye la justificación, entonces surgen otros problemas. La existencia de consensos, en efecto, ha sido causa de actos que ninguno consideraría justificados. Éste es un dilema al que algunas teorías han intentado dar respuesta, muy en particular la teoría habermasiana.

Como ya habíamos apuntado, a propósito de la moral de la justificación, en la concepción habermasiana de la teoría del consenso la verdad consiste en una pretensión de validez vinculada a los enunciados cuando los afirmamos. Una pretensión de validez se justifica en la medida en que puede ser sostenida. No son verdaderos ni los esquemas cognitivos ni los conceptos o predicados. Para hacer un discurso sobre la verdad es necesario situarse fuera de los contextos de acción y de experiencia y centrarse sobre una única motivación: la de estar inclinados a entenderse, separando así las cuestiones de validez de las cuestiones de origen de una afirmación. La diferencia principal entre el ámbito de la acción y el ámbito del discurso está en que, el primero, resulta vinculado estructuralmente a la motivación y, el segundo, a la comunicación.⁴²⁸

⁴²⁷ “The best definition of truth from the logical standpoint which is known to me is that of Peirce: ‘the opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate is what we mean by the truth’” (Dewey, J., *Logic. The Theory of Inquiry*, Londres, George Allen y Unwin Ltd., 1939, p. 345).

⁴²⁸ Cfr. Habermas, J., “Auszug aus «Wahrheitstheorien»”, en Farenbach, H. (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfulligen, Neske, 1973, pp. 238-260.

Según Habermas, la teoría de la verdad como correspondencia quiebra el ámbito de la lógica del lenguaje, que es el único en el que se puede sostener un discurso de verdad o falsedad, pero se sostiene sobre una observación correcta: que los enunciados en alguna medida deben reflejar hechos, no son solamente una ficción. Los enunciados deben adecuarse a los hechos y no viceversa, de ese modo se puede concebir la razón práctica sobre el modelo de la razón teórica. Pero si se excluyen las acciones prácticas ¿cuáles serían los hechos a los que se refiere la verdad práctica?

La teoría consensual sostiene que la condición de la verdad de un enunciado es el *potencial consenso* de todos los seres humanos,⁴²⁹ porque pretender un consenso fáctico resulta extremadamente frágil como apoyo. El potencial consenso consiste en la posibilidad de anticipar o prever la articulación de un consenso racional sobre la tesis en cuestión. La posibilidad de la anticipación es abstracta si no se ofrecen argumentaciones. El criterio del consenso no es un criterio fáctico sino una cualidad interna del discurso, en el sentido de que es en el discurso mismo donde se pone a prueba la capacidad de generalización de los intereses de los que se supone una pretensión de validez.⁴³⁰ Sin embargo, la pretensión de validez remite a una verificación de las razones con base en las cuales se sostienen los intereses. En realidad, la teoría del consenso racional difiere poco de la elemental y básica exigencia de sostener con razones las afirmaciones y las prescripciones. La objetividad reclama, en última instancia, la dimensión intersubjetiva y el consenso se basa sobre la apertura real a un acuerdo que esté fundado sobre razones y no simplemente sobre el consenso de hecho.⁴³¹

Por otra parte, no está claro si es el consenso el que produce la verdad (por el peligro de la consecuente falacia), o si es la verdad

⁴²⁹ *Idem.*

⁴³⁰ *Cfr.* Habermas, J., *Facticidad y validez, cit.*, pp. 17-38.

⁴³¹ *Cfr.* Pintore, A., *Il diritto senza verità*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 183 y ss. La autora destaca cómo en la teoría de Habermas, en última instancia, no se resuelve el problema de la distinción entre el consenso verdadero y el falso.

la que induce al consenso, como si este último fuera un signo de la presencia de aquélla. Es cierto que toda posibilidad de progresar en el discurso exige que algunos contenidos sean considerados verdaderos y, por tanto, indisponibles. A partir de éstos, se mueve a la búsqueda de ulteriores elementos. La condivisión no excluye, sin embargo, que el consenso pueda ser puesto en discusión nuevamente y que lo que había sido considerado indisponible, vuelva a tener un carácter provisional. En conclusión, podemos decir que el consenso se configura como *nuestro modo* de alcanzar el conocimiento de algo, pero exige ser fundamentado de alguna manera y acompañado de otros factores objetivos.⁴³²

Esta incursión rápida en las teorías de la verdad tenía como objetivo destacar una particular adquisición epistemológica: si la verdad consiste en la capacidad de ofrecer razones, también se puede predicar la verdad de las proposiciones morales, y eso parece una aportación de la moral como justificación. El carácter intersubjetivo de la experiencia moral exige y presupone, en todo caso, que las razones se puedan condividir.

En cierto sentido, aunque pueda parecer escaso, el pluralismo y el multiculturalismo, como expresiones de una nueva sensibilidad, no sólo no confirman el escepticismo, sino que se convierten incluso en un elemento de presión para confrontar razones. Esta confrontación de las razones es el fundamento del carácter objetivo de la imparcialidad. Se trata de una nueva manera de ver las aportaciones reales de la reflexión moral contemporánea: la consagración del principio de imparcialidad como principio normativo. A través de la apertura a los sujetos se realiza también una apertura hacia las razones que ellos sostienen, de modo que la imparcialidad intersubjetiva se entrecruza con la objetividad en el juicio.

⁴³² Nozick considera el acuerdo en ética como “our route to coming to know that something is an objective truth”, *id.*, *Invariances. The Structure of the Objective World*, *cit.*, p. 291.

Capítulo tercero. Imparcialidad y política	219
I. Poder, dirección e identidad	219
1. La política como forma de vida	223
2. Criterios de lo político	228
II. Identidad política y deliberación: la posible (pero parcial) imparcialidad política	233
1. Identidad personal, identidad cultural e identidad política	237
2. Comunidad política y multiculturalidad	242
3. Democracia e identidad política	248
4. Legitimidad e imparcialidad	253
III. Identidad personal e imparcialidad	256
1. Primado del individuo y concepción débil de la política	257
2. La identidad <i>light</i> del liberalismo	260
3. Unidad narrativa, planes de vida y autenticidad	264
IV. La ciudadanía como problema de justicia distributiva	267
1. La ciudadanía como “bien” jurídico y político	269
2. Ciudadanía y políticas migratorias	273
3. ¿Principios externos de distribución?	282
4. La insuficiencia de la justicia distributiva como justicia “política”	287

CAPÍTULO TERCERO

IMPARCIALIDAD Y POLÍTICA

Para comprender adecuadamente el significado que la imparcialidad adquiere en el ámbito político, su papel y radical problematización, es necesario especificar el concepto de política, o por lo menos, puntualizar las dimensiones o las concepciones de la política con referencia a las cuales la imparcialidad resulta relevante. Una vez individualizadas esas coordenadas fundamentales podremos examinar si, y en qué sentido, la imparcialidad juega un papel en la teoría política. Obviamente, la índole de nuestra aproximación será de carácter teórico, o si se quiere, normativo. Cabría objetar que la “realidad” de la dinámica política es distinta respecto a la que aparece en estas páginas. Pero eso no impide nuestro propósito: un cierto idealismo es muy positivo, aún más en relación al tema que abordamos.

I. PODER, DIRECCIÓN E IDENTIDAD

La reflexión política, según una primera concepción, asume la forma de una doctrina del ejercicio del poder, orientándose hacia temas como la separación de poderes, su limitación o la elaboración de criterios de legitimación. El objeto de la política sería, entonces, la utilización del poder y la imparcialidad consistiría en su ejercicio *regulado*.

Una segunda concepción de la política se basa en la idea de “dirección”, de encauzamiento de la acción colectiva hacia la consecución de objetivos comunes. Podemos pensar en el ámbito de las

policies en contraposición al terreno de los *rights*⁴³³ y, también, en las teorías de la elección social y las diversas concepciones del interés público. La imparcialidad, en esta perspectiva, consistiría en garantizar que todos los sujetos cuyos intereses son relevantes sean tomados en cuenta, sin discriminaciones, para la realización del bien de todos, así como para la consecución “objetiva” del interés general y según la generalidad de las reglas.⁴³⁴

La política puede estar, finalmente, vinculada al problema de la identidad, en cuanto que ella misma constituye una forma de identidad común que interactúa con la identidad de los individuos y que, a su vez, es fruto de la interacción entre la identidad de los individuos. Partiremos de esta última concepción, por un lado, porque se presta a individuar una específica aunque limitada presencia de la imparcialidad en el ámbito político y, por otro, porque pone en evidencia algunos puntos nucleares para la comprensión del concepto de imparcialidad. Pero sobre todo, porque mira directamente al núcleo más significativo de la dimensión política.⁴³⁵

La naturaleza misma de la identidad, un dato eminentemente cultural, confiere a la política un carácter peculiar. La cultura —y todo lo que es cultural— no es un “bien exclusivo”,⁴³⁶ entendiéndose que algo es exclusivo cuando pertenece a un sujeto y no puede pertenecer a otro. El bien no exclusivo (o relacional), paradójicamente, es el que se produce en la condisión, el que se acrecienta y se alimenta con su difusión. Es el opuesto a los bienes exclusivos. En este sentido, como veremos, dentro de la comunidad política, en la dialéctica identidad-reconocimiento y en la confrontación de diferencias y de razones, la propia dimensión política adquiere matices

⁴³³ Como es sabido, la distinción ha sido popularizada por Dworkin, que contrapone los argumentos basados en derechos o principios frente a los argumentos basados en políticas (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 90-102).

⁴³⁴ Véase las páginas dedicadas a la imparcialidad en la administración pública.

⁴³⁵ Véase el volumen, ya citado, de Vigna, C. y Zamagni, S. (ed.), *Multiculturalismo e identità*, en particular, los estudios de Zamagni y S. Amato, pp. 221-261 y 293-317, respectivamente.

⁴³⁶ Lombardi Vallauri, L., *Diritti dell'uomo e diritto pleromatico*, cit., p. 106.

significativamente fecundos. Con esto no se pretende olvidar que la política es también el contexto de las necesidades: pero no es sólo esto.⁴³⁷

En las dos primeras concepciones de la política, la imparcialidad se configura como un signo del influjo del derecho sobre la política, suponiendo que entre ambas la imparcialidad representa el *límite* y la *regla* que el derecho plantea al poder. La idea de que el poder no debe ser ejercitado para satisfacer intereses particulares y la idea de que la acción colectiva encuentra un límite en el respeto de los derechos individuales, son expresiones de la dimensión jurídica —bajo la forma de manifestaciones de imparcialidad— en la política. Por tanto, el papel de la imparcialidad, en relación con el poder y en relación con la dirección de la acción, se ve más claramente en la perspectiva jurídica y es expresión de un carácter distintivo que el derecho imprime a las esferas vinculadas a él y que explican además su primacía (volveremos sobre ello en el último capítulo). Lo que ahora interesa es saber si existe algún tipo de imparcialidad política “posible”.

El ejercicio del poder, la acción de dirección y la identidad no son elementos incompatibles. Todas las concepciones de la política están referidas, de algún modo, a la identidad, al poder y a la dirección de la acción. No es difícil pensar que la dirección de la acción colectiva dependa de la identidad comunitaria como proyecto,⁴³⁸ ni que la dirección de la acción política no puede producirse si no es con base en una definición de objetivos y fines. La identidad política consiste, en gran parte, en individuar y determinar los objetivos comunes y los instrumentos para alcanzarlos.

El problema de la legitimación del poder también está relacionado con la identidad, cualquiera que sea el concepto de legítimi-

⁴³⁷ Sobre este tema es fundamental Hegel, G. W. F., *Principios de filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de J. L. Verma, Barcelona, EDHASA, 1999, §§ 182-198.

⁴³⁸ Entre los modelos teóricos del Estado que expresa esta concepción de la política se encuentra el Estado como “unidad política soberana” (Fioravanti, M., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turin, Giappichelli, 1993, pp. 31-53).

dad que se utilice. La legitimación, con base en la tradición o en el carisma de un *leader*, se relacionan con la capacidad de éstos para encarnar el ideal de un pueblo, así como la legitimidad, derivada de la existencia de un ordenamiento establecido, da forma a un proyecto político, más aún si dimana de una voluntad democrática.⁴³⁹ En última instancia, toda legitimación presupone la existencia de una comunidad política, de la identificación del grupo de sujetos políticos y de un ámbito de bien público (entendido como el complejo de elementos cuya gestión se confía a la comunidad). El carácter dinámico de la legitimación democrática la hace particularmente adecuada para las sociedades en proceso de cambio.⁴⁴⁰

El itinerario de la reflexión sobre el tema de nuestro estudio parte de una sintética descripción de las dos maneras —la clásica y la moderna— de conjuntar esas tres grandes cuestiones de la política que veníamos planteando, para individuar los significados de imparcialidad que emergen en cada uno de ellos. Poder, dirección e identidad estaban bien identificadas en la perspectiva clásica, aunque en la modernidad hay una tendencia a reducir la política a una teoría del poder y de la dirección: en uno y otro contexto, la imparcialidad desempeña un papel insustituible. La conciencia del carácter decisivo de la identidad política para la identidad personal, y viceversa, aparenta ser la peculiar aportación de la reflexión más reciente. El valor emergente de la imparcialidad encuentra algunos problemas a este respecto pero demuestra una importancia decisiva.

⁴³⁹ Weber ha distinguido tres tipos de criterios de legitimidad: de carácter racional, cuando se sustenta sobre la creencia en la legalidad de los ordenamientos establecidos; de carácter tradicional, cuando lo hace sobre la creencia cotidiana del carácter sacro de las tradiciones; de carácter carismático, cuando se sustenta sobre la entrega extraordinaria, el carácter sagrado o la fuerza heroica o ejemplar de una persona (*cf.* Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, vol. I, pp. 221-237).

⁴⁴⁰ *Cfr.*, recientemente, Friedman, L. M., “Alcune riflessioni sulla società orizzontale”, *Ragion Pratica*, 22, 2004, pp. 75-91.

1. *La política como forma de vida*

Toda idea de la política tiene como punto de referencia, al menos desde una vertiente etimológica, la *polis*. A partir de Platón y Aristóteles, sin solución de continuidad hasta la primera generación de la segunda escolástica, la doctrina política consiste en la reflexión sobre el carácter social del hombre y, en consecuencia, está centrada sobre la naturaleza, la función y las formas de gobierno que mejor respetan las características del hombre y de las formas sociales. El término “política”, de ser un adjetivo que connota la reflexión sobre estos temas, se convierte en un sustantivo que indica el conjunto de las acciones referentes a la ciudad. Lo que entonces era objeto de la reflexión política constituye hoy el ámbito de interés de la filosofía del derecho, de la ciencia o doctrina del Estado y de la filosofía política.

Para reconstruir sintéticamente los rasgos de la doctrina política clásica podemos recordar la idea central: el lenguaje es dado a los hombres para comunicarse sobre lo justo y esa comunicación constituye la *polis*: “communicatio facit civitatem”.⁴⁴¹ Hacia la *polis* convergen, a su vez, otras formas de comunicación: la familia, la relación de cooperación dentro de una actividad útil, las relaciones de amistad, las de juego y las estéticas. La *polis* es la forma de comunicación en la que se da una relación específica entre sus miembros —gobernantes y gobernados—, la denominada relación política. Esta relación constituye una forma particular de agrupación y cristaliza en relaciones de dependencia y de sumisión.

A partir de la distinción entre tres formas de poder —del padre sobre los hijos, del patrón sobre los esclavos, del gobernante sobre los gobernados, que son, básicamente, formas de comunicación en el sentido etimológico de “acción común”— se conforma la distinción principal, en el ámbito político, entre poder político y poder despótico. El primero es el poder entre iguales y libres, el segundo

⁴⁴¹ Es el acertado comentario de Tomás de Aquino al texto aristotélico. Aquino, Tomás de, *Comento alla Politica di Aristotele*, Bolonia, ESD, 1996, p. 67.

es su degeneración. La distinción entre las modalidades de poder tiene un alcance *descriptivo*, de enucleación de significado, pero también *prescriptivo*, de indicación del modelo a seguir. La reflexión política toma, pues, la forma de una doctrina sobre el ejercicio del poder. El buen gobierno de la *polis* está lejos tanto del poder de tipo “paterno” como del poder despótico.⁴⁴²

La distinción entre los tipos de poder proviene, como es sabido, de un dato específico: el sujeto para el interés del cual existe el poder. En el caso del poder del padre sobre el hijo, el interés relevante es el del hijo —por eso se habla de paternalismo cuando el poder sobre los iguales se plantea según el modelo de poder del padre sobre el hijo—; en el caso del poder del amo sobre el esclavo, el interés está en la utilidad del amo —así se llama despótico un poder sobre los súbditos que se plantea como el del amo sobre el esclavo—; en el caso del poder del gobernante sobre el gobernado, el interés relevante es el beneficio de ambos, o sea, el bien común, un bien que es tanto de uno como de otro, de quien ejercita el poder y de quien está sometido. El poder dirigido hacia el “bien común” es el poder político por excelencia. He aquí uno de los puntos fundamentales de la doctrina clásica: es imparcial un poder dirigido a la consecución del bien común, esto es, el poder dirigido no al beneficio de quien lo ejercita ni de quien está sometido, sino de ambos sujetos de la relación política. Para esto, el poder del gobernante debe ser regulado por la ley. El bien de la comunidad política —esto es, el respeto de la igualdad y de la libertad de los sujetos que la integran— determina la necesidad de regular el ejercicio del poder.

Del hecho de que el poder político sea un poder entre iguales se deriva la ausencia de motivos para preferir que manden unos sujetos en vez de otros. Sin embargo, siendo en todo caso necesario que alguien mande, el modo de asegurar la imparcialidad está en la existencia de reglas que garanticen la alternancia en el poder. Ambas exigencias se concretan en una de las reglas constantes de la imparcialidad en todos los tiempos: la superioridad del gobierno

442 Cfr. Fioravanti, M., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 11-28.

de la ley sobre el gobierno de los hombres —“aunque es mejor que gobiernen algunos, a aquéllos es necesario constituirlos en guardianes de las leyes y subordinados a las leyes”—. ⁴⁴³ Los gobernantes son, pues, custodios de las leyes y son, a su vez, “custodiados”, en el sentido de “controlados” por ellas. El gobierno de la ley es el gobierno de la razón, no de una razón abstracta y universal, sino, más concretamente, del *intelecto sin pasiones*, de la razón imparcial.

La ley es imparcial en dos sentidos: porque es soberana en todos los casos, debido a su generalidad corregida por la equidad, y porque no tiene pasiones como el alma humana. Los enemigos del buen gobierno son, en efecto: el partidismo, que nace del deseo de privilegiar injustamente a una parte, y la tiranía, es decir, el uso del poder de modo despótico. La pasión amenaza siempre con transformar el gobierno en tiranía por su naturaleza parcial, porque inclina a los hombres a atribuirse a sí mismos los máximos beneficios y los menores perjuicios posibles. Tales principios convergen en la doctrina del gobierno limitado, esto es, la teoría según la cual el gobierno justo es aquel que no tolera el “gobierno de hombres”. Un acto *ultra vires*, en la óptica de aquellos que ejercen el poder, es simplemente otro modo de sacar ventaja de la propia posición, o sea, un modo de ser parcial en el ejercicio de la autoridad. ⁴⁴⁴

El valor de la imparcialidad, prevalente en el modelo clásico, está fundado sobre la naturaleza misma del poder “político”: el poder sobre libres e iguales. La imparcialidad se manifiesta como el principio que exige respetar un equilibrio intersubjetivo. Ésta se incluye en el concepto de justicia política, virtud propia del ámbito distributivo, según la cual lo relevante no es la proporción del que recibe en relación a lo que recibe, sino la igualdad del sujeto en re-

⁴⁴³ Aristóteles, *Política*, *cit.*, 1287 a.

⁴⁴⁴ Finnis, J., “Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?”, en George, R. P. (ed.), *Natural Law, Liberalism and Morality. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 2.

lación a cuanto reciben los otros.⁴⁴⁵ La imparcialidad consiste en considerar a los individuos en sus relaciones con los otros sujetos, bajo determinadas condiciones y no en absoluto. Desde este punto de vista, la imparcialidad en el ámbito político —en particular, con relación a la justicia política— difiere de la imparcialidad en el ámbito ético. Esta última se funda sobre el carácter absoluto de la persona (en términos kantianos, como fin en sí misma) y de su dignidad y, en esa medida, deudora de consideración y respeto absolutos. En el ámbito político, la referencia a la comunidad política y a la acción común permite trazar los confines, los parámetros “relativos” para el tratamiento de los sujetos. Con esto se realiza una primera identificación de los miembros de la comunidad política a través de unos elementos y caracteres comunes, pero suficientemente definidos, que sirven como criterios de distinción entre los que están dentro y los que están fuera. La dimensión intersubjetiva de la imparcialidad se aplica, obviamente, en el interior de los confines de la comunidad política.

La regla del gobierno de la ley, como opuesta al gobierno de los hombres, *lex facit regem vs. rex facit legem*, atraviesa sin solución de continuidad la historia del pensamiento político occidental.⁴⁴⁶ También en las formulaciones más radicales de la soberanía moderna, aunque se sostiene que el soberano es *legibus solutus*, se afirma contextualmente que no está desvinculado respecto a toda ley: la ley divina, la de la naturaleza⁴⁴⁷ o la ley de la lógica,⁴⁴⁸ constituyen límites infranqueables también para el soberano. En diver-

⁴⁴⁵ “*Non attenditur aequalitas eius quod quis accipit ad id quod ipse impendit, sed ad id quod alius accipit, secundum modum utriusque personae*” (Aquino, Tomás de, *Suma teológica, cit.*, II-II, q. 58, a. 5).

⁴⁴⁶ Un estudio sobre las constantes del pensamiento constitucionalista en sus diversas dimensiones, se encuentra en McIlwain, C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, 1947.

⁴⁴⁷ Bodin, J., *Les six livres de la Republique*, París, Librairie Iure, 1576, libro I, cap. VIII.

⁴⁴⁸ Entre los requisitos de la *rule of law* se encuentra la no imposibilidad de conformarse con las reglas del derecho y la coherencia (Fuller, L. L., *The Morality of Law*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1964, pp. 33-94).

esos tiempos y modos el ideal antiguo del buen gobierno se ha perpetuado hasta constituir una constante que hoy encuentra en el constitucionalismo (con sus propias características) su forma institucional, siempre motivada por la necesidad de evitar que quien tiene el poder caiga en la tentación de sacar ventaja de la propia posición. Se trata, sin embargo, de una imparcialidad que representa, por referencia a la regla y a la garantía, el reflejo de la acción del derecho sobre la política.⁴⁴⁹

El problema de la identidad personal ha estado presente también, a su manera, en el mundo clásico. La dimensión política, en efecto, es el horizonte dentro del cual se hace posible la realización del individuo, su felicidad y el desarrollo de las virtudes. Sin embargo, la política asume connotaciones definitivas y totalizantes para la identidad personal y es ahí donde la reflexión política clásica muestra su insuficiencia.

Ante todo, la consideración de que la política constituye el ámbito exclusivo para la realización personal pone en peligro la prioridad del individuo. El paradigma clásico se hace portavoz de una cierta superioridad de la dimensión colectiva sobre la individual. La historia sucesiva confirma la consolidación de un movimiento contrario: la individualidad ha afirmado progresivamente su superioridad en detrimento de la propia dimensión política. La orientación que coloca la dignidad del individuo por encima de la comunidad política presenta, sin embargo, las características de un *Jano* bifronte: implica una valoración de la política, en cuanto que constituye el contexto necesario para la realización de la persona, pero al mismo tiempo lleva consigo el germen de la pérdida de significado de la comunidad política. En cuanto instrumental, la dimensión política es, en última instancia, precaria.

En segundo lugar, al protagonismo de la identidad se añade el de la naturaleza del vínculo entre éstas. La idea de que el elemento

⁴⁴⁹ Se trata de un tema muy tratado por L. Ferrajoli: *cfr.* sus obras “Il diritto come sistema di garanzie”, *Ragion Pratica*, 1, 1993, pp. 143-161, y *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

de cohesión en la *polis* es una cierta forma de amistad suscita, en efecto, diversos problemas. No está claro qué tipo de amistad liga a los miembros de una comunidad política: la fundada sobre la utilidad, el placer o el bien.⁴⁵⁰ Por otra parte, la amistad como fundamento de la política resulta problemática en proporción a las diferencias en el interior de la comunidad y, por tanto, es un modelo que exige condiciones de extrema simplicidad para ser aplicado. Cualquiera que sea la concepción de amistad que conecte a los miembros de una comunidad política, la existencia de un particular vínculo entre ellos implica una precisa distinción entre aquellos que pertenecen y aquellos que no pertenecen a esa comunidad, entre estar dentro y estar fuera. Desde la perspectiva interna, la amistad no está necesariamente en contradicción con la imparcialidad en la medida en que cualquier relación de amistad presupone, como elemento fundamental, un bien común y la paridad entre las personas. A partir del bien común es posible mirar desde un punto de vista diverso el bien de los sujetos implicados. No se piensa y se elige “desde el propio punto de vista” ni “desde el punto de vista del amigo”, sino desde un tercer punto de vista: el punto de vista del bien de ambos. Por otra parte, todo esto hace problemáticas las relaciones entre estar dentro y estar fuera. Los antiguos lo encomendaban al derecho, al *ius gentium*,⁴⁵¹ lo que nos revela un testimonio más del primado del derecho.

2. Criterios de lo político

El modelo político moderno encuentra su expresión más significativa en Hobbes: el paso del estado de naturaleza al estado civil se produce cuando los individuos renuncian al derecho a emplear la propia fuerza, autorizando a un único sujeto a usarla, de este mo-

⁴⁵⁰ Una discusión sobre este punto se encuentra en Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 147-150.

⁴⁵¹ Sobre el derecho de gentes y su relación con el derecho internacional puede verse mi trabajo: *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Turín, Giappichelli, 1997, pp. 101-117.

do se anula la desigualdad de hecho que los distingue para alcanzar una igualdad normativa.⁴⁵² La diferencia entre esta perspectiva y la clásica (pero sobre todo, como veremos, respecto a la comprensión actual de la política) no se refiere, obviamente, a las reglas del ejercicio del poder —que, con relevantes divergencias, constituye una de las dimensiones de la teoría política que perduran en el tiempo—, sino, más bien, a la ausencia en la concepción moderna de la dimensión identitaria de la política. La identidad deberá buscarse, pues, *fuera* del ámbito político.⁴⁵³

En la modernidad, el modo elegido para buscar la especificidad de la política es el de individuar la esencia de lo político a través de los medios que utiliza. La política como teoría del poder se encuadra perfectamente dentro del paradigma estatalista, o sea, en esa perspectiva en la que derecho, política y Estado tienden a coincidir. Así, Weber sostiene que por “Estado” debe entenderse una empresa institucional de carácter político en la cual —y en la medida en que— el aparato administrativo consigue la pretensión del monopolio de la coacción física legítima con vistas a la actuación del derecho.⁴⁵⁴

La definición schmittiana de lo político⁴⁵⁵ como relación amigo/enemigo es, seguramente, un intento de reaccionar ante la total identificación entre la esfera política y la esfera estatal consagrada en la definición weberiana. Por este motivo se alude a la amistad como regla de las relaciones políticas internas. No obstante, esta posición confirma indirectamente la prevalencia de la estatalidad y

⁴⁵² Hobbes, T., *Leviatán*, cit., II, XXI

⁴⁵³ En general, este es un asunto común a a todas las concepciones de cuño liberal, que condividen una cierta comprensión del Estado y de las relaciones de alienación entre éste y los individuos. El hecho paradójico es que, sin embargo, la orientación liberal parece intrínsecamente conectada con el estatalismo (sobre este vínculo, *cf.* Fioravanti, M., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, cit., pp. 171-178).

⁴⁵⁴ Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, cit., vol. I, pp. 59 y 60.

⁴⁵⁵ El uso del sustantivo neutro en “lo político” fue introducido, precisamente, por Schmitt (*cf.* Schmitt, C., *El concepto de lo político*, cit., pp. 78-191).

de la coactividad. En efecto, lo político se define con relación a la exclusividad del monopolio del uso de la fuerza: el enemigo y el extranjero son tales porque el conflicto de intereses respecto a ellos no puede ser decidido mediante un sistema de normas preestablecidas, ni mediante la intervención de un tercero imparcial.⁴⁵⁶ La diferencia de los conflictos internos respecto a los externos proviene de que estos últimos no pueden resolverse sino con la fuerza. El conflicto por excelencia es la guerra, pero también un tratado internacional es signo del ejercicio de una fuerza contractual. También en la perspectiva interna, la vitalidad de la política consiste en el acrecentamiento incesante de los conflictos y controversias, cuya resolución se encomienda al derecho.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ A este propósito *cfr.* Kojève, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit: expose provisoire*, París, Gallimard, 1981. Una profundización sugestiva y una proyección de la tesis de que el derecho está caracterizado estructuralmente por la "tercería", se encuentra en Romano, B., *Filosofía del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 110-147.

⁴⁵⁷ En general, se tiende a contraponer dos modelos: el que considera que la política se basa sobre el conflicto y el que la considera fundada sobre la comunicación. Eso no significa, sin embargo, que uno pueda prescindir del otro. El conflicto es el motor de la política, pero es obvio que no hay dimensión política —tampoco conflictual— si no es sobre la base de relaciones comunicativas, aunque entendidas de un modo completamente procedimental. Tampoco existe el conflicto si no es dentro de contextos de comunicación. La comunicación y el conflicto, desde el punto de vista político, implican la capacidad de integrar y de contribuir a las decisiones (*cfr.* Hampshire, S., *Justice is Conflict*, Princeton, Princeton University Press, 2000). Sobre el tema del conflicto, véase también Pizzorno, A., *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milán, Feltrinelli, 1993, pp. 187-282, donde se destacan las coincidencias y diferencias entre Maquiavelo, Hobbes, Marx y Schmitt, todos los teóricos que han utilizado la categoría del conflicto.

Partiendo de la tesis schmittiana de que la conflictualidad es el dato originario de lo político, P.P. PORTINARO (*Il terzo. Una figura del politico*, Franco Angeli, Milano 1986) ha individuado una pluralidad de figuras de lo que denomina "terzo político" (*tertius: inter pares, super partes, dolens, gaudens*). La aparición fenomenológica del "tercero" en el conflicto político reclama, en última instancia al derecho: o porque reclama una reparación (en el caso del *tertius dolens*) o una tutela, o porque se perfila como tercero *super partes*, aunque en el panorama político mundial esto parezca completamente "ausente" (*cfr.* las consideraciones sobre el libro de Portinaro y sobre el tema del tercero en lo político

Otra característica de lo político es la progresiva disolución del *bien común* en favor de la *finalidad*. Este desplazamiento de la atención contribuye a subrayar el hecho de que todo proyecto político supone una elección consciente dentro de determinados contextos; es decir, que lo que se considera como bien común no es algo estático y dado de una vez para siempre —y para todas las comunidades— del mismo modo. La “finalidad” tiene menos vínculos que el “bien común” y permite una continua reelaboración en función del cambio de las circunstancias. En este sentido, la tesis de que la política está ligada a la dirección de la acción colectiva alimenta los caracteres de dinamicidad y adaptabilidad al contexto concreto y aumenta también las razones para la parcialidad.

Cuando afrontamos, en la parte preliminar, la diferencia entre el juicio jurídico y el juicio político, hicimos referencia al carácter *primariamente* deontológico del juicio jurídico y al carácter *primariamente* teleológico del juicio político. Ahora podemos conectar la parcialidad de la política a la realizabilidad de un objetivo o de una finalidad que requiere algunas condiciones, entre las cuales destaca la referencia al contexto. El énfasis en el carácter “situado” de la política lleva consigo un redimensionamiento de la imparcialidad como validez para todos. La exclusión de los fines y los objetivos en la moral ha contribuido a acentuar la divergencia entre estas dos perspectivas.

La imparcialidad, sin embargo, no está totalmente ausente de la política. En la tradición moderna asume dos formas principales, dos prismas vinculados a la cuestión de la limitación del poder y situados, como se dijo, en la intersección entre el derecho y la política: la constitucionalización y la garantía de los derechos. La Constitución, aunque contiene las características del proyecto político fundamental de una comunidad política —las razones de su parcialidad— presupone dos garantías de imparcialidad: la separa-

ción de poderes y el primado de los derechos. Así reza el artículo 16 de la Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. La separación de poderes y la prevalencia de los derechos son —como puede observarse— instrumentos jurídicos de garantía respecto al poder.⁴⁵⁸

El problema fundamental de lo político es entonces la legitimidad.⁴⁵⁹ Un poder puede decirse legítimo cuando quien lo detenta lo ejerce con un justo título. De entrada, esto quiere decir que se detenta según una norma que regula la titularidad. No obstante, el justo título debe incidir de alguna manera sobre el modo de ejercicio. Y en este sentido se desarrollan las Constituciones modernas.

El criterio último del poder justo es el respeto al contenido esencial de los derechos y de los principios constitucionales. A esa realidad responde la idea de que los derechos son razones imparciales, en cuanto que conquistas de valor universal. Una vez más debemos notar que el criterio de los derechos, universalmente reconocidos a todos, es una instancia jurídica decisiva en el ámbito de la política, o si se quiere, es el signo de la juridificación de la política. El primado de los derechos sobre las políticas, de que es portador el constitucionalismo, comporta que las políticas sean de algún modo impregnadas por una tendencia imparcialista que, sin embargo, plantea fuertes limitaciones y, de alguna manera, debilita la dimensión política en sentido propio. En última instancia, la tendencia universalista de los derechos ejerce una fuerza desintegradora sobre la política, produciendo un debilitamiento de los límites externos de la comunidad política. La eventual armonización de estas dos direcciones de relación —la que va hacia el interior, marcada por la imparcialidad, y la que va hacia el exterior de la comunidad política, caracterizada por la identificación de *el*

⁴⁵⁸ Cfr. Triolo, L., *Primato del diritto e giustizia. Diritti fondamentali e costituzione*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 157-166.

⁴⁵⁹ Cfr. Schmitt, C., “Legalidad y legitimidad”, en *id.*, *El concepto de lo político*, *cit.*, pp. 243 y ss.

otro como aquel que no es de *los nuestros*—⁴⁶⁰ podría reconducirse tanto a la dimensión ética⁴⁶¹ como a la dimensión jurídica, esto es, a los derechos,⁴⁶² con el fin de salvar la política.

Habíamos señalado que la evolución moderna del concepto de lo político se caracteriza por la restringida relevancia del problema de la identidad. Tal ausencia, considerado que la identidad se configura como inversamente proporcional a la imparcialidad, podría ser causa de un aumento de imparcialidad. Pero la imparcialidad que emerge del marco general de la modernidad se apoya sobre formas derivadas del derecho. En efecto, todos los mecanismos de la imparcialidad, cuando la identidad está en un segundo plano, pueden reconducirse al influjo que el derecho ejerce sobre la política. Perdemos así la oportunidad de individuar un significado específico, una imparcialidad posible, en el ámbito político. La identidad política y la imparcialidad están ligadas por una relación dialéctica: la identidad marca los límites de la imparcialidad, pero ofrece la base para individuar una forma de imparcialidad específica del contexto político.

II. IDENTIDAD POLÍTICA Y DELIBERACIÓN: LA POSIBLE (PERO PARCIAL) IMPARCIALIDAD POLÍTICA

La identidad política presenta una dimensión individual y una colectiva, siendo imposible prescindir de ellas. La identidad política colectiva incide sobre las identidades individuales y, viceversa,

⁴⁶⁰ Cfr. Gurvitch, G., *La vocation actuelle de la sociologie*, París, PUF, 1963.

⁴⁶¹ La propuesta de distinguir una imparcialidad de primero y de segundo orden puede reconducirse a la distinción entre imparcialidad en el ámbito moral y en el ámbito político, respectivamente (Barry, B., *Justice as Impartiality*, *cit.*, pp. 123-168).

⁴⁶² En la versión, por ejemplo, de los derechos universales que deben ser reconocidos a todos indistintamente. En ese sentido, en el ámbito jurídico existe una tensión entre los derechos humanos y los derechos de ciudadanía (cfr. Ferrajoli, L., “Cittadinanza e diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, 9, 1993, pp. 63-76).

las identidades individuales participan de algún modo en la construcción de la identidad colectiva.⁴⁶³

La existencia de un diseño identitario hace problemática la imparcialidad debido a sus condiciones de realización, entendiendo que las identidades son portadoras de una irrenunciable “parcialidad”. La dimensión política está, en efecto, inevitablemente vinculada a la necesidad de mirar desde un punto de vista contextualizado y hacia algo concreto —*desde y hacia* algo—: desde una identidad y hacia un proyecto a desarrollar. Estamos en las antípodas de la imparcialidad como “mirada desde ningún lugar”. La identidad dada —o sea, determinadas condiciones fácticas e históricas— y el proyecto normativo de la ciudadanía —el punto hacia el que se mira— son “parciales” en cuanto que determinados.

En clave identitaria, eso no implica necesariamente que el vínculo interior entre los conciudadanos se manifieste hacia el exterior como enemistad o exclusión. La “parcialidad” de la identidad es de otra naturaleza: proviene de una necesaria tendencia al “cerramiento”, entendido como consistencia de la organización interna. No se puede ser amigo de todos y de todo el mundo, ni se pueden tener contemporáneamente muchas identidades: la relación identitaria requiere una “de-finición”.⁴⁶⁴ Existe, en efecto, una gran diferencia entre el “no ser amigos” y el “ser enemigos”: el vínculo identitario no crea necesariamente oposiciones y enemis-

⁴⁶³ Sobre problemas de la identidad colectiva, *cfr.* Cortina, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza Editorial, 1997; una óptima reconstrucción histórica de las dinámicas de la ciudadanía se encuentra en Costa, P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; 2. *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000. *Cfr.* también el fascículo “Materiali per un lessico politico europeo: «cittadinanza»”, *Filosofia Politica*, 1, 14, 2000, pp. 5-98 y Zolo, D. (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994; Pettit, Ph., *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

⁴⁶⁴ La historia de las instituciones políticas muestra también múltiples pertenencias que no se excluyen. Así, en relación al problema de la ciudadanía europea, se ha hablado de multicidadanía (*cfr.* Dognini, G., “L’idea di Europa e la cittadinanza europea”, *Teoria Politica*, 11, 3, 1995, pp. 47-63).

tades, simplemente implica una demarcación de los confines. Todo proceso identitario es, en el fondo, el resultado de una tensión entre una fuerza individuante dirigida al exterior —mediante el método de la diferencia— y una fuerza incluyente hacia el interior, la afirmación de pertenencia. Al contrario de lo que pudiera pensarse, un cierto nivel de cerramiento junto a un cierto nivel de indulgencia hacen posible la interacción con el exterior, esto es, la comunicación (la interlocución).⁴⁶⁵

Bajo la actitud normativa de igual atención a los intereses, la imparcialidad asume una importancia significativa en la dimensión política pero *afecta a los que se encuentran dentro de los confines de la propia comunidad*. En otras palabras, una vez establecidos los confines de la comunidad resulta obligatorio tratar de la misma manera a *todos los incluidos*, pero es inevitable —desde la óptica política— una diferencia de trato respecto de los que están fuera, de los excluidos. En este sentido, el concepto de imparcialidad, que se configura como equilibrio entre intereses y corresponde a la generalidad de las reglas y su aplicación equilibrada, muestra una radical insuficiencia.

La transformación a la que hoy están sometidas las comunidades políticas en lo referente a las relaciones interior-exterior suscita fuertes dudas sobre la validez de una idea exclusivamente intrasistémica de imparcialidad. Junto a la apertura efectiva de la comunidad a la dimensión internacional y a la comunidad global, que están cambiando el rostro mismo de la política,⁴⁶⁶ la imparcialidad, como actitud normativa de igualdad de trato hacia los incluidos, contrasta con las exigencias de imparcialidad que no presentan,

⁴⁶⁵ Se trata de una observación de sentido común: sin una identidad no se puede comunicar en sentido estricto. La ausencia de un cierto “cerramiento”, en el sentido de consistencia y cohesión entre los elementos de un sistema, causaría la disgregación antes que la interacción o la comunicación. La analogía entre los sistemas interactivos y el sujeto humano proviene de Ong, W. J., *Interfaces of Word*, Ithaca, Cornell University Press, 1977.

⁴⁶⁶ Cfr. Clark, I., *Globalization and Fragmentation: International Relations in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 1997, y Beck, U., *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.

en principio, ningún tipo de “cerramiento”. De esto nos ocuparemos en el último párrafo de esta parte, con relación al problema de la distribución de la ciudadanía.

La reflexión contemporánea ha insistido sobre la problematización de las concepciones imparcialistas, precisamente en relación con las exigencias de las identidades personales.⁴⁶⁷ La reacción al paradigma de la imparcialidad, promovida por el pensamiento feminista pero común al comunitarismo y a la hermenéutica, parte de la conciencia de que un sujeto (también la comunidad) no puede hacer a un lado la propia identidad y la propia posición. La idea de que la imparcialidad proviene del “prescindir” de razones, de datos, de posiciones, tras el *velo de la ignorancia* —o sea, que la imparcialidad se obtiene por abstracción de la propia identidad o removiendo elementos importantes de ella—, o también que existe una “personalidad imparcial”, resulta impracticable.⁴⁶⁸ Todo conocimiento y toda valoración parte de algunos prejuicios, de precomprensiones y de tradiciones. Entonces se comprende cómo la imparcialidad política es siempre “situacional”,⁴⁶⁹ o sea, una forma de objetividad que tiene en cuenta la propia situación en el mundo, los propios valores, los propios criterios y, desde ahí, valora todo lo demás.

Pero si profundizamos en la dinámica de la formación de la identidad política, descubrimos un escenario del que surge una concepción diversa de imparcialidad, referida a la objetividad, que constituye la base para individuar una específica y posible (aunque parcial) imparcialidad política.

⁴⁶⁷ Cfr. Taylor, C., *La ética de la autenticidad*, cit.; Ferrara, A., *Autenticità riflessiva. Il progetto della modernità dopo la svolta linguistica*, Milán, Feltrinelli, 1999; Zolo, D. (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit.

⁴⁶⁸ Cfr. el apartado III de este capítulo.

⁴⁶⁹ Sen, A. K., “Positional Objectivity”, *Philosophy & Public Affairs*, 22, 2, 1993, pp. 126-145. Mientras la “view from nowhere” proviene de la síntesis de diversas opiniones, la objetividad posicional tiene en cuenta la propia situación y desde allí contempla la de los otros.

1. *Identidad personal, identidad cultural
e identidad política*

El debate actual sobre la identidad política gira en torno al diverso modo de entender los criterios de adscripción a la comunidad política: de los cánones clásicos, el *ius soli* y el *ius sanguinis*, se ha pasado a dar importancia al elemento étnico y voluntarista en el Estado nacional, hasta la preferencia por el elemento dinámico de la participación política y social. El horizonte para comprender hoy la dimensión política como “solidaridad entre extraños”⁴⁷⁰ es el multiculturalismo.

La última lectura de la contraposición entre concepciones culturales fuertes y concepciones procedimentales débiles de la comunidad se encuentra en el debate entre liberales y comunitaristas. Ambas posiciones hacen difícil la individuación del contenido de la identidad política.⁴⁷¹ Ésta tiene algo de histórico y de cultural —por tanto de involuntario— pero, al mismo tiempo, es un dato dinámico garantizado por procedimientos que exigen una voluntariedad.⁴⁷²

Es sabido que los comunitaristas (sobre esto puede verse la crítica feminista al ideal de imparcialidad reflejada en el primer capítulo) denuncian la inadecuación de una concepción (la liberal) que descuida el vínculo entre el individuo y su contexto, o sea, el papel que las relaciones intersubjetivas desempeñan en la autocomprensión del individuo, así como la naturaleza culturalmente condicionada de los principios políticos. Esta última observación se apoya sobre un primer punto de intersección entre la identidad política y

⁴⁷⁰ Habermas, J., *Solidarietà tra estranei. Interventi su “Fatti e Norme”*, Nápoles, Guerini & Associati, 1997.

⁴⁷¹ Cfr. el debate entre Ch. Taylor y J. Habermas, del primero, *The Politics of Recognition*, cit., del segundo *Kampf um Anerkennung im Demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt, Suhrkamp, 1996, y el volumen Ferrara, A. (ed.), *Comunitarismo e liberalismo*, Roma, Editori Riuniti, 1992.

⁴⁷² Cfr. la distinción entre los aspectos voluntarios e involuntarios en el marco de los elementos de la identidad, en Viola, F., *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, cit., pp. 8-12.

la identidad cultural. La propia idea de “patriotismo constitucional”⁴⁷³ sólo puede ser concebida como categoría histórica, al igual que la práctica de los derechos. Sin embargo, el mismo patriotismo constitucional tiene conjuntamente un alcance cultural y transcultural, en el sentido de que, aun teniendo las raíces en un determinado contexto histórico y cultural, los valores que tutela son susceptibles de ser traducidos en culturas diversas.⁴⁷⁴

Estas dos concepciones extremas de la identidad política se fundamentan sobre aspectos irrenunciables. Es cierto que para realizar elecciones significativas hace falta que el sujeto disponga de opciones igualmente significativas, y que éstas provienen generalmente de la cultura. En la óptica liberal, el Estado no tiene derecho a interferir en la evolución del mercado cultural. El cometido de formular propuestas culturales corresponde a la sociedad civil y es precisamente el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de asociación lo que permite la diversidad de opciones. Esta visión valora, obviamente, los ideales de perfección en la sociedad civil, pero no en el Estado. De este modo, se evitan los juicios sobre el bien y la formación de la identidad que, para los liberales, pertenecen a la esfera privada.

La tesis opuesta, aquella que reconoce que sólo dentro de una práctica, de un contexto de significados comunes, es posible un juicio sobre el bien y una orientación de la identidad y que el Estado debe tutelar estos contextos, suscita diversos problemas. Se exige del Estado la tutela de las prácticas culturales. Pero ¿cómo se puede discernir entre las tradiciones? Una posible solución consiste en privilegiar aquellas culturas que han contribuido significativamente al desarrollo de la humanidad, es decir, aquellas culturas que han ofrecido un horizonte de significado a un gran número de seres humanos de caracteres y temperamentos muy diversos por

⁴⁷³ Habermas, J., *Kampf um Anerkennung im Demokratischen Rechtsstaat*, cit.

⁴⁷⁴ Entiendo por traducción una comunicación eficaz que permite ser comprendida.

un largo periodo de tiempo.⁴⁷⁵ Pero ¿no podría una nueva cultura resultar igualmente relevante?

Lo interesante es que la alternativa señalada manifiesta en ambas direcciones una dificultad para comprender el significado de la dimensión política. En el primer caso, la dimensión política se reduce al ejercicio de los derechos políticos y tiende a diluirse en la esfera estatal. La sociedad civil se sitúa como *diversa* de la política y resulta difícil identificar un vínculo entre la dimensión política y la identidad. En el segundo caso, falta una distinción entre el papel del Estado y el papel de la sociedad civil: en el fondo, se excluye el ámbito de la sociedad, porque en la alternativa entre individuo y Estado, todo lo que es social debe convertirse en político. A esta lectura se opone una posición especular, derivada de colocar la dimensión política en la sociedad civil, vaciando de sentido la realidad institucional del Estado que, sin la participación de los ciudadanos, es, una vez más, concebido sólo como burocracia.⁴⁷⁶ La confusión entre instituciones y política, entre Estado y burocracia o entre sociedad política y sociedad civil, son los riesgos en que incurren respectivamente las posiciones antes esbozadas. El Estado, las instituciones, la sociedad política y la sociedad civil son dimensiones distinguibles aunque interconectadas.

Entre dos concepciones extremas —la que basa la identidad política en datos “involuntarios” y la que destaca el carácter “voluntario” de la pertenencia— se abre paso una orientación moderada, una convergencia progresiva hacia lo que se ha denominado la perspectiva del *liberal culturalism*, un planteamiento equidistante del liberalismo nacional y del multiculturalismo comunitarista particularista. La convicción de la superioridad de los derechos individuales significa que el individuo es libre de criticar o rechazar una identidad impuesta; la concepción más abierta (o más débil) de la identidad nacional facilita la integración de nuevos elementos; hace falta una mayor flexibilidad por parte del Estado y de las or-

475 Taylor, C., *The Politics of Recognition*, cit.

476 Donati, P., *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, Laterza, 1993.

ganizaciones internacionales en el reconocimiento de la identidad de aquellas comunidades políticas que son fruto del ejercicio de un derecho de autodeterminación; se practica una política no agresiva de reconocimiento de las diferencias.⁴⁷⁷

El núcleo filosófico del problema de la identidad personal se encuentra en la alternativa entre sostener que “el yo está antes de los fines que persigue”⁴⁷⁸ o en la concepción del yo encarnado y situado en una serie de prácticas, un yo que no puede distinguirse de sus fines.⁴⁷⁹ No procede profundizar aquí en la discusión; nos limitaremos a destacar algunos aspectos que ayuden a entender el significado de la identidad política.

Es bastante obvio que hay aspectos de la propia identidad que son *dados* (en este sentido se sostiene correctamente que el yo esté situado). Uno de los elementos que no elegimos es el entorno cultural y el entorno social (con sus fines) en los que estamos inmersos, al menos en el momento inicial de la formación de la identidad.⁴⁸⁰

Dentro del entorno cultural aprendemos un estilo de vida, adquirimos un modo de ver las cosas, nos insertamos en una tradición. Ese patrimonio contribuye a construir la memoria individual, una de las dimensiones de la pertenencia, imprescindible para la construcción de la identidad personal. El liberalismo ha corregido, con sus críticas, lo que en el comunitarismo podría parecer impositivo y limitante, reconociendo que el yo es libre de poner en discusión también estos elementos. El mismo reconocimiento de la au-

⁴⁷⁷ Cfr. Kymlicka, W., “Introduction: an Emerging Consensus?”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 1, 1998, pp. 143-157.

⁴⁷⁸ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 455.

⁴⁷⁹ Cfr. Sandel, M., *Liberalism and The Limits of Justice*, cit., pp. 54-59.

⁴⁸⁰ La identidad cultural representa, en este sentido, algo afín al concepto humboldtiano de formación: un modo de percibir que procede del conocimiento y del sentimiento de la vida espiritual y ética y que se expande sobre la sensibilidad y el carácter. Cfr. Humboldt, W. von, *Gesammelte Schriften*, citado en Gadamer, H. G., *Verdad y método*, cit., pp. 32 y 33.

toridad de los marcos de referencia⁴⁸¹ dentro de los que se realiza la orientación de los sujetos requiere un juicio por parte de los mismos sujetos. En realidad, la protección debida a las prácticas culturales depende del respeto a los seres humanos que en ellas actúan y operan. La ciudadanía como identidad política subraya un aspecto de la identidad particularmente relevante debido a su carácter voluntario: es, o puede ser, el fruto de una elección. La idea de cultura, por otro lado, se remite a la idea de *cultivo* de una realidad vital y, como tal, no se reduce a un aspecto perceptivo. Junto al reconocimiento de la pertenencia, la identidad personal requiere, además, la progresiva individuación de un proyecto que deriva de las decisiones libres con que se construye la personalidad. Ésta es la dimensión proyectiva del ser humano: la identidad personal requiere una respuesta concreta no sólo a la pregunta “¿quién soy yo?”, sino también a la pregunta “¿qué quiero ser?”. Resumir la contraposición entre comunitaristas y liberales en el diverso modo de entender el razonamiento práctico —los primeros como autodescubrimiento, los segundos como juicio—,⁴⁸² olvida el hecho de que el razonamiento práctico *se dirige a la acción*. Justamente se habla de fines que realizar y objetivos que alcanzar, objetivos y fines que se alcanzan a través de acciones. Esta dimensión proyectiva de la identidad se refiere a los compromisos que deben cumplirse y es la más adecuada a la identidad política. Se puede individuar en el pacto constitucional y que tiene como base y contenido el reconocimiento recíproco y la implementación de los derechos.⁴⁸³

En consecuencia, la ciudadanía es una síntesis entre la componente descriptiva y la normativa, entre elementos *dados* pero ratificados por un juicio y elementos elegidos. Ser ciudadano significa

⁴⁸¹ Taylor, C., *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, cit., pp. 34-45.

⁴⁸² Kymlicka, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, cit., cap. 6. En realidad, el autor realiza una simplificación y reconoce que es difícil encontrar quien sostenga esas posiciones extremas, al menos la comunitarista.

⁴⁸³ Cfr. Cerutti, F. (ed.), *Identità e politica*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 10-13.

reconocerse como tal en cuanto perteneciente a una comunidad política, comprometerse en el ejercicio y cumplimiento de una serie de derechos y deberes, participar en la elaboración de los fines y en su realización. En definitiva, ser ciudadano significa participar en la construcción de una identidad común.

Puede objetarse —y con razón—, que se trata de una definición de la política muy cercana a la dimensión jurídica y que refleja, sobre todo, la evolución jurídico-política de algunos territorios, contextualmente circunscribibles en el espacio y en el tiempo al ámbito de las modernas Constituciones occidentales. Esta observación puede extenderse también a la reflexión sobre la democracia que desarrollaremos a continuación. En efecto, la dependencia de los modelos culturales vigentes es, en cierto sentido, inevitable y un riesgo evidente. La clave está en no eludir la crítica de los modelos hacia los que se es particularmente favorable y no evitar su confrontación con otros.

2. *Comunidad política y multiculturalidad*

La idea de ciudadanía como identidad política suscita una cuestión interesante cuando concurren diferencias culturales dentro de una esfera política común. No nos detendremos demasiado sobre este problema —ya hemos afrontado antes el tema del multiculturalismo—, sólo examinaremos algunas de sus implicaciones políticas.

La convivencia entre las culturas es, entre otras cosas, una constante histórica. Entre los tipos de coexistencia pacífica que históricamente se han dado, cabe destacar algunas modalidades interesantes de gestión de las diferencias y de comprensión de la identidad política.⁴⁸⁴ Los imperios multinacionales antiguos —por ejemplo, el romano o el persa— estaban constituidos por comunidades autónomas o semiautónomas, gobernadas por burócratas que no in-

⁴⁸⁴ Sigo el esquema planteado por Walzer, M., *On Toleration*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1997, pp. 14-36.

terferían en la vida interna de los Estados, al menos mientras que éstos pagaran los impuestos y mantuvieran la paz. El ordenamiento jurídico, que se configuraba como un orden que agrupaba una pluralidad de sistemas jurídicos,⁴⁸⁵ estaba igualmente distante de los prejuicios y de los intereses de las concretas comunidades. La ciudadanía se confería por la autoridad central, que la reconocía en relación con una pertenencia a la comunidad de origen. Las diferencias culturales se toleraban por el gobierno central pero no podía hablarse de ciudadanía en sentido activo, sino sólo limitadamente a nivel local. La identidad política no existía ni desde el punto de vista de la autodeterminación y la participación, ni desde el punto de vista de la valoración de las diferencias.

En el caso de la integración de los Estados nacionales en una sociedad internacional, constituida por Estados nacionales en relación de respeto recíproco, sometidos a un derecho internacional convencional, el concepto de ciudadanía constituye la única mediación entre los individuos y la comunidad internacional. En este modelo, la tolerancia de las diferencias se debe a la debilidad del sistema, no al reconocimiento de las diferencias culturales. La evolución actual de los sistemas de protección de los derechos humanos y la transformación del concepto de soberanía, apuntan claramente hacia la superación de este modelo de modo paralelo a la transformación que sufre el Estado nacional. Las instituciones políticas supranacionales presentan, además, graves defectos en la participación, elemento esencial de la identidad política.⁴⁸⁶ Dentro

⁴⁸⁵ Con referencia a la noción de pluralismo político, *cfr.* Corsale, M., "Pluralismo giuridico", voz en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turin, Utet, 1983, vol. XXXIII, pp. 1003-1026; *id.*, "Alcuni nodi teorici del modello pluralistico", *Sociologia del Diritto*, 11, 1, 1994, pp. 15-29 y, en el mismo número de la revista, Facchi, A., "Pluralismo giuridico e società multi-etnica: proposte per una definizione", pp. 47-58.

⁴⁸⁶ El famoso *déficit* democrático del que se acusa a las instituciones supranacionales. *Cfr.*, en relación con la Unión Europea, MacCormick, N. (ed.), *Constructing Legal System. "European Union" in Legal Theory*, Dordrecht, Kluwer, 1997, pp. 1-26; y también Zagrebelsky, G. (ed.), *Il federalismo e la democrazia europea*, Roma, NIS, 1994.

de este paradigma se encuentran los Estados nacionales, comunidades raramente homogéneas en origen, pero objeto de un proceso de unificación y asimilación. La formación de los Estados nacionales se configura como una reacción a la desintegración de una población, seguida de la crisis de los vínculos particulares de grupo que produce una progresiva inclusión en el estatus de ciudadano. Nace así la idea de individuos como ciudadanos abstractos. La ciudadanía, atribuida con base en un parámetro territorial, hace abstracción de las diferencias culturales: en orden al reconocimiento de los derechos y deberes, las pertenencias culturales o son irrelevantes o son objeto de asimilación por parte del grupo mayoritario. Este modelo contiene un planteamiento particular respecto a las diferencias: son sometidas a un proceso de homologación,⁴⁸⁷ se valora la participación prescindiendo de las diferencias.

Existe un último modelo, hoy emergente, constituido por las sociedades de inmigración. Los miembros de estas sociedades han dejado sus lugares de origen individualmente o en pequeños grupos y se encuentran con los elementos indígenas. Las raíces histórico-culturales de los miembros (identidad cultural) pueden distinguirse claramente de la identidad política. Los grupos, las comunidades, las familias inmigrantes, pueden tender a reproducir en las nuevas tierras las instituciones, las costumbres, las reglas sociales, de su lugar de origen. No significa esto que cada grupo cultural dé lugar a un ordenamiento jurídico, como tampoco que cada ordenamiento jurídico corresponda a una cultura homogénea en la que

⁴⁸⁷ Una síntesis de este modelo y del precedente es el consociativo, o Estados binacionales o trinacionales. Cuando una de las partes ve que la consociación se convierta en Estado nacional y, por tanto, teme quedar en minoría, la consociación se hunde y el modelo evoluciona hacia el Estado nacional. Cada grupo mantiene la propia identidad cultural, la religión, los propios usos y costumbres, la lengua. La ciudadanía común justifica la ingerencia en materia de derechos individuales y garantiza a los individuos, dentro de la propia comunidad, el derecho a expresar la propia voluntad política. Las diferencias son sustancialmente ignoradas: no son relevantes para la atribución de los derechos. La imparcialidad interna se reconoce a través de los derechos y la ciudadanía es una razón de discriminación hacia el extranjero (*cf.* Walzer, M., *On Toleration*, *cit.*, pp. 20 y ss.).

esos grupos están integrados. Sin embargo, entre ordenamiento jurídico y tradición cultural hay una estrecha relación porque los grupos portadores de una cultura tienden a estructurar un sistema de expectativas y de reglas que el derecho debe gestionar. No hay duda de que la evolución de las sociedades multiculturales influye sobre el derecho, exigiéndole mayor flexibilidad y apertura a las diferencias. La identidad política resultante de la integración del elemento nativo con el advenedizo, debería ser, al menos en teoría, no sólo respetuosa con las diferencias, sino inclusiva de ellas.

La ciudadanía —en el caso en que sea accesible— supone la integración en otro ordenamiento y debería basarse en una decisión voluntaria y concreta de participación. Los derechos de que gozan los sujetos de una comunidad política son atribuidos en razón de la efectiva participación en la acción política, en sentido amplio, según las reglas de la nueva comunidad y en la medida en que un individuo establece el centro no episódico de su vida en un determinado contexto social y político. La ciudadanía es, entonces, un estatus jurídico que tiene como base un dato social. El desafío de la sociedad multicultural consiste en hacer que la ciudadanía, atribuida en atención a la participación efectiva, no olvide las diferencias culturales sino que las incluya, es decir, que las diferencias se conviertan en el contenido de la identidad política.

En relación con su composición, el modelo que acabamos de describir muestra que la conexión entre identidad política y pertenencia natural e histórica a un pueblo no es absolutamente necesaria, como sugerían las teorías románticas del pueblo-nación, que también sostienen la idea de que está justificada la parcialidad hacia el exterior. Si es cierto que el estado nacional ha ofrecido una respuesta a la desintegración de las sociedades premodernas, es también cierto que el nacionalismo, a pesar de su papel catalizador, “no es parte constitutiva de un proceso democrático autosuficiente”.⁴⁸⁸ La simbiosis de nacionalismo y republicanismo ha sido, pues, una “constelación tem-

⁴⁸⁸ Habermas, J., “Nazione, Stato di diritto, democrazia”, en Cerutti, F. (ed.), *Identità e politica*, cit., p. 190.

poral”⁴⁸⁹ destinada a superarse. Respecto a la coincidencia de un substrato étnico y cultural, la participación democrática, en sentido amplio, se ofrece como respuesta al problema del contenido proyectivo de la identidad política.

El vínculo entre soberanía popular y democracia nacional ha sido expresión de una idea fundamental: uno se convierte en ciudadano en la medida en que se reconoce como parte de una asociación de libres e iguales; sin embargo, “no es necesario el consenso de fondo como premisa asegurada a través de la homogeneidad cultural, porque la formación de la opinión y de la voluntad estructurada democráticamente hace posible un acuerdo racional normativo también entre extraños”.⁴⁹⁰ Las diferencias culturales, pues, enriquecen mucho este panorama.

No basta, sin embargo, con una coincidencia puramente casual en los intereses sociales para garantizar la solidaridad entre ciudadanos que son extraños con relación a sus orígenes y tradiciones culturales. Tampoco es suficiente la negociación de los intereses sobre la base de la fuerza contractual de las partes. “En lugar del modelo del contrato entre actores del mercado, derivado del derecho privado, se abre paso aquí la praxis de la discusión entre participantes en la comunicación que quieren alcanzar decisiones racionalmente motivadas”.⁴⁹¹

La formación de la voluntad política, pues, no es sólo resultado de compromisos o negociaciones, sino la convergencia razonable sobre intereses generales, alcanzados a la luz de un debate público. La deliberación política no es sólo el mecanismo epistemológico a través del cual formular y decidir un determinado objetivo y los medios para alcanzarlo,⁴⁹² sino que implica una participación capaz de dialogar con identidades diversas de la propia. De este modo, la dimensión política puede llegar a generar una idea propia de

489 *Idem.*

490 *Ibidem*, p. 195.

491 *Ibidem*, p. 196.

492 En este sentido, Hurley, S. L., *Natural Reasons. Personality and Polity*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 203-224.

imparcialidad, en la medida en que se constata en qué consiste y cómo se articula una dinámica dialógica de participación.

El reconocimiento de los derechos es seguramente la base sobre la que se construye la formación discursiva de la opinión y de la voluntad política. Pero la función de la formación discursiva de la voluntad no puede ser una vía para “de-solidarizar” las interpretaciones, ni tampoco la función del derecho puede ser la de neutralizar normativamente las diferencias, a no ser que volvamos a la idea de neutralidad como negación de las diferencias.⁴⁹³ Esto resultaría contrario a la propia dinámica del pluralismo, que impone el intercambio de razones, tanto más cuanto más discordantes sean. Habíamos señalado ya, a propósito de la objetividad de las teorías éticas, que, desde el punto de vista discursivo, la condisión (provisional) de una razón —pensemos en un derecho— es un punto de partida para la confrontación de lo que no se condisiona y no el punto de llegada de la actividad comunicativa.

Por otra parte, la formación discursiva de la voluntad podría producirse en sede social y no política. En contra de liberales y comunitaristas, se ha sostenido que el lugar más adecuado para la formación discursiva de la voluntad son los grupos intermedios.⁴⁹⁴ Lo que está en juego aquí, una vez más, es la relación entre lo social y lo político. Partiendo del lenguaje común, es lógico que deban conservarse ambos términos, sin excluir ninguno y sin privarlos de significados específicos. La dimensión social se articula como dimensión política cuando se refiere a la ciudadanía que se autobluga en el derecho y se autodetermina en relación a la consecución de un fin. La dimensión política, por otra parte, no puede prescindir de la interacción social, donde se generan y verifican las instancias que luego son acogidas en ella.

⁴⁹³ Es una conclusión paradójica de la teoría de Habermas, que parecía valorar la co-originalidad de los derechos y de la soberanía y la dimensión activa de la participación (cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, cit., pp. 365-374).

⁴⁹⁴ Cfr. Kymlicka, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, cit., cap. 6.

3. *Democracia e identidad política*

Toda descripción de la política que quiera ser completa debe incluir una referencia a tres elementos de base: la identidad, el poder y la dirección de la acción. El concepto de política centrado sobre la identidad excluye, por supuesto, la eventual reducción de la política a las otras dos dimensiones, es decir, al ejercicio del poder y/o a la tarea de dirigir la acción común, históricamente incluidas en la actividad del Estado.

La relevancia de la identidad común y sus repercusiones sobre las identidades individuales permite comprender que la participación activa de todos en la formación de la voluntad política, posibilitada por el sistema democrático, se ha convertido en un punto irrenunciable. La participación activa en el proceso de formación de la voluntad política garantiza, en efecto, la presencia de intereses y posiciones plurales así como el protagonismo de todos y cada uno en el resultado. El primado del sistema democrático no hay que atribuirlo solamente a su capacidad de producir decisiones —quizá otros sistemas serían más simples y eficaces— sino al valor de la igualdad y del respeto de las individualidades que lo sostienen.⁴⁹⁵

El proceso democrático, entendido como actividad central de la dimensión política, constituye una de las formas institucionales de discusión y confrontación entre posiciones diversas, en las cuales los participantes deben justificar frente a los otros las propias posiciones: se trata, pues, de una de las sedes institucionales de la justificación.⁴⁹⁶ Es cierto que la democracia como mecanismo de for-

⁴⁹⁵ Cfr. Copp, D. et al. (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. La defensa de la democracia a partir de los valores que la sustentan y no su eventual capacidad de resolución de problemas, desde el punto de vista procedimental, permite evitar la objeción, poco antes constatada en el texto: puesto que se trata de dar cuerpo a los valores, es inconcebible que se puedan dar modelos diversos de los que conocemos.

⁴⁹⁶ Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1996, p. 121. "The deliberative conception of democracy is organized around an ideal of political justification" (Cohen, J.,

mación de la voluntad política tiene, generalmente, un objeto preciso: no se refiere a cuestiones de principios morales personales, ni a cuestiones morales generales, sino a la determinación de lo que podemos llamar “políticas”, o sea, decisiones de preferencia o de subordinación de intereses. No obstante, en sentido amplio, el intercambio democrático —partidario y comunicativo— constituye el trasfondo para la generación de las identidades.

Obviamente, la confrontación sobre intereses es distinta de la confrontación entre identidades: se trata de puntos de vista diversos, al igual que la confrontación de identidades es distinta de la confrontación entre las morales.⁴⁹⁷ Hay que distinguir estos tres niveles —identidades, intereses, morales—. No es cierto que los intereses pertenezcan a la esfera privada y la identidad a la esfera pública,⁴⁹⁸ como lo demuestra el mismo hecho de que los intereses estén sometidos a verificación intersubjetiva, lo que los convierte, de algún modo, en objeto de *public domain*. Podríamos pensar, pues, que la diferencia principal entre los intereses y las identidades radica en que los primeros son susceptibles de negociación mientras las identidades no lo son, sino que reclaman un reconoci-

“Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en Bohman, J. y Rehg, W. (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge Mass., The Mit Press, 1999, p. 412).

⁴⁹⁷ La inadecuada atención al problema de la identidad es la razón por la que Habermas apuesta por la solución que hemos criticado en la nota 493. Desde su óptica, la política no tiene una estructura independiente de la moral, en el sentido de que coincide perfectamente con la dimensión de la universalización, en la búsqueda de una solución unitaria que disuelva las diferencias, a pesar de la naturaleza discursiva del proceso. La misma confusión entre política y moral está presente en la reflexión filosófico-política anglosajona contemporánea; pero, en este caso, no por la búsqueda de una solución universal, sino por la insistencia sobre la dimensión institucional de la moral (moralidad positiva) que, en última instancia, sólo puede coincidir con la política.

⁴⁹⁸ Cfr. Zamagni, S., *Migrazioni, multiculturalità e politiche dell'identità*, cit., p. 231. De la problemática “convencional” entre lo privado y lo público ya hemos hablado retomando la crítica del pensamiento feminista.

miento (de modo paralelo a los derechos).⁴⁹⁹ Seguramente la confrontación sobre las identidades —que debe verificarse según reglas democráticas— ha de desarrollarse sobre la base de una argumentación que sea, de algún modo, imparcial, y no tanto sobre la base de mecanismos racionales estratégicamente convincentes. Sin embargo, la división neta entre intereses e identidades no es tan fácil de realizar: la fuerza de los intereses deriva de su vínculo con las identidades y el tratamiento diverso de los intereses puede tener importantes repercusiones sobre las identidades.⁵⁰⁰ Debemos reconocer, entonces, que el proceso democrático abarca contemporáneamente intereses e identidades.

Como sabemos, el modelo democrático presenta diversas concepciones, distinguibles en función de sus principales características y de su método.⁵⁰¹ La democracia deliberativa o dialógica está fundada sobre la argumentación y el diálogo y su cualidad principal es la capacidad de transformar las preferencias a partir de su confrontación.⁵⁰² Según el modelo poliárquico, en cambio, el problema de la democracia es el equilibrio de las fuerzas y el autogobierno frente una pluralidad de grupos de poder.⁵⁰³ La democracia considerada como competencia entre grupos y dirigida a recoger la

⁴⁹⁹ *Idem.* En este sentido se destaca el carácter jurídico del problema de la identidad.

⁵⁰⁰ Puede verse, por ejemplo, el artículo de Engelhardt, H. T., “Al di là della giustizia e dell’equità: ripensare i sistemi sanitari”, *Biblioteca della Libertà*, 155, 35, 2000, pp. 3-15. Engelhardt muestra acertadamente cómo las concepciones morales tienen proyecciones concretas sobre las diversas políticas sanitarias. No compartimos, sin embargo, la solución “práctica” que propone.

⁵⁰¹ Para una clasificación mucho más compleja y articulada, *cfr.* Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *cit.*, cap. 4. Una defensa de la democracia, en función de los valores que protege, se encuentra en Nelson, W. N., *On Justifying Democracy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980.

⁵⁰² *Cfr.* Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *cit.*; Habermas, J., *Facticidad y validez*, *cit.*; también Petev, V. y La Torre, M. (eds.), “Law and Deliberative Politics”, *Ratio Juris*, 14, 2001, pp. 345-454.

⁵⁰³ *Cfr.* Dahl, R., *Dilemmas of Pluralist Democracy*, Nueva York-Londres, Yale University Press, 1982.

mayor cantidad de votos resultaría, por principio, independiente de la capacidad de interacción comunicativa.⁵⁰⁴

La imparcialidad, obviamente, resulta valorada de manera completa en la primera de estas concepciones —la democracia deliberativa— debido a su énfasis en dos de los aspectos del significado de la imparcialidad que venimos considerando. Como en el resto de concepciones de la democracia, también en la deliberativa está presente el principio de imparcialidad (típico de la justicia distributiva) ya que la democracia tiene como presupuesto la igualdad en la consideración de las partes (y éste, como hemos señalado muchas veces, es el aspecto más débil de la imparcialidad en el ámbito político). Pero el carácter deliberativo introduce también la idea de imparcialidad como objetividad, en el sentido de que la deliberación se proyecta sobre la búsqueda, el intercambio y la confrontación “de las razones”, mientras en los otros modelos se impone el equilibrio de poder contractual. No pretendemos, obviamente, plantear aquí un nuevo modelo de democracia, ni examinar sus dinámicas en profundidad. Nos interesa sólo destacar que la política se articula según el modelo de una razón práctica intersubjetiva que se expresa en la deliberación y en la dirección de la acción. Por tanto, a ella pertenece, en sentido propio, aunque limitado, la imparcialidad. En última instancia, el motivo de esto es la valoración de un aspecto crucial de la dimensión política: la posibilidad de una comunicación entre las identidades.

La sola participación en la discusión actúa ya como diferenciador entre pretensiones egoístas y no egoístas, porque en la deliberación no se aceptan pretensiones que no puedan ser, de algún modo, generalizadas, ni aquellas que son afirmaciones exclusivas de las propias necesidades, tampoco las que son claramente contrarias al sentido común. Y, sin embargo, lo que en su forma original nace como interés parcial puede transformarse en una auténtica propuesta para la decisión común. Este fenómeno se verifica bajo el

⁵⁰⁴ Schumpeter, J. A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Londres, Allen & Unwind., 1943.

impulso de la necesidad de encontrar un soporte (a nivel de votos, por ejemplo) en los otros, o a causa de la fuerza civilizadora de la hipocresía,⁵⁰⁵ una suerte de “pudor” que se resiste a intentar abiertamente un consenso sobre lo que resulta evidentemente parcial. En todo caso, la transformación de las opciones hace que, al menos en algún caso, las propuestas basadas sobre intereses personales lleguen a la sede deliberativa, pero siempre cribadas desde un punto de vista imparcial.⁵⁰⁶ Es correcto pensar, pues, que las propuestas con las que se participa en el proceso democrático son ya elaboraciones del bien común o hipótesis de resolución de problemas comunes, es decir, visiones imparciales.⁵⁰⁷ La posibilidad de modificar las preferencias, que es la cualidad principal de la democracia deliberativa, muestra una cierta sinceridad de la comunicación —una objetividad—, al menos, como escucha y conocimiento de los intereses ajenos.⁵⁰⁸

La “verdad” conquistada a través de la deliberación lleva el signo de la procedimentalidad, pero incluye también elementos de objetividad.⁵⁰⁹ Se excluyen dos aspectos: que el resultado de la deliberación democrática sea únicamente fruto del consenso (*vs.* Habermas) y que pueda ser fruto de la reflexión de un solo individuo (*vs.* Rawls).⁵¹⁰ La democracia deliberativa excluye el método monológico porque consiste, precisamente, en un discurso; pero limi-

⁵⁰⁵ Elster, J., *Argomentare e negoziare*, *cit.*

⁵⁰⁶ Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *cit.*, pp. 122-125. Para Nino “the assumption of the moral point of view —the assumption of impartiality— requires putting ourselves in the place, or ‘into the shoes’, of fellow human beings” (p. 125).

⁵⁰⁷ *Cfr.* Waldron, J., “Deliberation, Disagreement, and Voting”, en Hongju Koh, H. y Slye, R. C. (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1999, pp. 210-226.

⁵⁰⁸ Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *cit.*, p. 120.

⁵⁰⁹ Como es sabido, Nino sostiene el valor epistémico de la democracia deliberativa y del principio de las mayorías que cierra la deliberación, aunque con determinadas condiciones (*cfr. ibidem*, pp. 137-141).

⁵¹⁰ Sigo en este punto a Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, *cit.*, pp. 112 y 113, pero en continuidad con las críticas del pensamiento feminista, que ya hemos desarrollado.

ta también el carácter exclusivamente intersubjetivo del conocimiento. Aunque la intersubjetividad como método es con seguridad más fiable que la objetividad de uno solo, paradójica, pero significativamente, un solo individuo podría alcanzar la verdad y un consenso unánime podría ser erróneo.⁵¹¹ Es la razón por la que se valora la contribución de cada individuo aun cuando se realiza bajo condiciones de control por parte de los otros. Ya hemos insistido suficientemente sobre el hecho de que el intersubjetivo puede ser el mejor método que tengamos para alcanzar la verdad, no obstante, aunque pueda ser epistemológicamente prioritario no por ello es infalible. De aquí la necesidad de que el control intersubjetivo se realice sobre la base de las razones. Dentro de los sistemas constitucionales tal dinámica explica también el control jurisdiccional sobre las decisiones de la mayoría.⁵¹²

A pesar del diverso modo de entender la democracia deliberativa, todos sus partidarios concuerdan en sostener que ella atañe a las decisiones que se toman en función de los argumentos ofrecidos por los participantes, vinculados a los valores de racionalidad e imparcialidad.⁵¹³ La democracia deliberativa reposa sobre “razones”, en el sentido de que procede mediante argumentos y se funda sobre argumentos. Los participantes, incluso movidos por intereses personales, están obligados a argumentar en términos de intereses públicos o de derechos que, por su universalidad, son argumentos propiamente imparciales.

4. *Legitimidad e imparcialidad*

Considerar la ciudadanía —la identidad política— como esencial para la identidad personal es concentrar el núcleo de la identi-

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 116. Cfr., también, Nozick, R., *Invariances. The Structure of the Objective World*, cit., p. 283.

⁵¹² Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp-Verlag, 1996, cap. 9.

⁵¹³ Elster, J., “Introduction”, en *id.* (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 8. Ver todo el volumen; en particular, los artículos de Cohen y Gargarella.

dad política en la participación activa y voluntaria del sujeto en la deliberación de la comunidad política, alejándola de elementos involuntarios como la cultura o la pertenencia étnica; significa atribuir un papel crucial a la idea de que existe legitimación política sólo en presencia de un criterio democrático. Del modo de concebir la identidad política y sus dinámicas surgen diversas consecuencias. Una de éstas es la revisión de los criterios de legitimidad del poder.⁵¹⁴

La afirmación democrática de la ciudadanía —como ya hemos escrito— incluye una pluralidad de dimensiones comunicativas y argumentativas que evitan reducirla a una mera expresión de voluntad a través del voto. En general —excepto casos patológicos y, por ello, excepcionales— se vota a partir de la consideración de los argumentos alegados por las partes y después de haber sido persuadidos en un sentido o en otro. El voto no significa cerrar la deliberación con un acto de voluntad.

Como no es reductible al voto, el procedimiento democrático tampoco es reductible a la dinámica mayoría-minoría. La eventual decisión de una votación puede ser para la minoría una imposición que no se diferencia mucho de la de un dictador. Lo que realmente distingue una democracia no es el procedimiento del voto sino el proceso de intercambio y confrontación previa, la posibilidad de presentar todas las posiciones y la igual consideración y respeto con que ellas son acogidas. El voto consiste en tomar posición respecto a las alternativas presentadas en la deliberación, que de otro modo podría continuar hasta el infinito.⁵¹⁵

⁵¹⁴ La legitimación consiste en el proceso de conferir legitimidad, por tanto, se configura como un hecho. La legitimidad es también una cuestión *de jure*. El problema de qué es lo que hace legítimo a un gobierno, un poder o un sujeto depositario de autoridad, plantea conjuntamente una cuestión *de jure* y una cuestión *de facto*. Legitimidad *de jure* y legitimidad *de facto* tienen que converger. No basta que un poder esté legitimado en su fuente por criterios válidos de autoridad, es necesario que se ejercite bajo estándares de actuación correctos (Castignone, S., "Legittimità, legittimità, legittimazione", *Sociologia del Diritto*, 4, 1, 1977, pp. 19-38).

⁵¹⁵ Sobre este tema, *cfr.* Bobbio, N. *et al.*, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologna, Il Mulino, 1981.

Ciertamente, la legitimación democrática no es la única forma de legitimación, pero es la forma óptima de legitimación *política* si consideramos que el poder político es el poder entre libres e iguales. No obstante, no se puede reducir la cuestión democrática a la del “sujeto” del poder (el *demos*) porque, precisamente, en el sujeto de la decisión podrán distinguirse a menudo la mayoría y la minoría. Ambas forman parte del sujeto del poder democrático, pero la minoría exige protección y la mayoría, aun habiendo obtenido la razón, debe someterse a la dialéctica gobernantes-gobernados.⁵¹⁶ En definitiva, la legitimación atañe al *ejercicio* del poder y al fundamento de ese ejercicio, no sólo a su existencia. El problema de la legitimidad, pues, no se reduce al problema de los criterios de autoridad, es decir, no se concentra únicamente en el momento genético de la formación de la voluntad colectiva.

La doble dimensión de la imparcialidad ilumina nuevamente el problema. La instancia democrática se relaciona con la imparcialidad porque ésta se refiere, a su vez, a la totalidad de los individuos (las partes) pertenecientes a una comunidad política. El vínculo con la deliberación conecta el procedimiento de elección y de decisión con la dinámica de las razones. En este sentido, también la ley es la conclusión de una argumentación que finaliza un razonamiento. Éste es uno de los ámbitos en los que se transparenta el nexo entre el contexto de la génesis de una posición y el de su justificación.⁵¹⁷

Para concluir y enlazar el tema con la experiencia jurídica cabe afirmar lo siguiente: la formación de la voluntad colectiva, tanto más si se trata del ejercicio del Poder Legislativo, jerárquicamente prioritario en cuanto que “derecho político” (derecho de una comunidad política), requiere, obviamente, de una legitimación democrática. Donde la identidad política se expresa en forma de democracia deliberativa y según un proyecto político fundamental se

⁵¹⁶ Cfr. Corso, G., “Legalità e legittimità”, *Per la Filosofia*, 27, 1993, pp. 6-13.

⁵¹⁷ Véase el apartado IV, punto 3, “Imparcialidad en la justificación y la argumentación”, del primer capítulo.

requieren también razones. Éstas constituyen parámetros de juicio, criterios en un cierto sentido independientes del propio procedimiento democrático. Esta afirmación justifica también la existencia de un sujeto que juzga sobre la legitimidad del Poder Legislativo (democrático): el poder jurisdiccional, sea como juez de las leyes o juez de la aplicación de las leyes.⁵¹⁸

La instancia jurisdiccional, a su vez, resulta democráticamente legitimada a través de la sumisión del juez a la ley y mediante la predesignación por ley del juez natural. Además de la legitimación democrática *a priori*, establecida por la legalidad, el poder jurisdiccional necesita otros criterios para elaborar sus decisiones y acertar proporcionalidad de resultados. Desde la óptica del Poder Judicial —en cuanto institución jurisdiccional nacional—⁵¹⁹ es importante sobre todo la justificación con base en razones (jurídicas). Tal será el tema de nuestro último capítulo.

III. IDENTIDAD PERSONAL E IMPARCIALIDAD

Muchas veces se ha dicho que el trasfondo del que emerge la imparcialidad como valor dominante está caracterizado por el imperativo de “tomar en serio” el pluralismo. Mientras que la confrontación y el acuerdo sobre la justicia se consideran obligatorios,

⁵¹⁸ No es posible afrontar aquí el problema de la relación entre democracia y control jurisdiccional de las leyes que, en todo caso, no afecta a la legitimidad de la existencia de ese control —ya que donde existe y opera está establecido por las Constituciones—, sino a su alcance. *Cfr.* Kelsen, H., “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice Constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et Science Politique*, 35, 1928, pp. 197-256; Capelletti, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1971; Freeman, S., “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, 9, 1990, pp. 327-370.

⁵¹⁹ Con mayor razón esto debería valer para las instancias jurisdiccionales, que no siempre tienen un claro tratamiento legislativo (*cfr.* Held, D., *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1996, sobre todo, “Cosmopolitan Democracy”, pp. 219-286).

debido a la igualdad de los sujetos, el resto de contenidos —concepción del bien o especificidad cultural— suelen considerarse irrelevantes para la comunidad política, en algún caso incluso arriesgados. Esto se corresponde con una precisa distinción entre lo privado y lo público: la identidad y la concepción del bien son susceptibles de “privatización”, mientras que los principios de justicia son una cuestión pública. De ahí que la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la justicia, que permita un cierto orden social, exige un precio a pagar: prescindir de las identidades en el ámbito público.

Es evidente que la concepción del bien constituye un elemento fundamental de la identidad, como también que la identidad personal tiene indudable relevancia en la comunidad política. De hecho, la importancia de la dimensión identitaria viene a destacar la relación entre comunidad política y concepción del bien, provocando el espesamiento de la dimensión política. El éxito del modelo liberal depende del grado de compatibilidad total de las instituciones con los diversos planes de vida de los individuos, compatibilidad que se alcanza mediante la exclusión de las diferencias que son confinadas en el ámbito privado. Se prefigura, pues, la idea de una concepción débil de la política.⁵²⁰

1. *Primado del individuo y concepción débil de la política*

La supremacía del individuo ha provocado una tensión, de difícil solución, entre dos intuiciones contrapuestas y centrales en nuestro tema: por un lado, la que se dirige a salvar la dimensión identitaria (personal o de grupo) en la vida política, justificando la legitimidad de exigencias diferenciadas; y, por otro lado, la que considera justificado solamente lo que resulta del prestar igual atención a los intereses de todos. En otras palabras, la tensión entre

⁵²⁰ Esto resulta evidente en la posición de J. Rawls, tanto en su obra, *Teoría de la justicia*, cit., p. 456, como en la posterior, *Liberalismo político*, cit., p. 30. También en relación con el multiculturalismo, en una elaboración más reciente, puede consultarse, Barry, B., *Culture and Equality*, cit., pp. 19-62.

una razonable *parcialidad* en la realización del propio yo (el del individuo y el del “nosotros” de la identidad colectiva) y la *imparcialidad* indispensable en el ámbito público. El hecho es que el modelo constituido por la relación entre individuos e institución pública, caracterizado por la tendencia a la mínima interferencia de la segunda sobre los primeros, resulta insuficiente para explicar la dinámica real de las relaciones políticas. Lo que está en juego en la dimensión política es algo más que la “gestión” de las relaciones entre muchos: en última instancia, la dimensión política incide sobre la identidad personal y sobre la de los grupos en los que los individuos se reconocen.

La justificación de la comunidad tiene mucho que ver con la justificación de la exigencia legítima de las identidades personales y colectivas. Las identidades, en efecto, no son autorreferenciales (no se dan aisladamente) sino que reclaman un verdadero reconocimiento. Existe una profunda vinculación entre identidad y reconocimiento, no sólo en una óptica subjetiva —en el sentido en que los individuos buscan habitualmente identificarse con un grupo— sino también en una dimensión objetiva: la identidad existe donde se produce un reconocimiento por parte de otros.

La tesis es que nuestra identidad se plasma, en parte, por el reconocimiento o por la falta de reconocimiento, a veces, incluso por un desconocimiento por parte de otras personas; por ello, un individuo o un grupo pueden sufrir un daño real, una real distorsión, si las personas o la sociedad que lo circundan le reenvían, como un espejo, una imagen de sí que lo limita, disminuye o humilla.⁵²¹ No basta ser portador de un proyecto de autorrealización: se requiere de los otros, si no un aprecio efectivo, sí al menos la toma en consideración del proyecto identitario, de modo que no haya dudas de que ningún sujeto es capaz de auto-constituirse, sino que tiene necesidad de los otros.

521 Taylor, C., *The Politics of Recognition*, *cit.*

El contexto natural del reconocimiento es la comunidad política.⁵²² Éste es el lugar en el que se discierne la propia identidad y al mismo tiempo se reconoce la de los otros. La cuestión de la identidad, hoy profundamente relevante, transmite a la comunidad política un carácter vital, haciendo problemática la separación entre lo público y lo privado. Como ya dijimos, a propósito de las críticas que el pensamiento feminista dirige al paradigma de la imparcialidad, esa separación es ya el fruto de una deliberación. La neutralidad política es, entonces, la que intenta sustentarse inútilmente sobre ella.

Los intentos de negar relevancia a la dimensión comunitaria de la política y a su vinculación con la identidad —las identidades se generarían fuera del ámbito político para luego desarrollarse dentro de él— suscitan muchos problemas. Por un lado, la contraposición entre comunidad política y sociedad civil desplaza la dimensión comunitaria hacia la sociedad civil, reservando la esfera política como lugar de la gestión de conflictos de intereses. Por otra parte, la composición multicultural de la comunidad política invita a desplazar la relevancia de lo cultural hacia las culturas y las comunidades “sectoriales”, renunciando a cualquier tipo de dimensión común, con el fin de aligerar al máximo el peso de la comunidad política. También el pluralismo moral implica compatibilizar proyectos políticos con opciones morales diversas, hasta el punto de que la imparcialidad —muchas veces entendida como neutralidad— es considerada el planteamiento moral básico de una comunidad política abierta a todos los individuos sin ninguna exclusión.

Parece conveniente, pues, intentar dar contenido a la justicia sobre la base de la exclusión del *bien*, ya que éste se concibe como un elemento de división. Más concretamente, se trata de reconocer la supremacía de la libertad y de la autonomía moral: un plantea-

⁵²² En cierto sentido, podemos decir que esto pertenece a una de las dimensiones de la justicia distributiva, que se ocupa también de la distribución de “honorarios”. El reconocimiento es una suerte de honor conferido a la identidad (*cf.* Viola, F., *Ética e metaética dei diritti umani*, *cit.*, pp. 1-13).

miento que se pone en peligro con la afirmación de cualquier forma de *objetivismo*, incluso en su acepción mínima de “referencia extrínseca del juicio”.⁵²³

La consecuencia de estas premisas —primado de lo justo sobre lo bueno como núcleo de las teorías de la justicia—, contrariamente a cuanto puedan pensar sus defensores, no lleva a una simplificación de los problemas de la justicia política sino a una mayor complicación. El objetivo que pretendemos ahora es retomar conjuntamente ciertas observaciones ya hechas sobre el paradigma de la política (inspirado en ese primado de lo justo sobre lo bueno), para evidenciar algunas de sus suposiciones y consecuencias. Nos interesa responder a la cuestión de si el paradigma de la justicia política, basada en la prioridad de lo justo sobre lo bueno, es realmente compatible con *todo* proyecto de identidad personal y con el valor reconocido a la identidad personal, o bien, requiere de un modelo a medida.

El objetivo no es hacer aún más densa la dimensión política, frustrando todo intento de hacerla de algún modo funcional —no hay duda de que esa ha sido la ventaja del modelo liberal y procedimental— sino de explicitar presupuestos habitualmente implícitos. Del resto, ya hemos insistido suficientemente sobre su relevancia política para la identidad y la necesidad de no olvidarlo por razones de eficiencia.

2. *La identidad light del liberalismo*

Para comprender la idea de identidad personal, propia del paradigma que examinamos, vamos a examinar el modelo rawlsiano. Rawls, en homenaje a la racionalidad deliberativa, sugiere una idea de identidad personal según la cual el yo es anterior a sus fines:⁵²⁴ se trata de un yo caracterizado por la facultad de elegir los

⁵²³ La necesidad de trascender el propio punto de vista subjetivo para una mejor comprensión de la realidad ha sido acertadamente destacado por Nagel, T., *Una mirada de ningún lugar*, cit., aunque trascender no significa “prescindir de”.

⁵²⁴ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 456.

propios fines entre diversas posibilidades. El vínculo entre el yo y sus fines es, pues, contingente y accidental. El yo distinto de sus fines sería un yo *unencumbered*⁵²⁵ y, en cuanto no comprometido, un yo *light* compatible con todo tipo de proyecto concreto de identidad personal; en definitiva, un yo imparcial. El yo capaz de distanciarse de los propios fines, de la propia dotación, de la propia posición, es el más adecuado para situarse en la posición originaria, para elegir detrás del velo de la ignorancia. La imparcialidad—en línea con la tradición kantiana— debe ejercitarse principalmente respecto a los posibles fines. La idea de imparcialidad se refiere directamente a la libertad: consiste, en efecto, en una elección radical, independiente de todo horizonte de valor o de tradición.⁵²⁶

Así pues, la posición originaria resulta el mejor contexto en el que cualquier identidad personal puede ser elegida y define las óptimas *background conditions* en el que tales fines pueden formarse. El yo *light* es, por supuesto, el que presumiblemente está mejor dispuesto para “cambiar de sitio” y, por ello, de ser imparcial, en el sentido de no dejarse arrastrar por intereses particulares y elegir de modo radical y sin prejuicios. No es sólo Rawls el que lo plantea, sino también otras versiones del mismo modelo, por ejemplo, la concepción scanloniana de la posición originaria como “acuerdo informado”,⁵²⁷ destacan ese mismo esquema. Un juicio es relevante cuando es imparcial, entendiendo por imparcialidad la característica que consiste en juzgar independientemente de quién se es.⁵²⁸

Querría dejar aparte la cuestión de la licitud o la necesidad de los intereses personales de las partes y la eventual capacidad del

⁵²⁵ Kymlicka, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, cit., p. 207.

⁵²⁶ Cfr. Schumacher, B., “Anthropological Presuppositions of a Well-Ordered Rawlsian Society”, en Banús, E. y Llano, A. (eds.), *Razón práctica y multiculturalismo*, Pamplona, Newbook Ediciones, 1999, p. 287.

⁵²⁷ Scanlon, T. M., *Contractualism and Utilitarianism*, cit., p. 111.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 120.

sujeto de dejarlas aparte, para notar que la insistencia sobre la separación entre el yo y sus fines —su particular dotación biológica y caracterológica, sus proyectos— confirma la presunción de que el yo es previo a todo proyecto identitario.⁵²⁹ Esto concuerda bien con la convicción de que la libertad debe librarse del carácter “dado” de la identidad, en su intento de afirmarse como fundada sólo sobre sí misma.

Como sabemos, la crítica “comunitarista” dirigida hacia este concepto de identidad contiene dos tesis: por un lado, un yo que precede a sus fines está vacío e indeterminado y, por otro, esa perspectiva olvida la inserción de los individuos en las prácticas sociales.⁵³⁰ La aceptación parcial de estas críticas —dada la incidencia de la dimensión política sobre la identidad personal— induce a Rawls a modificar parcialmente su posición. Distingue, entonces, al sujeto en cuanto privado y al sujeto en cuanto capaz de una razón pública.⁵³¹ Este desdoblamiento del sujeto en privado y público, más que resolver la dificultad, simplemente la desplaza. En efecto, al sujeto, en cuanto privado, estaría influenciado por tradiciones y valores; en cuanto público, se encontraría desencarnado, sería como algo etéreo y evanescente. Se obtiene entonces la idea, no ya de un yo *light*, sino de un yo descomponible o esquizofrénico dependiendo de la dimensión en la que se sitúa. El problema de la identidad se distorsiona debido a las dificultades para encontrar una continuidad entre estas dos dimensiones.

Los liberales consideran que la objeción de los comunitaristas está desenfocada porque ellos no plantean un sujeto carente de vínculos: su idea de que el sujeto pueda percibirse como distinto de sus fines radica en aceptar que no existe ningún fin u objetivo que no pueda ser revisado por éste, ya que lo que cuenta es la libertad. Una persona moral es “un sujeto con fines que él mismo ha elegido y su preferencia fundamental consiste en dar forma a un

529 D’Agostino, F., *Bioética*, Turín, Giappichelli, 1996, p. 166.

530 Sandel, M., *Liberalism and The Limits of Justice*, cit., pp. 54-59.

531 Rawls, J., *Liberalismo político*, cit., pp. 30 y 31.

modo de vida que expresa su naturaleza de ser racional, libre e igual, en la medida permitida por las circunstancias”. Existe, sin embargo, un añadido importante: “la unidad de la persona se manifiesta en la coherencia de su plan”.⁵³² La identidad se va enriqueciendo progresivamente. Se trata de un sujeto libre y racional que se propone fines libremente elegidos, articulados en un plan coherente de vida: un sujeto capaz de perseguir esos fines.

La libertad que, en principio, está fundada sobre sí misma y sólo puede ser limitada por sí misma, encuentra dos circunstancias que justifican las limitaciones: dos datos de la identidad que no pueden ser objeto de elección. “Antes que nada, una restricción puede derivar de casos y limitaciones naturales de la vida humana o de contingencias históricas y sociales... otras, de acuerdos sociales o de la conducta de los individuos”.⁵³³ La primera restricción de la libertad depende de las condiciones de la naturaleza humana: de ellas no nacen problemas de justicia, sino el problema de cómo solucionar mejor la inevitable limitación y contingencia de la vida humana. No está claro qué debe entenderse por carácter natural de la vida humana —en qué modo se determina— y resulta bastante problemático sostener que esto no constituya un problema de justicia.⁵³⁴ La segunda restricción de la libertad consiste en la inclinación de los hombres a la injusticia, pero según Rawls no se trataría de un aspecto permanente de la vida política: depende de las instituciones. Una sociedad bien ordenada tendería a eliminar o a controlar esa propensión.

Debemos añadir, pues, dos características básicas a la identidad del yo: un carácter estructuralmente determinado por las condiciones naturales y una ductilidad frente a los datos externos, conside-

⁵³² *Id.*, *Teoría de la justicia*, *cit.*, p. 456.

⁵³³ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *cit.*, p. 210 (he modificado la traducción).

⁵³⁴ En oposición a esta postura, *cfr.* Shklar, J. N., *The Faces of Injustices*, *cit.*, que ha destacado la exigencia de ampliar el concepto de justicia más allá del dato voluntarista y convencional.

rando que existe una disposición a la injusticia en contextos injustos y a la justicia en contextos justos.

Pero deberíamos añadir también que el sujeto se encuentra en una cierta relación con los otros: es un sujeto *igual a los otros sujetos*. Cabe notar, otra vez, que la referencia a la igualdad comporta tomar conciencia de una condición fundamental de coexistencia con otros sujetos que gozan de la misma libertad.⁵³⁵ Al yo *light*, imparcial y racional frente a sus fines, se le abre un nuevo campo de aplicación de la imparcialidad: la de desarrollarse frente a otros yo.

3. *Unidad narrativa, planes de vida y autenticidad*

El tema de la identidad personal es un óptimo observatorio para descubrir las presunciones antropológicas de las teorías de la justicia política.

En la identidad personal no es relevante tanto el término “persona” (muy problemático), cuanto el de “identidad”. “Personal”, en su acepción de adjetivo, indica el carácter individual (no necesariamente individualista)⁵³⁶ de la identidad. La identidad personal señala aquello que caracteriza a un individuo, la idea o el proyecto que asume como propio, su originalidad, aquello que lo hace irreducible a otro: un *quid* del cual el individuo mismo es protagonista. Existe una diferencia al plantear el problema antropológico de la identidad como respuesta a la pregunta *¿quién soy?* o *¿quién es el hombre?* La diferencia está en la centralidad del carácter *personal* de la realización. La perspectiva del *plan de vida* (resultado de una elección acorde con una concepción de la vida buena, según las teorías liberales el contenido del proyecto personal) y la de la *unidad narrativa de una vida* (que evidencia el entrecruzarse de

⁵³⁵ Correcta, una vez más, la observación de R. Spaemann, cuando sostiene que en la base de la ética intersubjetiva está la percepción evidente de la realidad del otro o de los otros, en buena paz con la “ley de Hume” (*cf. id., Felicidad y benevolencia, cit.*, p. 137).

⁵³⁶ La diferencia entre individual e individualista se aprecia en la incidencia y la relevancia de la relación con los otros.

causas, datos o hechos, que inciden sobre la identidad personal, propia de las teorías comunitaristas)⁵³⁷ son dos respuestas diversas a la primera pregunta.

Sin duda, la respuesta del comunitarismo muestra un alcance explicativo mayor sobre la génesis de la identidad: subraya el carácter ineliminable de los vínculos intersubjetivos en la formación de la identidad personal.⁵³⁸ La perspectiva comunitarista resulta problemática cuando se traduce como doctrina política (normativa).⁵³⁹ Ya hemos hecho referencia a algunas de sus deficiencias a propósito del problema cultural.

La frase “plan de vida” quiere destacar el carácter voluntario de las elecciones: expresa el primado de la libertad, ligado a la idea de autonomía, de matriz kantiana, y coherente con un particular desarrollo de la idea de sujeto.

Como sabemos, el problema de la identidad personal adquiere el significado que hoy tiene cuando madura una particular idea de subjetividad en el contexto de lo que hemos indicado como “la concepción expresiva de sí mismo”.⁵⁴⁰ Lo que hace único e irrepetible a un individuo y al proyecto del que es portador se traduce en un imperativo fundamental, indicado en la raíz etimológica de la identidad: llegar a ser uno mismo.⁵⁴¹ La exigencia de autenticidad, en sentido no banal, se traduce, pues, en el reconocimiento del valor de la propia originalidad. En la raíz de este modelo antropológico se encuentra, tanto una vocación original que justifica todo esfuerzo en la realización del proyecto (precisamente porque es un don) como, una vez más, la autonomía absoluta de la libertad, una libertad “neutral” frente a la razón, a las pasiones y a las inclinaciones, una libertad que se expresa en el ejercicio de actos de libertad

⁵³⁷ MacIntyre, A., *Tras la virtud*, cit., pp. 251-272.

⁵³⁸ De manera afín al feminismo. Véase el capítulo primero.

⁵³⁹ Rhonheimer, M., *L'immagine dell'uomo nel liberalismo e il concetto di autonomia: al di là del dibattito tra liberali e comunitaristi*, cit., pp. 95-133.

⁵⁴⁰ Taylor, C., *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, cit., p. 466.

⁵⁴¹ P. Ricoeur ha señalado la equivocidad de la identidad, que asume tanto el significado del *ipse*, como el del *idem* (*id.*, *Si mismo como otro*, cit., pp. 78-106).

independientes de toda fuerza que no sea ella misma.⁵⁴² Hemos de notar, no obstante, que la libertad como elección radical es, en último extremo —pero coherentemente—, una libertad incompatible con la virtud y la duración y, por ello, con las concepciones de la identidad que sostienen la continuidad y la coherencia del plan de vida como un valor (de tipo rawlsiano).

En armonía con la prioridad de la libertad, la “mentalidad contractualista” nace precisamente donde la exigencia de coordinación de las acciones está basada en la adhesión voluntaria y libre de sujetos que se encuentran en una situación de paridad: pero entonces resulta todavía más perentoria la pregunta sobre *por qué* los sujetos en situaciones de paridad tendrían que ponerse de acuerdo y de *por qué* tienen necesidad de reconocer y ser reconocidos. La mentalidad contractualista, en definitiva, es el signo de una exigencia implícita de cooperación: los sujetos de la posición originaria, aun no estando interesados por las ventajas de otros (interés desinteresado), están, sin embargo, interesados en contratar y presumen que el acuerdo se puede realizar sobre la base de la razonabilidad y en condiciones de igualdad.⁵⁴³ Para ello, no queda sino añadir a los aspectos que definen el yo: el sentido de justicia⁵⁴⁴ y el deseo de cooperar a través de acuerdos razonables.⁵⁴⁵

Todas las características del sujeto, hasta ahora individuadas, nos permiten contemplarlo como un sujeto racional, con un plan de vida compuesto por fines libremente elegidos, capaz de perseguirlos, imparcial frente a los otros sujetos, caracterizado por algunos datos naturales y tendente a la justicia: he aquí que el *identikit* de un sujeto en una sociedad bien ordenada; es bastante completo pero demasiado complicado.

⁵⁴² Cfr. Pinckaers, S., *Las fuentes de la moral cristiana: su método, su contenido, su historia*, cit., pp. 395-421.

⁵⁴³ Burkitt, I., *Bodies of Thought. Embodiment, Identity & Modernity*, Londres, Sage, 1999, p. 145.

⁵⁴⁴ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., § 4.

⁵⁴⁵ Scanlon, T., *Contratualismo e utilitarismo*, cit., *passim*.

La imparcialidad del sujeto político, que aparecía como una característica de su evanescencia y como signo de su gran compatibilidad con todo tipo de proyecto (de plan de vida) dentro de la dimensión política, tenía su correlato en la neutralidad de las instituciones políticas. Después de haber observado las características del sujeto podemos concluir, por el contrario, que la imparcialidad constituye el contenido de un principio normativo necesario, no sólo por la configuración del sujeto —cuya independencia de los contextos y de los fines es ciertamente revisable a la luz de la interdependencia— sino también por su relación con los otros sujetos, por su coexistencia con otros; en última instancia, por un motivo de justicia.

IV. LA CIUDADANÍA COMO PROBLEMA DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La configuración moderna de la ciudadanía acompaña al modelo estatal resultante de la convergencia entre la soberanía interna y externa, el monopolio estatal del derecho y de la fuerza, y la prevalencia del modelo de la comunidad política nacional. En la medida en que estos presupuestos evolucionan podemos pensar que la ciudadanía pueda sufrir mutaciones. No pondremos aquí en cuestión la configuración actual de la ciudadanía, aunque apuntaremos algunas críticas sobre determinados aspectos.⁵⁴⁶ Por otra parte, ya hemos destacado el papel que ésta desarrolla a propósito de la identidad y sostenido su carácter necesario. Ahora interesa examinar la ciudadanía desde su relación con la justicia, en un sentido que clarificaremos en breve y que ejemplifica —una vez más— el límite estructural de la imparcialidad-justicia en el ámbito político. El objetivo que nos proponemos es reconsiderar el tema de la ciu-

⁵⁴⁶ Me he ocupado del tema de la ciudadanía —y su acepción jurídica y política— en el estudio: “Cittadinanza, diritti e identità”, en D’Agostino, F. y Dalla Torre, G. (ed.), *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 151-174.

dadanía a la luz de las exigencias de la imparcialidad. Para ello será necesario modificar las coordenadas generales del problema de la ciudadanía.

Un primer aspecto de la relación entre ciudadanía y justicia es la determinación de qué derechos deben garantizarse a los ciudadanos. Una posible clave de lectura de las diversas concepciones de la ciudadanía, surgida del debate filosófico-político, es la siguiente: las variantes de la ciudadanía se diferencian en función de los derechos a los que confieren importancia particular; al mismo tiempo, la irreductibilidad de las concepciones es el reflejo de la problematicidad de la articulación de los derechos. Así pues, la ciudadanía republicana y democrática privilegia los derechos de libertad y los derechos políticos;⁵⁴⁷ la ciudadanía social privilegia los derechos sociales;⁵⁴⁸ con la ciudadanía societaria se reclama el incremento de aquellos derechos (de libertad, pero en particular de asociación) que permiten la articulación de la sociedad civil;⁵⁴⁹ la ciudadanía multicultural es sensible a los derechos de las minorías⁵⁵⁰; la ciudadanía diferenciada se interesa por los derechos de la diferencia.⁵⁵¹ También la ciudadanía cosmopolita, aun distanciándose parcialmente de los modelos precedentes, porque no consagra la tutela particular de algunos derechos, está en relación con ellos porque indica su alcance potencialmente universal.⁵⁵² La justicia de la ciudadanía se refiere en este caso a la atribución de “determinados” derechos en mayor medida que otros. En todo caso, la ciudadanía tiene como contenido un complejo de derechos que ella

⁵⁴⁷ Rawls, J., *Liberalismo político*, cit., pp. 186-189; Habermas, J., *Staatsbürgerschaft und Nationale Identität. Überlegungen zur Europäischen Zukunft*, St. Gallen, Erker Verlag, 1991.

⁵⁴⁸ Marshall, T. H., *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linares, Madrid, Alianza, 1998.

⁵⁴⁹ Donati, P., *La cittadinanza societaria*, cit.

⁵⁵⁰ Kymlicka, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

⁵⁵¹ Young, I. M., “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, 99, 2, 1989, pp. 250-274.

⁵⁵² Ferrajoli, L., *Cittadinanza e diritti fondamentali*, cit., pp. 63-76.

misma custodia y garantiza. Aquí radica el problema del conflicto eventual entre los derechos del ciudadano y los derechos humanos y la cuestión de si la tutela de los derechos humanos debe continuar pasando a través de la ciudadanía.

1. La ciudadanía como “bien” jurídico y político

La ciudadanía es un bien, desde el punto de vista jurídico, en cuanto que es garantía de derechos.⁵⁵³ No hay razón, sin embargo, para excluir que otros instrumentos de tutela puedan optimizar el resultado obtenido por la ciudadanía como garantía. Quiero decir que, desde este punto de vista, la ciudadanía como garantía de derechos es, *actualmente*, un bien. Debemos notar, no obstante, dos cosas. Por un lado, la ciudadanía presenta una dimensión jurídica que, en cuanto tal, sólo puede ser universal sin distinciones políticas o de otro tipo.⁵⁵⁴ La ciudadanía encierra una tensión hacia el reconocimiento universal, como la que opera en la praxis de los derechos humanos. Los derechos humanos están, en este sentido, modificando el rostro de la ciudadanía; quizá sean precisamente la causa de la crisis de la ciudadanía.

Los derechos humanos, en efecto, introducen un principio de no discriminación (de imparcialidad global o universal) en la distribución de los derechos.⁵⁵⁵ Por otro lado, los derechos humanos

⁵⁵³ No creo que la acepción jurídica de la ciudadanía pueda ser encuadrada como una relación formal de adscripción al ordenamiento jurídico, como sostiene D. Zolo (*cf. id.*, “Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico”, *Filosofia Politica*, 14, 1, 2000, p. 5).

⁵⁵⁴ Esta acepción jurídica de la ciudadanía se encuentra en D’Agostino, F., *Filosofia del diritto*, *cit.*, pp. 179 y 180. Costa ha mostrado que la idea de ciudadanía como contenedor de una serie tendencialmente abierta de derechos subjetivos se consolida a partir del siglo XVIII (Costa, P., “La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione archeologica”, en Zolo, D., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, *cit.*, p. 54). En realidad, la evolución de la ciudadanía comporta una apertura, tanto en su contenido —los derechos ligados a la ciudadanía—, como en la lógica expansiva de la igualdad de los sujetos.

⁵⁵⁵ Esta afirmación es evidentemente circular. En lugar de la “distribución de los derechos” se podría incluir la justicia, pero ésta está pensada, a su vez, como

confluyen en la determinación del contexto de la ciudadanía, orientándolo cada vez más hacia el desarrollo de los derechos. En la medida en que la ciudadanía se concibe como instrumental para la garantía de los derechos, se subordina, en cuanto bien, a la permanencia de sus efectos positivos en la tutela de los derechos.

El papel de la ciudadanía en la determinación de la identidad política de los individuos adquiere una connotación particular en la época moderna y contemporánea con relación al problema de la comunidad política y de la relevancia de la cuestión de la identidad personal. Reconocer a los otros como miembros de una comunidad y reconocer la inserción personal en una comunidad constituyen datos importantes en el proceso constitutivo de la identidad. La ciudadanía es uno de los ámbitos en que se expresa la personalidad del individuo. En última instancia, el derecho a la ciudadanía es el derecho a vivir y a realizarse en una comunidad política, el derecho a una condición de reconocimiento de la identidad.

No obstante, la ciudadanía en la acepción de la pertenencia presenta un límite estructural en la necesidad de ser pensada como una categoría *aut-aut*. O se pertenece o no se pertenece a la comunidad política. Si, en cambio, el bien jurídico tutelado por el derecho a la ciudadanía es la inserción en la comunidad política, o más precisamente, la participación (más que la pertenencia) a una comunidad política, entonces podemos pensar en ella como una cuestión de grado, es decir, la participación puede ser modulada.⁵⁵⁶

Parece claro que la idea de una comunidad política nacional homogénea y cohesionada,⁵⁵⁷ aunque en parte todavía vigente, ha cedido el paso a una visión diversa de la identidad política, diversa por la heterogeneidad de sus componentes, por la dinamicidad de

dirigida a la distribución de los derechos. De modo que prefiero dejar abierto el problema. Creo que algunas de las observaciones que hacemos a continuación pueden contribuir a clarificar la cuestión.

⁵⁵⁶ Sobre la idea de ciudadanía como geometría variable, *cfr.* Rodotà, S., *Reportorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

⁵⁵⁷ No necesaria pero históricamente ligada a la idea del carácter “cerrado” y “homogéneo” de la comunidad política, con la correspondiente idea de la ciudadanía “exclusiva”.

su método y por la riqueza de su contenido. Una cierta “porosity”⁵⁵⁸ de los confines políticos ha permitido, de hecho, la “contaminación” de la pretendida homogeneidad de las identidades nacionales. El énfasis sobre el carácter democrático de las instituciones políticas confiere un particular relieve a la participación efectiva, a la actividad política en sentido amplio,⁵⁵⁹ más que a la consideración del carácter “indisponible” del dato étnico cultural de la pertenencia: está adquiriendo relieve progresivamente el fenómeno de las pertenencias múltiples.⁵⁶⁰ El pluralismo de las posiciones culturales y valorativas se impone como un dato de hecho.⁵⁶¹ La comunidad política se configura, entonces, como lugar de integración, cooperación e interacción entre sujetos diversos. Ello no obsta a la consideración de que el derecho tutele el bien de vivir en una comunidad política. La mayor articulación y dinamicidad de las comunidades políticas no necesariamente crea problemas a la idea de ciudadanía. Como pertenencia a una comunidad política, la ciudadanía es un bien porque concurre a la construcción de la identidad personal, y eso puede sostenerse tanto en el caso de que la comunidad política sea considerada *instrumental* para el bien del individuo, como en el caso de que la comunidad resulte *esencial* para los individuos.⁵⁶² También en su acepción política, la ciudadanía no es un bien en sí: lo es como “bien de la pertenencia a la comunidad política”.

⁵⁵⁸ O’Neill, O., *Bounds of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 200 y 201.

⁵⁵⁹ Participación que se exterioriza según diversas modalidades y que no se identifica sólo en el ejercicio de los derechos políticos, sino incluso en muchos modos de intervenir en la gestión “política” de las organizaciones profesionales y de los agentes sociales.

⁵⁶⁰ Un ejemplo es el caso de los ciudadanos de la Comunidad Europea.

⁵⁶¹ Desde este punto de vista, son características determinantes de las comunidades políticas tanto el “hecho” del pluralismo (*cf.* Rawls, J., *Liberalismo político*, *cit.*, p. 47), como el “hecho” del multiculturalismo.

⁵⁶² Tanto en la perspectiva liberal (*cf.* Kymlicka, W., *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 162-181), como en la perspectiva comunitarista (*cf.* Sandel, M., *Liberalism and The Limits of Justice*, *cit.*, 179-183).

Aquí nos interesa analizar el problema de la *distribución* de la ciudadanía a partir de la constatación de que es un bien. El problema específico suscitado por la estructura de la ciudadanía es que constituye contemporáneamente tanto una *condición* de distribución como un *bien* a distribuir. En un contexto altamente pluralista, una teoría de la justicia debe asegurar una distribución imparcial de los bienes y los derechos y, por tanto, hará falta examinar si y cómo esta exigencia pueda afectar también a la ciudadanía.⁵⁶³ No volveremos sobre los diversos significados que las teorías de la justicia atribuyen a la imparcialidad, sino que intentaremos individuar uno que ilumine el problema de la ciudadanía y que de algún modo supere la irrenunciable parcialidad de la política.

Como punto de partida podemos indicar dos orientaciones en la relación entre imparcialidad y justicia distributiva. Según una primera hipótesis, podemos definir la imparcialidad como una consecuencia de la justicia distributiva. Si queremos ser justos, debemos ser imparciales. La imparcialidad es una cualidad perteneciente a la justicia, cualidad que puede ser predicada de los individuos o de procedimientos (del método), del mismo modo que la parcialidad es la injusticia en el plano de la justicia distributiva. En este sentido, la imparcialidad es *manifestación o expresión* de la justicia.

La segunda hipótesis considera que la imparcialidad *es el fundamento* de la justicia,⁵⁶⁴ es decir, que la origina. Eso es posible de dos modos. O porque es un punto de partida o porque la imparcialidad es una meta, un ideal, un punto de llegada. Conectando estos significados con el problema de la ciudadanía podemos llegar a implicaciones que confirman las conclusiones teóricas expuestas hasta ahora a propósito de la imparcialidad. El interrogante al que queremos responder es el siguiente: ¿qué sucede si consideramos

⁵⁶³ O'Neill, S., *Impartiality in Context. Grounding Justice in a Pluralist World*, Albany, State University of New York Press, 1997, p. 2.

⁵⁶⁴ Utilizo el término "fundamento" en sentido amplio. Véase, por ejemplo, Ferrara, A., *Justice and Judgement, cit.*, pp. 202-230. El autor sostiene la centralidad de la imparcialidad en la determinación del juicio de justicia. También éste es un modelo de imparcialidad como fundamento.

la imparcialidad como punto de llegada para la “justicia” de la ciudadanía?

2. *Ciudadanía y políticas migratorias*

La distribución de la ciudadanía presenta algunos perfiles problemáticos a la vista de la complejidad del fenómeno de la inmigración.⁵⁶⁵ Para captar, en todo su alcance, el problema de la distribución de la ciudadanía hay que considerarla conjuntamente con las políticas de inmigración, o sea, con los criterios de extensión de la ciudadanía y de los derechos y bienes a ella conectados. El problema es todavía más complejo en las naciones que son destino de la inmigración. Que las políticas de inmigración tengan que ver con la extensión de las ventajas de la ciudadanía emerge también del hecho de que no existe un control especular sobre la emigración.

Si partimos de la exigencia de imparcialidad, cabe preguntarse cómo se puede justificar esta forma evidente de parcialidad que se basa en la autopreferencia por los miembros de la comunidad política (preferencia entre sujetos a incluir o excluir), que está presente en las políticas estándar de inmigración y que —cosa bien frecuente— permite establecer diferencias entre los eventuales candidatos a la ciudadanía. Junto a la cuestión radical de admisibilidad de las políticas de ciudadanía, resulta también problemática, desde el punto de vista de la justicia, la valoración de los parámetros con base en los cuales se atribuye la ciudadanía o transmite en los procesos de nacionalización.

En un primer momento, desde el punto de vista empírico, puntualizaremos, de manera necesariamente limitada y selectiva, algunos aspectos sobresalientes del problema de la justicia e injusticia de la ciudadanía en función de algunos estándares comunes,

⁵⁶⁵ Nuestra época ha sido definida contemporáneamente como el tiempo de los derechos: *L'età dei diritti* (N. Bobbio, *cit.*) y la edad de las migraciones: *The Age of Migration* (S. Castles y M. K. Miller, Londres, Macmillan, 1993).

individuos a partir de la normativa vigente en algunas de las naciones más representativas como meta de la inmigración.⁵⁶⁶ Después de haber mostrado la radical parcialidad de la ciudadanía, desde el punto de vista teórico, nos proponemos delinear “un paradigma distributivo de la justicia”, que permita afrontar con imparcialidad nuestro tema y que nos obligará a desplazarnos al plano de la justicia internacional.⁵⁶⁷

La ciudadanía constituye un criterio de distinción entre los miembros de una comunidad política y los extranjeros. Por “extranjero” entendemos aquel que no es ciudadano (porque pertenece a otra comunidad política o porque carece de ella). El problema de la justicia en la ciudadanía consiste en justificar esta distinción, puesto que la diversidad de estatus legitimaría una disparidad de tratamiento. Es importante notar que puede hablarse de disparidad donde existen los “pares”. En este sentido, una vez más, la ciudadanía se articula como convergencia dialéctica entre derecho y política. El derecho, como relación interpersonal, lleva a los sujetos a reconocerse como pares.⁵⁶⁸ La política lleva a la distinción entre “dentro” y “fuera” y, por tanto, a introducir una “disparidad”. La ciudadanía, pues, constituye una razón de parcialidad.

⁵⁶⁶ Con esta finalidad debo subrayar que mi interés no es principalmente de carácter empírico y que las consideraciones que haré derivan del estudio de Coleman, J. L. y Harding, S. K., *Citizenship, the Demands of Justice, and the Moral Relevance of Political Borders* (contenido en el volumen Schwartz, W. F. (ed.), *Justice in Immigration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995), que comprende el examen de una muestra de ocho naciones (Estado Unidos, Canadá, Inglaterra, Alemania, Francia, Suecia, Israel y Japón), a las cuales he añadido un análisis de la legislación italiana (a la luz de la Ley de 6 marzo de 1998, n. 40) y de la española (principalmente la Ley orgánica 4/2000 que desarrolla los artículos de la Constitución dedicados a este problema y la Ley orgánica 8/2000, que ha reformado la 4/2000).

⁵⁶⁷ No puedo afrontar aquí el problema de las condiciones de posibilidad de una justicia distributiva internacional. Remito al trabajo de Beitz, C. R., *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1979, parte tercera, y a Beitz, C. R. et al. (eds.), *International Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 1985, parte quinta.

⁵⁶⁸ Cfr. D'Agostino, F., *Diritto e giustizia*, Milán, San Paolo, 2000, p. 10.

La parcialidad de la ciudadanía no excluye, sin embargo, la presencia de la imparcialidad en la distribución de derechos y de bienes a ella vinculados. En un primer sentido, los bienes serán distribuidos entre los ciudadanos de manera imparcial, en la medida en que se apliquen coherentemente las reglas vigentes dentro de la comunidad política. En segundo lugar, la parcialidad de la ciudadanía no excluye tampoco la imparcialidad que se predica en cuanto generalidad de las reglas, o sea, que incluyen a todos (y sólo) los sujetos que responden a los parámetros establecidos por ellas. De ahí que la distinción entre ciudadanos y no ciudadanos se presente como una *regla parcial*, pero no en cuanto a la modalidad de aplicación (es imparcial si se aplica de modo coherente), ni en cuanto al carácter general de la regla (es imparcial si incluye a todos los individuos afectados).

La parcialidad de la ciudadanía proviene, lógicamente, de su precedencia respecto a “toda” distribución de derechos u otros bienes. Es decir, la distribución “imparcial” de derechos y de bienes vinculados a la ciudadanía se fundamenta sobre una razón “parcial”: la previa condición de ciudadanía. No podemos afirmar, pues, que la imparcialidad esté en la base —sea el fundamento— de la justicia, ni tampoco que caracterice el método.

En realidad, el problema de la ciudadanía no es un problema de justicia sino de elección política. Las políticas de ciudadanía resultan discrecionales porque pertenecen a la libre autodeterminación de las comunidades políticas. Pero esta respuesta no nos satisface. Pretendemos sostener que la ciudadanía, puesto que es un bien, debe ser distribuida de modo imparcial y que las políticas de ciudadanía pueden ser regidas por el principio de imparcialidad.

Examinando la ciudadanía y las políticas de inmigración debemos valorar dos aspectos: sobre qué criterios se apoya la distribución de la ciudadanía y cómo se distribuye el derecho de acceso.

La atribución de la ciudadanía proviene generalmente del nacimiento.⁵⁶⁹ Cada nación, a través de las políticas de inmigración, establece las condiciones por las cuales los *outsiders* pueden convertirse en *insiders* y pasan a integrar el grupo de los ciudadanos. Es también posible cambiar de ciudadanía (de nacionalidad), de modo que el problema de la relación entre justicia y ciudadanía se articula en diversos niveles: la atribución de la ciudadanía, la modificación de la ciudadanía y las políticas de extensión de la ciudadanía. La modificación de la ciudadanía (nacionalidad), aun siendo objeto de un derecho humano fundamental,⁵⁷⁰ está vinculada a la atribución y a las políticas de extensión de esa ciudadanía: depende de ellas.

Ya dijimos que el problema de las políticas de extensión de la ciudadanía es muy complejo en aquellos países hacia los que se orienta el flujo migratorio. Esto se debe a que la ciudadanía no es sólo causa de distinción entre ciudadanos y no ciudadanos, sino también entre ciudadanos *de este país y de otro país*. En general, el inmigrante se desplaza a la búsqueda de una situación mejor. Obviamente, los movimientos migratorios son muy diversificados y las exigencias y situaciones de los inmigrantes son diferentes: no siempre están interesados en la nacionalización; hay residentes permanentes y temporales, viajeros y trabajadores. La confrontación más relevante para este problema es la de ciudadanos y “aspirantes” a la ciudadanía.

La ciudadanía se confiere tradicionalmente según los criterios del *jus soli* y del *jus sanguinis*. Las eventuales reclamaciones de

⁵⁶⁹ Sería mejor hablar de “reconocimiento” de la ciudadanía en lugar de atribución o adscripción, y esto por dos motivos: en primer lugar, porque ya dijimos que existe un derecho a la ciudadanía; en segundo lugar, porque los criterios con base en los cuales se reconoce son “dados”. Utilizo la expresión “atribución”, a pesar de todo, porque ahora nos interesa describir las dinámicas de la ciudadanía.

⁵⁷⁰ Artículo 15, punto 2, *Declaración Universal de Derechos Humanos*: “Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. En el siglo XVI, había defendido los derechos de inmigración, de residencia en otros territorios y de cambiar de nacionalidad, Vitoria, F. de, *Relectio de indis*, Madrid, C.S.I.C., 1967, I, 3, 1-4.

ciudadanía se conectan a la reivindicación de los datos relativos a estos criterios. Sólo en casos muy raros se contempla la posibilidad de que por otras razones, por ejemplo, religiosas, en ausencia de vínculos de parentesco o territorialidad, sea acogida una solicitud de ciudadanía. Aun siendo fundamental la referencia al criterio territorial y al parentesco, existe un caso en que la ciudadanía se concede también a quien nace en el territorio nacional: es el relativo a la posibilidad de quedar “sin Estado”, garantizándose de este modo el derecho humano fundamental a tener una ciudadanía (nacionalidad).⁵⁷¹ No obstante, la ciudadanía, desde el punto de vista de los ordenamientos estatales, no presenta caracteres de permanencia (se contempla su modificación y eventual denegación) ni tampoco de necesidad, ya que no se excluye la hipótesis del apatriamiento (que suele ser motivo para acudir al derecho de asilo). Tampoco la Declaración Universal de Derechos Humanos resulta definitiva desde este punto de vista: el derecho universal a la ciudadanía (nacionalidad) no constituye un derecho irrenunciable.⁵⁷² Se podría sostener que la ciudadanía es, aquí y ahora, razonablemente necesaria. Como dijimos, desempeña un papel crucial en la comunidad política, sea para la constitución de la identidad personal, sea como mecanismo de protección de los derechos.

Entre las diversas situaciones de los inmigrantes la posición más cercana a la de ciudadano es la de “residente permanente” y esa eventual diferencia entre ciudadano y residente permanente resalta bien la parcialidad de la ciudadanía. La posición de estas figuras dentro del Estado es relativamente semejante: en general, son trabajadores con medios suficientes para mantenerse, en situación de legalidad y, en cierto modo, integrados en el tejido social. Pero, aun participando de gran cantidad de bienes asignables al ciudadano, existen diferencias respecto a estos últimos.

⁵⁷¹ Según el punto 1 del artículo 15, antes citado: “toda persona tiene el derecho a una nacionalidad”.

⁵⁷² Es dudoso, por otra parte, que se pueda atribuir al artículo 15 el significado de un derecho a la identidad.

En cuanto a los principales servicios de emergencia, no hay diferencia sustancial entre ciudadano y residente. La atención médica de urgencia se garantiza a todos (prescindiendo incluso de la legalidad de su situación), así como el derecho a la educación que, aun no siendo un servicio de emergencia, está reconocido como derecho fundamental. El disfrute de otros recursos socioeconómicos, por ejemplo, subsidios para vivienda, otro tipo de servicios médicos o subsidios por desempleo, varía según cada Estado. En general, el acceso a estos recursos está vinculado a un periodo de residencia determinado, pero está al alcance de los residentes temporales y de los permanentes. No debemos olvidar que la residencia permanente, en general, se concede tras un periodo, más o menos largo, de residencia temporal.

Respecto al empleo, los residentes permanentes tienen acceso a casi todo tipo de trabajo pero están excluidos de algunos puestos en el ámbito público, ligados al ejercicio de cargos de poder.⁵⁷³ El motivo de esta restricción radica, en última instancia, en que la condición de no ciudadanos no permite presumir su lealtad al Estado.⁵⁷⁴

Los derechos de participación política a nivel nacional están exclusivamente vinculados a la ciudadanía, aunque en muchos países algunos derechos políticos se han extendido también a los residentes. Así, el derecho al voto se ha extendido a los residentes en las elecciones administrativas de países como Holanda, Suecia y países de la Comunidad Europea, aunque limitado a los ciudadanos de la comunidad.⁵⁷⁵ En algún caso —por ejemplo en los Estados Unidos— otras formas de participación política están también ga-

⁵⁷³ Hay excepciones entre los países que estamos considerando: por ejemplo, en Japón las restricciones para los residentes permanentes son mayores (tienen limitada su posibilidad de cuota en las telecomunicaciones, de licencias de radio, etcétera).

⁵⁷⁴ Brubaker, W., "Membership without Citizenship: The Economic and Social Rights of Noncitizenship", en Brubaker, W. (ed.), *Immigration and The Politics of Citizenship*, Nueva York, University Press of America, 1989, p. 152.

⁵⁷⁵ Dentro de la comunidad europea los ciudadanos de todos los países miembros tienen derechos políticos en las administraciones locales y en las elecciones al Parlamento europeo.

rantizadas, por ejemplo, el derecho a participar en las políticas industriales. Por otra parte, al residente permanente, en general, no se le excluye de otros derechos como la libertad de expresión y asociación, estrechamente conectados con la libertad política. En última instancia, la exclusión de los puestos de responsabilidad y de los derechos políticos a nivel nacional (no participación en la determinación de la voluntad de la comunidad política) comportan que los no ciudadanos se encuentren en una situación de *súbditos* respecto a los *ciudadanos*.⁵⁷⁶ Esto es particularmente evidente en el caso de los trabajadores residentes, que viven como ciudadanos, están habitualmente integrados en el tejido legal y social y contribuyen a la economía.⁵⁷⁷ Estamos aquí ante una primera manifestación de discriminación.⁵⁷⁸

Toda legislación sobre políticas de inmigración prevé las condiciones de restricción, de expulsión (administrativa o sustitutiva de una pena privativa de libertad) y también las de residencia permanente. Una diferencia importante, pues, entre el ciudadano y el ex-

⁵⁷⁶ Según la distinción de Jellinek, el *status civitatis* se refiere a la garantía de las pretensiones positivas (derechos a algo) y a los mecanismos jurídicos para su realización (competencias). El núcleo del estatus positivo es el reflejo del negativo: el derecho del ciudadano a las acciones estatales. El estatus de la ciudadanía activa se refiere a las competencias relativas a la formación de la voluntad estatal. *Cfr.*, para una discusión sobre la teorías de los estatus a la luz de los derechos fundamentales, Alexy, R., *Theorie der Grundrechte, cit.*, cap. 5.

⁵⁷⁷ Walzer paragona estos sujetos a los *metecos* atenienses (*cfr.* Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad, cit.*, pp. 67-73).

⁵⁷⁸ Emerge aquí una tensión entre dos conceptos de ciudadanía: el ligado a las raíces culturales y familiares y el ligado a la participación efectiva. En general, el ciudadano de otro país, aunque trabaje establemente y asuma las cargas del Estado de acogida (pagando impuestos), participa sólo en la política local pero no en la nacional. Sin embargo, incluso no estando presente ni contribuyendo a sostener las cargas en su país de origen, allí sí expresa un juicio relativo a la orientación política general de su nación. Por coherencia con un concepto participativo de la ciudadanía, debería ejercer plenamente sus derechos en el país en el que está presente activamente. La situación descrita manifiesta, en cambio, una suerte de privilegio cultural en el país de origen que se refleja, además, como discriminación en el país de acogida.

tranjero (razón de discriminación frente al no ciudadano) se encuentra en el derecho del ciudadano de libre salida y entrada y a su inmunidad frente a la expulsión: datos no irrelevantes ni de trascendencia menor.

En definitiva, muchos derechos “fundamentales” se garantizan a todos: en el derecho a la asistencia sanitaria y servicios de primera necesidad no hay diferencias entre ciudadanos y no ciudadanos (muchas veces se incluye también a los clandestinos). Sin embargo, continúa la diferencia esencial relativa a algunos bienes que sólo son garantizados por el estatus de ciudadano. En particular, en la mayor parte de los países están ligados a la ciudadanía el derecho al empleo en algunos sectores (cargos públicos), los derechos de participación en la formación de la voluntad política, el derecho de libre circulación permanente y la inmunidad de expulsión. De estos datos podemos deducir una tendencia a garantizar para todos sólo algunos derechos “sociales” (prestaciones básicas esenciales) y, al mismo tiempo, una limitación de los derechos de libertad (algunos fundamentales como el derecho de libre circulación y de participación). Quizá la diferencia se encuentra en la tendencia de los derechos a garantizar las condiciones básicas de la existencia.⁵⁷⁹ Debemos señalar que los derechos humanos tienden a corregir o reequilibrar de algún modo la parcialidad de la ciudadanía y por ello presentan una tensión hacia la imparcialidad, sin la limitación de los confines de la comunidad política. La *extensión de los derechos*, o de algunos derechos, no se corresponde exactamente con la *extensión de la ciudadanía*, no sólo porque algunos derechos no son reconocidos, sino también porque no se reconoce la pertenencia, que es el título para los derechos.

⁵⁷⁹ A este fin resultan más adecuados los derechos sociales, que en este sentido tendrían prioridad sobre los derechos de libertad. Pero esta respuesta no es satisfactoria. ¿Es realmente cierto que la libertad sea menos importante que la salud? ¿No es la salud misma un auténtico derecho de libertad? Quizá sea necesario incluir los unos sin excluir los otros. *Cfr.* Cheli, E. (ed.), *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Padua, Cedam, 1990.

El derecho de entrada, también para los refugiados —que, como veremos, está garantizado en mayor medida—, no es en ningún caso un derecho incondicionado: existen condiciones relativas a la salud, la higiene y la seguridad, que son aplicables a todos los eventuales candidatos. Las políticas de inmigración de los países desarrollados muestran ciertos criterios comunes (algunos estándar) que delatan determinadas preferencias entre los candidatos a la entrada, lo que significa que la parcialidad de la ciudadanía se manifiesta también en esas políticas de extensión.

En primer lugar existen preferencias con relación a la procedencia. Entre diversas opciones, en efecto, hay acuerdos bilaterales o multilaterales que facilitan cierto tipo de desplazamientos: pensemos en la circulación dentro de la Comunidad Europea, en la *Nordic Community*, o en los acuerdos entre algunos países ligados por vínculos históricos, culturales o políticos (Australia y Nueva Zelanda, Francia y Argelia, Inglaterra y Países de la *Common Wealth*, España e Iberoamérica). Pueden observarse aquí notables diferencias con respecto a los países que todavía poseen una idea fuerte de nación, fundada sobre una identidad étnica y cultural (Alemania, Israel y Japón). Sus políticas se dirigen a dificultar la nacionalización y a tutelar el derecho de adquisición de la ciudadanía únicamente por parte de quienes pertenecen a la misma unidad étnica, cultural y religiosa.

Un segundo criterio de preferencia, esta vez general, se refiere a las familias de los ciudadanos, de los nacionalizados o de los refugiados. En todos los países estudiados, los familiares directos de residentes, temporales o permanentes, tienen garantizada la entrada, al menos teóricamente, en calidad de derecho.⁵⁸⁰ La motivación de esta preferencia, ampliamente condividida, está en la tutela de una condición de desarrollo considerada necesaria para el ser humano: la de su inserción estable en una comunidad familiar.

⁵⁸⁰ Lo que viene recogido en la nueva ley italiana como “el derecho a la unidad familiar” (artículo 26).

En tercer lugar, también en naciones con cuotas limitadas de inmigración, los refugiados y aquellos que demandan asilo pueden entrar y establecerse. Como ya dijimos, un modo de evitar la situación de parcialidad de la ciudadanía consiste en extender progresivamente los derechos humanos vinculados a ella. El caso de los refugiados muestra que no siempre basta con la extensión de los derechos de ciudadanía: ellos, en efecto, tienen necesidad también de un título de pertenencia.⁵⁸¹

Existen mayores diferencias en las diversas legislaciones sobre inmigración en las cuestiones relativas a los trabajadores. La situación de los trabajadores inmigrantes es peculiar: para tener un permiso de trabajo, se exige tener ya un trabajo asegurado en el lugar de destino y, en general, se trata de permisos temporales y restrictivos. La política de inmigración de la mayor parte de los países europeos, por ejemplo, es la de admitir como potenciales residentes permanentes sólo a los refugiados y a las familias de ciudadanos o residentes permanentes, mientras que en otros países, como Estados Unidos o Canadá, también los trabajadores residentes pueden llegar a ser permanentes.⁵⁸²

En conclusión, se puede decir que la ciudadanía y las políticas de extensión de la ciudadanía manifiestan preferencias respecto de algunas categorías: ciudadanos sobre extranjeros, procedentes de países vinculados por historia, política o cultura frente al resto, familias de ciudadanos y nacionalizados y los refugiados respecto a quienes no expresan esa preferencia en el país de acogida.

3. *¿Principios externos de distribución?*

Los criterios de atribución y de extensión de la ciudadanía y de los derechos de acceso a ella admiten una cierta clasificación. Pue-

⁵⁸¹ Esto tiene mucho que ver con el principio de vigencia de la soberanía de los Estados como límite a las eventuales actuaciones de los organismos internacionales.

⁵⁸² A los trabajadores no especializados les está prohibida la entrada en Japón (cfr. Coleman, J. L. y Harding, S. K., *Citizenship, the Demands of Justice, and the Moral Relevance of Political Borders*, cit., p. 25).

den denominarse principios de distribución “externos”,⁵⁸³ en el sentido de que regulan el acceso a la distribución de los beneficios de los que es portadora la ciudadanía. Mientras que en el ámbito interno la ciudadanía sigue la regla de la imparcialidad, los criterios externos son claramente discriminatorios.

La atribución de la ciudadanía según el *jus soli* y el *jus sanguinis* responde a criterios fácticos que pivotan sobre un factor de *afinidad* o *proximidad*. El nacimiento en el territorio o de padres ciudadanos de una comunidad política son el resultado de la lotería natural, sin embargo, también la pertenencia a esta o a aquella comunidad política presenta diferencias, en muchos casos sustanciales. La reglamentación de la ciudadanía depende de los que *ya* forman parte de la comunidad política en cuestión. En las comunidades políticas democráticas son, en efecto, los sujetos que *ya* pertenecen a ellas los que deciden quienes eventualmente pueden pasar a formar parte. El criterio de la *afinidad* se utiliza para las políticas de extensión de la ciudadanía y así dar preferencia a los ciudadanos provenientes de países vinculados por cultura o historia, y dar también un trato preferente de acogida a las familias de los ciudadanos y residentes permanentes. Estamos ante un criterio que refuerza la parcialidad. En el fondo, el problema se reconduce a la cuestión ética de las “relaciones especiales” y del modo en el que ellas generan deberes de justicia.⁵⁸⁴

La preferencia que justifica la acogida de refugiados se funda, en cambio, sobre un criterio diverso: las consecuencias negativas que se derivarían de su eventual no admisión: una situación de precariedad o de injusticia. Con la excepción del caso en que la comunidad política de destino haya contribuido a los problemas de la comunidad de origen de los inmigrantes —en cuyo caso la acogida sería un exigible deber de reparación— el criterio para justificar la acogida de refugiados es el de ayuda en caso de necesidad o princi-

⁵⁸³ La expresión se encuentra en Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, cit., p. 49.

⁵⁸⁴ En el terreno ético habíamos visto que el principio de imparcialidad no es autosuficiente, pero que tampoco es posible que no se dé.

pío de *beneficencia*: “principio de ayuda recíproca” tal y como ha denominado Rawls al principio kantiano de beneficencia.

Rawls sigue a Kant a la hora de sugerir que el motivo para la ayuda recíproca “consiste en la posibilidad de que se verifiquen situaciones en las que necesitamos la ayuda de los otros y el no reconocer este principio significaría privarnos de su apoyo”.⁵⁸⁵ Estamos una vez más ante el problema del riesgo real, que está en la base del mecanismo del velo de la ignorancia. Pero, entonces: ¿la eventual imposibilidad de que se verifique una situación de reciprocidad impediría la validez de este principio?

En realidad, este resultado contradictorio queda mitigado en Kant por la convicción de que, siendo cada sujeto un fin en sí mismo, es necesario que “sus fines sean, en la medida de lo posible, también mis fines”.⁵⁸⁶ Esta segunda razón permite entender mejor que el principio de la ayuda en caso de necesidad puede incluir también la obligación de ayuda unilateral. Al menos, en situaciones de indigencia, la ausencia de reciprocidad —que yo no pueda ponerme en lugar del otro— no es motivo suficiente para excluir un deber de ayuda. Una vez más, la imparcialidad —desde el punto de vista moral y político— no coincide exacta y completamente con la reciprocidad o la intersubjetividad propias de la imparcialidad-justicia. Podría haber razones para ser imparcial, incluso pensando que el otro no pueda o no deba ser imparcial respecto a nosotros. En ese caso la imparcialidad-objetividad corregiría a la imparcialidad-justicia en la acepción de reciprocidad.⁵⁸⁷

No es tampoco suficiente contestar la validez del principio de ayuda recíproca apelando a eventuales consecuencias negativas (abundante afluencia de refugiados) o a la dificultad de aplicación (imposibilidad de distinguir entre quienes piden asilo y quienes

⁵⁸⁵ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 283.

⁵⁸⁶ Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 89.

⁵⁸⁷ En realidad, esto resulta claro si consideramos que la imparcialidad se refiere necesariamente a la justicia distributiva. La exclusiva consideración de la conmutatividad de la justicia podría justificar, en cambio, el criterio de la reciprocidad.

realmente podrían pedirlo):⁵⁸⁸ no está dicho en ninguna parte que una exigencia, por el hecho de que sea difícil, no sea exigible.

Querría insistir también sobre el hecho de que el principio de beneficencia en relación con la acogida de refugiados, no se plantea como un problema de “relaciones especiales”, es decir, la preferencia del semejante o cercano frente al diferente o lejano. El principio de acogida de refugiados realiza una preferencia en razón de la injusticia que se pretende evitar y no en razón del privilegio de la semejanza.

Existe otro principio que se va abriendo camino en la distribución de la pertenencia,⁵⁸⁹ que es el de la inclusión.⁵⁹⁰ Como “principio de justicia política” dispone que

los procesos de autodeterminación, a través de los cuales un Estado democrático organiza la vida interna, deben ser abiertos e iguales para todos los hombres y todas las mujeres que viven en su territorio, trabajan en la economía local y están sujetos a las leyes locales”.⁵⁹¹

Ciertamente, ese podría ser un criterio de justicia aplicable a los residentes permanentes. No obstante, si tenemos en cuenta que la nacionalización o la residencia, permanente o temporal, están limitadas por políticas de acceso, una vez más la aplicación del principio de inclusión dependerá de aquéllas. Este principio podría constituir una solución parcial frente a la condición de *subditos* de los residentes permanentes, tanto más si se constata la relevancia de la comunidad para el individuo y, por tanto, si se tiende a confi-

⁵⁸⁸ Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, cit., p. 73.

⁵⁸⁹ Según una idea de igualdad compleja, cada una de las esferas de distribución está caracterizada por criterios diversos (cfr. Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, cit., pp. 19-48).

⁵⁹⁰ Cfr. también Habermas, J., *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, trad. de J. C. Velasco y G. Vilar, Barcelona, Paidós, 1999; O'Neill, O., *Bounds of Justice*, cit., pp. 168-202.

⁵⁹¹ Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, cit., p. 78.

gurar el derecho a la ciudadanía como un derecho a la identidad y a su realización.

El punto crucial de la cuestión está en si el “principio de inclusión” constituye un principio de justicia (no sólo un principio moral) en el sentido de que es un acto debido a un “par”.⁵⁹² La respuesta será negativa si se sostiene que

la distribución de la pertenencia no está completamente sujeta a vínculos de justicia. En función de una amplia gama de decisiones, los Estados son libres de acoger (o no) a los extranjeros... La admisión y la expulsión constituyen el núcleo de la independencia de una comunidad e indican el significado más profundo de la autodeterminación.

No obstante, la “moralidad” del derecho de exclusión es, cuanto menos, incoherente con la afirmación de que “en la esfera de la pertenencia la autodeterminación no es absoluta”.⁵⁹³

Antes de concluir, conviene examinar una última objeción precedente de quienes no reconocen al Estado o a la comunidad ninguna competencia en la distribución considerando que, una vez adquirido legítimamente un bien por parte de alguien, es injusto interferir en ello.⁵⁹⁴ Contra estas teorías, anarcocapitalistas, es posible replicar que el hecho mismo de disponer de bienes ya es motivo suficiente para tener deberes de justicia distributiva hacia los demás. La situación de que un sujeto posea un bien lo coloca en una posición de responsabilidad que crea deberes respecto de terceros. El fundamento de esta hipótesis es una suerte de copertenencia, interdependencia y solidaridad entre los sujetos, que se expresa muy bien en la dimensión de la imparcialidad como inter-

⁵⁹² Queda claro que la justicia puede englobarse dentro de la moralidad. Tampoco hay duda de que la moralidad se refiere al ámbito del deber. Pero lo que caracteriza a la justicia es la obligación intersubjetiva.

⁵⁹³ Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, cit., pp. 79-86. Paradójicamente, Walzer, que es amigo de la idea de la relevancia moral de comunidad política, sostiene, en cambio, que los criterios de inclusión son fruto de decisiones discrecionales.

⁵⁹⁴ El ejemplo más significativo es Nozick, R., *Anarchia, Stato, Utopia*, cit.

subjetividad.⁵⁹⁵ La ciudadanía, que permite obtener una ventaja, es razón suficiente para justificar el deber de sus titulares frente a quienes no gozan de ella. La eventual intervención redistributiva del Estado no es necesariamente y siempre coercitiva e injustificada: podría responder también a una obligación primaria de sancionar y hacer coercitivamente obligatorio el respeto de eventuales deberes de justicia distributiva que el titular ya tenía.

La consideración de estos principios nos permite dar forma a la pregunta final sobre la ciudadanía: ¿cómo se puede producir la distribución imparcial del bien de la ciudadanía? No tengo una respuesta clara, pero querría apuntar algunas consideraciones que nos permiten aproximarnos al tema y que resultan adecuadas al análisis de la imparcialidad en el ámbito político.

4. *La insuficiencia de la justicia distributiva como justicia “política”*

El problema de la ciudadanía queda “fuera” del contexto de la justicia cuando la generalidad de la ley (o su contenido específico) determinan la clase de individuos entre los que hay que distribuir. Una vez identificado el grupo de los ciudadanos, la ciudadanía se rige por imparcialidad intrasistemática. El problema radica entonces en “la primera y más importante de las cuestiones distributivas: ¿cómo se constituye este grupo?”.⁵⁹⁶ Es necesario, en todo caso, resistir la tentación de no someter las políticas de la ciudadanía a una valoración de justicia, especialmente, después de haber mostrado que los criterios de distribución de la ciudadanía son portadores de una fuerte parcialidad.

Las vías que se abren son curiosamente paradójicas. Podemos distinguir dos modelos principales de justicia política: el que encuadra los problemas de justicia dentro de las comunidades políti-

⁵⁹⁵ Remitimos otra vez a la tercera parte del trabajo de Beitz, C. R., *Political Theory and International Relations*, cit.

⁵⁹⁶ Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, cit., p. 48.

cas (lo que existen son comunidades políticas y bienes para distribuir entre quienes pertenecen a ellas), y aquel que llamaremos “cosmopolita” (lo que existen son individuos y bienes para distribuir entre ellos). En el primer modelo se da por descontada la existencia de límites en la comunidad política y el hecho de que los bienes de esa comunidad se distribuyen en su interior. El dominio de la justicia coincide con su fuente.⁵⁹⁷

El modelo cosmopolita nos permite encuadrar el problema de la distribución fuera de los límites de las naciones y de las comunidades: en definitiva, en la concepción cosmopolita las fronteras carecen de relevancia política, en sentido estricto, o moral, resultando inútiles para resolver el problema de la justicia en la ciudadanía.⁵⁹⁸ El modelo cosmopolita presenta, no obstante, un límite estructural: si se ignora el dato de que la propia pertenencia es un bien y se afirma que las fronteras son irrelevantes, la justicia de la ciudadanía no puede afrontarse como problema.

En cambio, la dimensión cosmopolita muestra su utilidad bajo la óptica jurídica. El cosmopolitismo de los derechos humanos no es político o moral, sino jurídico. Su fuerza y “debilidad” radican precisamente en su “permeabilidad” respecto a las diversas comunidades políticas, precisamente por ello introducen un principio de no discriminación (imparcialidad) en la distribución de los bienes, cualesquiera que sean. En ese sentido, la implementación de los derechos humanos es un primer elemento de equilibrio —imparcial— sobre las diferencias de la ciudadanía.

Previamente, habíamos sostenido que los dos problemas de la justicia distributiva son el de la determinación de la *totalidad de los individuos entre los que se debe distribuir* y el de *qué cosa hay que dividir*. Dividir remite a una cierta noción de agrupación (algo que está unido), que puede ser, a su vez, un dato de partida o un punto de llegada. Esta previa “agrupación” manifiesta la igualdad

⁵⁹⁷ Coleman, J. L. y Harding, S. K., *Citizenship, the Demands of Justice, and the Moral Relevance of Political Borders*, cit., p. 36.

⁵⁹⁸ El cosmopolitismo propone un “social world as composed of persons” (Beitz, C. R., “Rawls’s Law of Peoples”, *Ethics*, 110, 2000, p. 677).

prima facie, o sea, la inexistencia de razones para establecer *a priori* a quién corresponde gozar o hacerse cargo de algún elemento de lo que está agrupado: es decir, la prohibición de asignaciones o divisiones arbitrarias. Existe una dimensión ulterior de la igualdad que destaca no tanto la unicidad (en el sentido de generalidad) de los sujetos a los que se debe distribuir, sino a la igualdad en el *destino*. El segundo principio de justicia de Rawls —el principio de diferencia— según el cual “las expectativas de quienes están en una mejor situación son justas si, y sólo si, funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad”,⁵⁹⁹ es expresión de esta instancia. El principio de diferencia constituye una medida y un límite a la situación resultante de la distribución entre sujetos, teniendo en cuenta que “representa, en efecto, un acuerdo considerar la distribución de las dotes naturales como un patrimonio común”.⁶⁰⁰ Aplicando este discurso a la ciudadanía, la pregunta es de qué modo ésta puede considerarse una diferencia en favor de los menos favorecidos.

Puesto que la ciudadanía es una cuestión “dada”,⁶⁰¹ las políticas de la ciudadanía deberían considerarse un “correctivo” de la eventual situación inicial —el *status quo* (más o menos injusto)— de su distribución.⁶⁰² En la medida en que las políticas de extensión de la ciudadanía incorporaran el principio de imparcialidad como principio de inclusión mejorarían la calidad de la distribución.

599 Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 77. Entre otros, han sugerido la extensión del principio de diferencia a la justicia internacional, Beitz, C. R., *Political Theory and International Relations*, cit., pp. 161-169, y Pogge, T. W., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989. *Contra* y sobre la base de una justificada autopreferencia por los propios nacionales, Føllesdal, A., “Global Justice as Impartiality: Whiter Claims to Equal Shares?”, en Coates, T. (ed.), *International Justice*, Aldershot, Ashgate, 2000, pp. 150-166.

600 Rawls, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 98.

601 El único control que puede pensarse es el control sobre la natalidad.

602 *Cfr.* Coleman, J. L. y Harding, S. K., *Citizenship, the Demands of Justice, and the Moral Relevance of Political Borders*, cit., p. 38.

En conclusión, hemos intentado delinear un paradigma de la justicia distributiva que supere los esquemas de la comunidad política estatal. Pero la alternativa no puede ser, simplemente, la elección del modelo cosmopolita si no es en clave jurídica. Los derechos humanos empujan hacia la superación de una justicia meramente estatal. La instancia causante del “principio de diferencia”, por otro lado, ofrece una sugerencia para interpretar la ciudadanía como una diferencia que debe distribuirse bajo el criterio de beneficiar a los menos favorecidos. ¿Es posible, entonces, hablar de imparcialidad en la distribución de la ciudadanía? La conclusión de nuestro discurso considera, como exigencia de justicia, que la imparcialidad sea un punto de llegada en relación con la ciudadanía y que sus diversos significados concurren a su progresiva actualización. La imparcialidad, como paradigma, sólo puede ser un fin que pasa a través de sucesivas y recurrentes superaciones de las distribuciones parciales.

Capítulo cuarto. La imparcialidad en la experiencia jurídica	291
I. Un valor del derecho	295
1. ¿Justicia procedimental?	298
2. Equidad e imparcialidad	304
3. La justicia natural y el derecho a la imparcialidad	311
4. La obligación de motivar	318
5. El pluralismo de las opciones	325
6. Las circunstancias del ejercicio del poder	329
II. Imparcialidad y administración pública	337
1. Modelos de imparcialidad administrativa	339
2. Interés general y bien común	346
3. Discrecionalidad e interés general	352
4. Deber de igualdad y finalidad de la administración	358
III. La imparcialidad “posible” del juez	360
1. Imparcialidad y poderes del juez	364
2. Discrecionalidad y arbitrio	372
3. El sujeto de la interpretación	375

CAPÍTULO CUARTO

LA IMPARCIALIDAD EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA

El estudio realizado en los capítulos precedentes ha puesto de relieve que la imparcialidad es una constante —en ocasiones problemática, ambigua y compleja, pero siempre central— en las teorías morales y políticas y, en general, en toda la reflexión sobre la justicia. La importancia de la imparcialidad hay que conectarla principalmente con la exigencia de tomarse en serio el pluralismo y, al mismo tiempo, de reconocer la “separabilidad” de las personas, que es la condición y el efecto reflejo del pluralismo. Ahora queremos dar un paso más y reconstruir en líneas generales el modo en que se articula la imparcialidad en la experiencia jurídica, a fin de captar su sentido y su estructura y de revelar sus eventuales diferencias respecto a la imparcialidad en la moral y en la política. Examinaremos la imparcialidad en *nuestro* tiempo, a partir de sus principales significados y reflexionando sobre las instancias en las que está presente.

Además de su conexión con la igualdad en el campo moral y ético, desde el punto de vista estrictamente jurídico, los elementos fundamentales de la imparcialidad —tal y como hoy se configura— provienen de la evolución de las ideas de derecho, ley y poder que caracterizan el paradigma jurídico occidental, sobre todo a partir de la codificación.⁶⁰³

La imparcialidad en el campo jurídico comporta dos dimensiones —la igualdad y el poder— que, a primera vista, parecen heterogéneas pero que siempre aparecen unidas allí donde aquella opera:

⁶⁰³ Remitimos a Tarello, G., *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976.

en el juicio jurídico. En sentido propio, el juicio jurídico consiste en *establecer*, es decir, determinar autoritativamente algo *como justo, igual, proporcionado o adecuado*. El juicio jurídico se expresa tanto en la determinación de la regla como en su aplicación y en la resolución del conflicto: esa es la finalidad propia de un juicio dotado de autoridad. De modo indirecto, la imparcialidad puede predicarse también de los sujetos que desempeñan una función autoritativa, de los procedimientos a través de los cuales se llega a un juicio jurídico y de quienes comparten o critican determinados juicios.

Su conexión con la dimensión autoritativa imprime una cualidad peculiar a la imparcialidad en la experiencia jurídica. Aquí el sujeto de la imparcialidad se distingue de otros porque sus actos son vinculantes; y ello no por las características del propio sujeto —ya que todos son iguales en principio, aunque algunos sujetos ejerzan la autoridad—,⁶⁰⁴ ni por sus disposiciones internas, sino por razón de una reglamentación que establece las funciones y modalidades de la tarea que el sujeto desempeña. En otras palabras, la imparcialidad no es fruto de una elección personal del individuo, como lo sería quizá si fuese una cualidad moral; es obra de una reglamentación que establece funciones y modalidades. El carácter institucionalizado hace a la imparcialidad autónoma respecto a la arbitrariedad de los sentimientos, a la buena voluntad o a las buenas disposiciones. El aspecto institucional le confiere un cierto carácter “cosificado”, objetivo y autónomo.

El carácter institucionalizado del juicio está conectado con la función específica de aplicación de las normas jurídicas, según la cual, toda determinación jurídica que quiera ser conforme a la norma, sólo puede “concretar” el sentido de la ley (general y abstracta).⁶⁰⁵ En general, esto vale también para la ley fundamental

⁶⁰⁴ La decisión democrática es “autovinculante”.

⁶⁰⁵ Curiosamente, la sola idea de poder crear derecho es rechazada por quienes no ejercen el Poder Legislativo. Recordando el pensamiento de Weber, Gadamer le da la razón cuando dice: “Sólo los profetas se han remitido a la ley vigente

—la Constitución— que representa el núcleo y la orientación normativa de todo el ordenamiento. Esto significa que, a través del juicio, la interpretación y la aplicación de la ley actualizan el ser del derecho. La relevancia de la imparcialidad proviene de su intervención en momentos “decisivos” para la producción del derecho.

A diferencia de lo que acontece en las teorías ético-políticas —donde existen posiciones y planteamientos críticos sobre la imparcialidad—, su centralidad en el derecho está fuera de toda duda y difícilmente se encuentra alguna teoría que la considere un disvalor. No obstante, se trata de un valor en particular difícil de aferrar porque en el derecho (al menos en una primera aproximación) prevalece la idea de que la imparcialidad se manifiesta fundamentalmente en forma represiva, o sea, a través de la denuncia de actos no imparciales. Por otra parte, la misma composición semántica de la palabra “imparcialidad” —ya lo señalamos— induce a considerarla como la negación de algo, precisamente negación de la parcialidad. Así se explica que la vía más adecuada para dar contenido y sentido a la imparcialidad sea partir de las manifestaciones de parcialidad. Existen muchas dificultades para una construcción “positiva” de su contenido y, por otra parte, está bastante extendida la convicción de que la imparcialidad sólo puede ser una garantía indirecta.

La primera cuestión relevante radica en determinar si existe sólo uno o son varios los conceptos de imparcialidad dentro de la propia experiencia jurídica. En principio pueden identificarse diversas formas de “parcialidad” en función del sujeto sobre el que recae la exigencia de imparcialidad. Así, por ejemplo, la injusticia como parcialidad puede afectar a la administración pública —don-

de modo realmente ‘creativo’. Para el resto, no es algo específicamente moderno, sino que, *objetivamente* considerado, es propio de todos los que practican ‘creativamente’ el derecho, sentirse *subjetivamente* sólo como expresión oral de las normas vigentes —eventualmente también latentes— o sus intérpretes y ejecutores, pero no sus creadores” (Gadamer, H. G., *Verdad y método II*, 6a. ed., trad. de M. Olsagasti, Salamanca, Sígueme, 2004, p. 252).

de la parcialidad se manifiesta como abuso de poder (falta de motivación, incumplimiento de circulares, tergiversación de los hechos)—, o puede afectar al juez (cuya imparcialidad se manifiesta en la abstención cuando existen causas de recusación). Sin duda, existe una tendencia a la “contaminación” entre estos dos ámbitos causada por la propensión a otorgar una naturaleza jurisdiccional a la administración pública. Como es sabido, según una tradición jurídica consolidada, cualquier decisión relativa a derechos individuales tiene naturaleza jurisdiccional y, por tanto, está sujeta al *judicial review* y a los principios de la *natural justice*. Siendo así, los vicios de la jurisdicción se extenderían a la administración de manera proporcional a la relevancia que los derechos tienen en el conjunto del ordenamiento jurídico. Pero también —aunque por motivos diversos que puntualizaremos a continuación— algunas formas de parcialidad en la administración pública acaban siendo aplicables al juez.

En el ámbito jurídico existen dos modos de entender la imparcialidad. Puede concebirse, en primer lugar, como *principio organizativo* de los poderes jurídicos. En este caso, la imparcialidad se expresa como separación de poderes y consiste en la relación de independencia o dependencia jerárquica entre ellos. En segundo lugar, de otro modo su concepto sería bien reductivo, la imparcialidad se manifiesta en la relación de los poderes con lo sujetos que les están sometidos (la imparcialidad es entonces un criterio de justicia).

La imparcialidad como principio ha estado siempre presente en la historia de las instituciones jurídicas y se ha concretado de maneras muy diversas, pero que no se ha identificado con ninguna de las formas que ha asumido históricamente. Su persistencia diacrónica y sincrónica hace pensar que se trata de una condición estructural del orden jurídico. Por ese motivo, sostener que la imparcialidad es una conquista moderna no responde a la verdad, aunque sí resulta evidente que ha adquirido una singular importancia al entrar en contacto con la doctrina moderna de la igualdad y del poder.

Sobre la imparcialidad en la experiencia jurídica,⁶⁰⁶ hay que preguntarse, en primer lugar, sobre su contenido y sobre cómo distinguirla, en su caso, de otros valores del derecho —quizá muy próximos a ella— como la legalidad, la igualdad o la equidad. Por otra parte, debemos ver si la imparcialidad es instrumental o finalista en relación con esos otros valores del derecho. Junto a esto, es importante determinar si las dos dimensiones de la imparcialidad que hemos apuntado (como criterio de organización de los poderes y como criterio de justicia) son recíprocamente excluyentes o, por el contrario, son interdependientes. Finalmente, cabe preguntarse si en el ámbito jurídico la imparcialidad está conectada —y en qué sentido— con el pluralismo y la separabilidad de las personas, con el fin de establecer o no una analogía con el debate que hemos analizado en páginas precedentes.

I. UN VALOR DEL DERECHO

La imparcialidad pertenece, de manera intuitiva, al grupo de los valores jurídicos, juntamente con la justicia, la certeza, la igualdad y la equidad. Pero más que un valor para el derecho, la imparcialidad ha sido considerada desde una concepción fenomenológica —o sea, desde las formas típicas en las que el derecho se manifiesta— como el elemento representativo del derecho por antonomasia.⁶⁰⁷ La intervención de un tercero imparcial en una controversia es, en efecto, la manifestación más propia del derecho. La categoría de “tercero imparcial” en el derecho no es aplicable sólo al juez, al legislador o al policía, sino a todo sujeto implicado en una inte-

⁶⁰⁶ Advierto que en el análisis del problema de la imparcialidad en relación con las instituciones “tradicionales” occidentales del derecho, dejaré aparte ámbitos tan innovadores e interesantes como el de la mediación.

⁶⁰⁷ Un ejemplo de reflexión filosófico-jurídica, centrada sobre la imparcialidad y sobre sus formas fenomenológicas en los diversos ámbitos de derecho, está en Kojève, A., *Esquisse d'une phenomenologie du droit*, cit.

racción, sea como árbitro o como espectador.⁶⁰⁸ Se comparta o no esta tesis, resulta difícil no aceptar la idea de que la imparcialidad desempeña un cometido fundamental en la experiencia jurídica.

Una explicación del porqué de la presencia de la imparcialidad en el derecho debe ser buscada en la dirección de la dimensión ética de la que el mismo participa; más concretamente, por su conexión con el principio de igualdad, sea ésta entendida de manera trascendental —un derecho justificado por el principio de dignidad—, sea ésta sustentada sobre una fundamentación ontológica. La fundamentación ética no excluye la explicación ontológica, es más, entre una y otra existen diversos elementos en común. La posibilidad de fundamentar sobre el plano del *ser* tanto la imparcialidad como el principio de igualdad proviene de la presupuesta paridad ontológica de los sujetos del derecho.⁶⁰⁹ No obstante, la imparcialidad pone más el acento sobre la *paridad* que sobre el *ser*: se refiere básicamente al tipo de relación que liga a los sujetos. En todo caso, debemos partir de que la imparcialidad no es sólo un principio conectado con el dato fáctico de la igualdad, así como el reconocimiento de la igualdad tampoco es un dato “natural” o “fáctico”, sino la constatación de un *deber ser* irrenunciable en el derecho.

La imparcialidad en el juicio se manifiesta como respeto a la igualdad *prima facie* de las partes, igualdad que debe contextualizarse en relación al estado real de las cosas. Toda relación entre partes debe calificarse como justa o no y, en consecuencia, debe ser eventualmente rectificadas o consolidadas. La igualdad en el derecho se manifiesta habitualmente como igualdad bajo un cierto aspecto: el que indican las diferencias relevantes en una situación tipo. La imparcialidad en el derecho, pues, a diferencia de lo que

⁶⁰⁸ *Idem.*

⁶⁰⁹ Esta tesis, como fundamento del derecho y de la igualdad, ha sido formulada por Cotta, S., “La coesistenza come fondamento ontologico del diritto”, *Rivista Internazionale di Filologia del Diritto*, 58, 1981, pp. 256-267. La tesis presupone, obviamente, un examen sobre las condiciones del discurso ontológico.

sucede en la moral, no es absoluta, sino que se trata de una imparcialidad *all things considered* y atenta a las diferencias (o sea, actúa en función de parámetros definidos y atendiendo a las circunstancias concretas). Podría objetarse que sólo una igualdad absoluta en el ser justificaría la exigencia general de imparcialidad (o imparcialidad *prima facie*), que más tarde se concretaría en ámbitos determinados. En todo caso, con relación al contenido normativo, el deber de igualdad es, a la vez, un principio ético y jurídico; o mejor dicho, un aspecto del contenido ético del derecho. Este principio ético-jurídico se expresa en forma de condiciones del juicio, es decir, se traduce en requisitos epistemológicos.

La insistencia de vincular la imparcialidad con el principio de igualdad no debe hacernos olvidar que el derecho es también generador de diferencias,⁶¹⁰ si bien tiene la capacidad de compatibilizarlas con la igualdad. La igualdad es ciertamente la primera regla del derecho, pero la segunda es la distinción entre las partes, su diferenciación. Este tema introduce una sugerencia que retomaremos a propósito del pluralismo en el derecho: la imparcialidad jurídica presenta una estructura compleja. Regida por el principio de gradualidad y progresividad, unas veces se realiza en la consideración de las diferencias y otras veces en su superación. La imparcialidad debe ser vista, en efecto, no como un dato sino como una tensión dinámica y progresiva cuyo vértice se alcanza cuando sus diversas dimensiones se dan conjuntamente.

⁶¹⁰ La diferencia está, por excelencia, conectada a la singularidad y originalidad de los casos concretos. Pero el simple hecho de la existencia de normas que atribuyen poderes es una manifestación de que el derecho introduce diferencias (*cf.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law, cit.*, pp. 26-48. Esta diferencia destaca todavía más por el hecho de que el lenguaje jurídico está estructuralmente abierto respecto a nuevas o no previstas posibilidades (*ibidem*, pp. 121-150), pero también en relación con la indeterminación de la vida, o sea, la multiplicidad de itinerarios e innovaciones que el hombre puede introducir o hacia los que se puede dirigir (*cf.* Lombardi Vallauri, L., “Norme vaghe e teoria generale del diritto”, *Ars Interpretandi*, 3, 1998, pp. 155-164).

1. *¿Justicia procedimental?*

La presencia de la imparcialidad entre los bienes garantizados por el derecho sustenta de algún modo su conveniencia e idoneidad en la experiencia jurídica. Respecto a los otros “valores” del derecho hay que destacar una diferencia importante: la certeza, la justicia y la igualdad son relevantes desde el punto de vista de los resultados a los que se orienta el derecho, mientras que en la imparcialidad resulta evidente el carácter “procedimental”, en el sentido de que afecta directamente al modo de desarrollar o implementar el derecho y no a la materialidad del resultado. Esto sugiere que la imparcialidad es una condición para la realización de los otros valores del derecho que, aun teniendo repercusiones e implicaciones desde el punto de vista procedimental, no se agotan en esa perspectiva. Como condición, la imparcialidad se abre a una doble consecuencia: podría ser sustituida por otra característica eventualmente más adecuada para garantizar el bien jurídico tutelado, o bien resulta conectada intrínsecamente al fenómeno jurídico. Cuando de una decisión se predica la imparcialidad, no se hace referencia directamente al resultado sino al modo en el que éste se ha conseguido, es decir, al hecho de que se haya obtenido respetando todos los intereses en juego. En ese sentido, la imparcialidad reclama continuamente una relación de igualdad entre las partes y lo hace con relación a las dinámicas que modifican esa relación. Pero —y esto es lo más significativo— la imparcialidad hace que perdure el interés en la relación que conecta a la parte eventualmente vencedora con las demás partes implicadas. En efecto, el juicio jurídico se realiza sobre la base de que todos los interesados deben ser objeto de una igual consideración. Aunque el juicio jurídico se concrete en “dar la razón a una parte”, la imparcialidad garantiza la igual atención a todas las partes implicadas y, en ese sentido, continúa manteniendo aunadas, incluso después de haberse determinado el resultado del juicio, a la parte que tiene razón y a las otras. Esto se hace posible en la peculiar dinámica del juicio jurídico: aunque la razón se dé a una de las partes, todas las razones

presentadas son consideradas y se da cumplida respuesta a todas ellas, incluso a aquellas razones que han sido rechazadas. En eso consiste la justicia del derecho, cuyo lenguaje se muestra muy próximo al de la imparcialidad: todas las partes tienen derecho a ser escuchadas y a escuchar. Si el significado único o prevalente de la imparcialidad fuera el de la objetividad en el juicio sería mucho menos visible la justicia para la parte, por decirlo así, perdedora, porque la objetividad justificaría la eventual exclusión de las razones improcedentes, una vez individuados los elementos realmente dignos de atención.

Cuando consideramos la imparcialidad en la experiencia jurídica pensamos inmediatamente en modos de organización, en procedimientos, en posiciones, en vínculos que distinguen las instituciones del derecho y que tienen que ver con su implementación. Este dato empuja a relacionar la imparcialidad con el aspecto *dinámico* del derecho, esto es, con el derecho en su fase de creación, producción y aplicación: con el ejercicio del poder “jurídico” en sentido amplio. La perspectiva más adecuada para captar la importancia de la imparcialidad es la del derecho como actividad, como práctica⁶¹¹ o como sistema de normas de procedimiento,⁶¹² más que como conjunto de leyes generales y abstractas. La imagen del derecho como conjunto de normas y procedimientos, si la observamos en estado de reposo, es estática, aunque está toda ella orientada hacia el movimiento, predispuesta y dirigida a la realización dinámica del derecho. La dinámica real del derecho se produce a través de la acción y no puede darse independientemente de las circunstancias concretas en las que el derecho se debe implementar. La imagen del derecho como conjunto de normas y procedimientos está ya, en su articulación abstracta, preparada para hacerse compatible

⁶¹¹ La tesis del derecho como práctica social ha sido sostenida por Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990.

⁶¹² En la concepción del punto de vista interno o del participante. La distinción entre los dos modos de concebir el derecho, como sistema de normas o como sistema de normas y de procedimientos, ha sido tratada por Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, cit., pp. 21 y 22.

con elementos muy diversos, entre ellos: los elementos del caso concreto y las diversas hipótesis normativas de resolución. En otras palabras, la relevancia de la imparcialidad es directamente proporcional a su relación con el carácter práctico del derecho.⁶¹³ La experiencia jurídica, en definitiva, no puede reconducirse totalmente a un conjunto de leyes generales y abstractas que actúan mecánicamente frente al caso concreto, ni consiste sólo en un complejo de reglas técnicas, ni puede reducirse a meros actos de decisión voluntarista, sino que implica una intervención práctica que reúne todas estas dimensiones. El acto práctico capaz de reunir estas acciones es la *deliberación*.⁶¹⁴ A diferencia de lo que sucede con la técnica, lo que es justo sólo se determina con relación a la situación concreta en que se demanda justicia y tras la realización de un juicio.⁶¹⁵

La centralidad de las reglas generales y abstractas y la relevancia del caso concreto, pero sobre todo la tensión dialéctica entre ambas, hace que en el juicio jurídico no se represente la divergen-

⁶¹³ El tratamiento del tema durante el siglo XX se ha decantado principalmente por esta posición y la bibliografía de referencia es amplísima. Se puede establecer una distinción entre las teorías jurídicas de ayer y de hoy con base en la relevancia del punto de vista interno. La prevalencia de las teorías que confieren relevancia al punto de vista práctico (como punto de vista interno o del participante) agrupa a muchos autores teóricos, como Hart, Raz, Habermas, Alexy (*cfr.* la reconstrucción del pensamiento jurídico del siglo XX, desde este específico punto de vista, en Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione, cit.*, pp. 32-37). Sobre la diferencia entre la perspectiva funcional y la concepción práctica del derecho y, en general, sobre la relación entre derecho y razón práctica, *cfr.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights, cit.*, pp. 6-18. Un punto de referencia fundamental sobre el tema es Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975. Sobre las raíces teóricas del orden jurídico como orden práctico, J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 90-102.

⁶¹⁴ Hemos apelado muchas veces al concepto de deliberación, al que hemos dedicado las páginas introductorias, por la especialísima relevancia del tema. Ahora es importante destacar que el juicio jurídico consiste también en una deliberación. De manera sintética, podemos decir que la deliberación consiste en la búsqueda del mejor modo de conseguir un fin; no es obra de la intuición sino que requiere de un razonamiento; se realiza en determinadas condiciones de tiempo y lugar.

⁶¹⁵ *Cfr.* Gadamer, H. G., *Verdad y método, cit.*, pp. 342-365.

cia entre el problema de la justificación y el de la dirección de la acción, tal y como se configura en el ámbito moral y ético. Además, la dirección de la acción no se entiende en sentido estrictamente político sino en un sentido propiamente práctico de elección de la acción justa. Determinar la acción correcta y justificarla son las dos caras de una misma operación (el juicio). Hay que justificar aquella acción que “debe” guiar la acción.⁶¹⁶

Cualquiera que sea la concepción del derecho que se mantenga, su método implica imparcialidad y no existe sistema o institución jurídica que no la prevea entre sus condiciones. Una decisión no es justa, desde el punto de vista del derecho, si no se toma de modo imparcial. El hecho de que un resultado, desde el punto de vista jurídico, pueda ser justo sólo en cuanto que imparcial, no quita que, a su vez, pueda ser más o menos justo con referencia a otros posibles criterios; pero si no se ha producido de manera imparcial hay que excluir por completo que pueda ser justo de acuerdo con el derecho. Viceversa, un resultado alcanzado de manera imparcial, por el hecho mismo de serlo, tiene mayores posibilidades de ser un resultado justo, aunque desde el punto de vista de otros criterios admita toda la gama de valoraciones que pueden integrar el juicio sobre la justicia. En ese sentido, el aspecto procedimental del derecho está esencialmente conectado con sus fines.⁶¹⁷

⁶¹⁶ Es posible distinguir, obviamente, la dimensión de la ejecución. El juicio sobre la acción correcta es siempre susceptible de no llegar a realizarse, pero esto se produce sólo por motivos externos al propio juicio (cfr. Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, cit., pp. 37-39).

⁶¹⁷ Significa que el derecho es un procedimiento estructurado según sus fines. “Existe, pues, una ‘moralidad’ de los procedimientos dictada por su interna razón de ser y por la finalidad general a la que se dirigen. Que un órgano público no pueda realizar un acto *ultra vires*, o sea, más allá de las propias competencias, es sin duda un principio moral procedimental, pero el que la libertad de los ciudadanos no debe ser amenazada por actos arbitrarios de los poderes públicos es un principio moral material. Estos vínculos internos y externos de los procedimientos han sido acertadamente configurados como ‘*a natural law of institutions and procedures*’. Esto significa que el contenido del derecho positivo, al menos en su parte procedimental, no es irrelevante ni arbitrario” (Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 43 y 44).

Un resultado puede ser contemporáneamente imparcial e injusto sólo en el caso de que se disponga de un criterio, independiente del procedimiento de valoración (del juicio), para valorar los resultados. Esto sucede en diversa medida, como se verá, en los diversos ámbitos de la experiencia jurídica, lo que permite establecer una gradación de “pureza” de la imparcialidad en los procedimientos.

La relación entre procedimiento y contenido que se produce en el derecho comporta que la justicia haya de considerar ambos aspectos: la corrección del proceso de formación del juicio (en cuya dinámica incluimos la imparcialidad) y la eventual valoración material del resultado. En otras palabras, para la realización de la justicia según el derecho se requiere la convergencia de dos tipos de elementos: procedimentales o formales y materiales. La imparcialidad es interna a los procedimientos del derecho y cuanto menos evidentes son los criterios independientes, más importante resulta su presencia. En el derecho la forma es contenido, aunque no todo el contenido. Consecuentemente, las características procedimentales son parte de los valores materiales del derecho. La ausencia de imparcialidad hace al acto o a su resultado injustos.

Es evidente que debe ser así por dos razones, estrechamente conectadas con la justicia. La primera es la condición de igualdad de las partes, o condición de paridad, que viene “dada” como un presupuesto del derecho. La segunda razón está en que la finalidad del derecho no es obtener un resultado —que sí es una de las posibles definiciones de la política como dirección—, sino hacer posible la coordinación de las acciones de diversos sujetos no necesariamente ligados por otro vínculo.⁶¹⁸ De este modo el derecho hace posi-

⁶¹⁸ Coordinación y coexistencia no son perfectamente sinónimas. La preferencia por la coordinación o cooperación respecto a la coexistencia es, precisamente, la referencia a la acción. La coexistencia puede dar la idea de un eventual carácter yuxtapuesto de las existencias. Que el derecho permita la coordinación significa que él mismo está orientado hacia la acción, que es una práctica. Sobre la idea de derecho como forma de comunicación, *cf.* Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, *cit.*, pp. 45-56. Con relación a las implicaciones de la idea del derecho como comunicación en el pensamiento de Francisco de Vitoria, *cf.* mi trabajo *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, *cit.*, pp. 60-63.

ble la solidaridad entre extraños.⁶¹⁹ Esta solidaridad entre extraños se apela, explícitamente, al pluralismo de las posiciones de los sujetos, de sus proyectos de vida, sus creencias y principios: un pluralismo que es signo de una cierta “alienidad”, esa parcial alienidad de los sujetos que es la *diferencia*. Ésta reclama, también, en cuanto solidaridad, que esa alienidad no sea total. El derecho, en definitiva, permite y garantiza la comunicación entre extraños y su característica específica es hacerlo de modo imparcial.

El carácter procedimental de la justicia, y por ende la teoría basada sobre esa noción, es difícil de definir de modo aislado; sin embargo, se capta más fácilmente por oposición al carácter material: si lo material concierne al contenido o al resultado del procedimiento,⁶²⁰ el procedimiento tiene que ver con el modo de llegar a ese resultado. El debate sobre los procedimientos tiene que ver con la contraposición, típica de la tradición jurídica occidental, entre lo material y lo “formal”.⁶²¹ El carácter formal del derecho está determinado por su propia finalidad, de ahí que pueda sostenerse, paradójicamente, que una “forma” sea *más* o *menos* apropiada. Formal y procedimental no son sinónimos, aunque parte de su contenido semántico coincide. Sin embargo, tienen el mismo tipo de relación con lo material: dependen de ello.⁶²² La imparcialidad resulta, en definitiva, perfectamente apropiada como forma del derecho.

Justicia procedimental y justicia material no se dan en sus formas puras: la justicia procedimental comporta la asunción de argumentos materiales y la justicia material incluye una referencia a procedimientos específicos. Por eso resulta correcto indicar, como

⁶¹⁹ Habermas, J., *Solidarietà tra estranei*, *cit.*, pero, sobre todo, el precedente *id.*, *Facticidad y validez*, *cit.* En ese sentido se puede decir, muy acertadamente, que el derecho sea la paz (*cf.* Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 29).

⁶²⁰ *Cfr.* Bayles, M. D., *Procedural Justice. Allocating to individuals*, Dordrecht, Kluwer, 1990, p. 3.

⁶²¹ Irti, N., “Formalismo e attività giuridica”, *Rivista di Diritto Civile*, 36, 1990, pp. 4-9.

⁶²² Remitimos a Summers, R. S., *How Law is Formal and it Matters*, *cit.*, pp. 1165-1229.

criterio para distinguir los dos tipos fundamentales de concepción de la justicia, el cometido asignado a los procedimientos dentro de esta concepción que incluye aspectos materiales y procedimentales. Las concepciones procedimentales de la justicia no es que dejen sin contenido específico los valores o normas que emplean,⁶²³ sino que asignan a los procedimientos y a los valores procedimentales un papel central, pero el propio procedimiento es elegido con base en criterios materiales.

2. *Equidad e imparcialidad*

La “singularidad” del caso tiene gran importancia en la experiencia jurídica —como ya apuntamos— y eso nos lleva a considerar ahora la relación entre equidad e imparcialidad para establecer las semejanzas y las diferencias entre ambos principios.⁶²⁴

En la doctrina jurídica moderna, como sabemos, la equidad se entiende como la “justicia en el caso singular”,⁶²⁵ un principio que puede constituir una verdadera y propia fuente de derecho objetivo; o mejor, un criterio que sirve para “moderar” el rigor de la ley, adecuando su aplicación a las características propias del “caso singular”. La idea de que una ley debe ser “modulada” se remonta a la doctrina aristotélica del principio de equidad como corrector de la ley general, aunque en la definición aristotélica la equidad es más “correctora de lo justo legal”⁶²⁶ que correctora de la ley, sub-

⁶²³ Cfr. Pintore, A., *Il diritto senza verità, cit.*, pp. 223-253.

⁶²⁴ Sobre la equidad, cfr. D’Agostino, F., *Dimensioni dell’equità*, Turín, Giappichelli, 1977; De Marini, C. M., *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Padua, Cedam, 1957; Frosini, V., “Equità”, voz en *Enciclopedia di Diritto*, Milán, Giuffrè, 1966, vol. XV, pp. 69-83; Varano, V., “Equità”, voz en *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1989, vol. XII. Por último, Schauer, F., “The Structure of Rules, and their Place in the Law”, *Notizie di Politèia*, 17, 63, 2001, pp. 117-128.

⁶²⁵ Existe una diferencia entre “caso singular” y “caso concreto”. La equidad se refiere a la singularidad del caso y no simplemente a su concreción.

⁶²⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco, cit.*, 1137 b 36.

rayando de este modo la dependencia que la equidad tiene de la justicia, más que de la ley.⁶²⁷

La evolución profunda que ha experimentado el concepto de equidad, revela un curioso paralelismo entre el ámbito moral y el jurídico, unidos ambos por la supremacía de la ley general y abstracta en la doctrina teológica de la Segunda Escolástica y en la doctrina jurídica moderna:⁶²⁸ la primera centrada sobre la ley moral, la segunda sobre la ley positiva. En ambos casos se hace problemática la integración de los casos singulares, estructuralmente ajenos respecto al elemento principal del derecho y de la moral. Por ese motivo se hace necesaria una corrección de la ley, un criterio de integración y de completamiento que es, precisamente, la equidad.

La tradición continental nos ha transmitido la idea de la equidad como un principio jurídico residual respecto a la ley, que se define por la función que desempeña en algunos casos específicos y limitados. Es lícito el recurso a la equidad en aquellos casos en que se produce una oposición entre leyes diversas, por ejemplo entre una ley positiva y el derecho natural (el derecho natural es *semper aequum ac bonum*); o también, cuando lo establecido por la ley, en circunstancias excepcionales, exige demasiados sacrificios; o, incluso, cuando las circunstancias particulares del caso hacen excesivamente gravosa la ley. Todo esto tiene en común el carácter de excepcionalidad: se trata de casos-límite. Esto concuerda bien con la idea de que el principio de equidad se ha convertido, en la doctrina jurídica moderna, en un principio interpretativo,⁶²⁹ y la inter-

⁶²⁷ Cfr. *ibidem*, 1137 b 13-14. En la historia de la reflexión moral se ha utilizado también el término “parche” por su función de remedio o de modo de completar la ley. Cfr. D’Agostino, F., *Dimensioni dell’equità*, cit., p. 59, remite el origen de la expresión “parche” (*tappabuchi*) a Bonhoeffer, D., *Widerstand und Ergebung*, Hamburgo, Siebenstern, 1951.

⁶²⁸ Entiendo por doctrina jurídica moderna, en sentido extremadamente amplio, la doctrina jurídica del iusnaturalismo racionalista a partir de Grocio. Cfr. Villet, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Editions Montchretien, 1975.

⁶²⁹ Se trata de la posición de Frosini, V., “Equità”, cit., p. 71.

pretación se ha relegado solamente a los casos difíciles. La asignación de un significado técnico preciso atañe, sobre todo, a la *equity* de la tradición anglosajona; en cambio, el debate continental sobre la equidad se centra en el carácter ético o no del principio. La relación del principio jurídico de equidad con la moral se definirá, de manera diversa, según el modelo de relación entre derecho y moral que se prefiera, o con base en los conceptos de derecho y moral que se elijan como términos de confrontación.⁶³⁰ El principio de equidad se refiere al punto de encuentro entre la ley general y abstracta y el juicio concreto, pero no genéricamente, sino sólo en aquellos casos excepcionales que hayan sido señalados por el propio derecho.

Ya en Aristóteles encontramos una referencia al núcleo fundamental del principio de equidad: la intención o voluntad del legislador.

Aun cuando la ley se dice universal, si se le presenta un caso que excede de lo universal, entonces es correcto, ahí donde el legislador se ha equivocado y ha cometido un error diciendo universal, corregir lo que ha sido omitido: lo que el legislador habría dicho si hubiese estado presente y lo que habría prescrito si lo hubiese visto.⁶³¹

No obstante, concebir la equidad únicamente como principio interpretativo, tanto más si la única referencia es renviar a la voluntad o intención del legislador, conduce paradójicamente a la disolución de lo que tiene de específico la equidad: su contraposición a la ley. Por otra parte, en la medida en que exista una identificación

⁶³⁰ Por ejemplo (es el caso de De Marini), la necesidad de distinguir el juicio de equidad del juicio ético proviene del hecho de que el juicio moral implica tomar en consideración muchos otros “valores” además de la justicia (la misericordia, el perdón), en cierto sentido incompatibles con la justicia. Del mismo modo, el autor señala que el juicio de equidad no se adapta al modelo de juicio lógico del silogismo: por tanto, también el concepto de derecho condiciona la equidad. Sobre la distinción entre juicio de equidad y juicio lógico, de un lado, y entre juicio de equidad y juicio ético, de otro, *cfr.* De Marini, C. M., *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, *cit.*, pp. 210 y 212.

⁶³¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, 1137 b 20-24.

entre política y voluntad ideológica del gobernante, se tenderá a anular la equidad o a restringirla al máximo.⁶³²

El carácter residual de la equidad respecto a la ley favorece que se la considere como “límite del derecho”, o sea, el punto más allá del cual el orden de la ley general y abstracta generaría una injusticia en lugar de administrar justicia.⁶³³ En realidad, la tesis de que la equidad sea un límite del derecho es mucho más articulada y profunda.⁶³⁴ Aquí sólo nos interesa señalar que la imparcialidad, entendida como regla del derecho —así esperamos demostrarlo—, tiene una extensión mucho más amplia que la equidad considerada como límite del derecho.⁶³⁵ Mientras la equidad, debido a su excepcionalidad, es un “principio” para los casos extremos, la imparcialidad es la “regla” del derecho.

En el extremo opuesto a la idea de equidad como criterio residual del derecho, se sitúa la tesis de que la equidad es la regla constitutiva del juicio jurídico. De acuerdo con ella, la especificidad del derecho estaría estrechamente vinculada (o categóricamente determinada) por los elementos de la equidad.⁶³⁶ Llevada al extremo, esta tesis de que la equidad es el trascendental del derecho está en oposición a —y, en última instancia, es destructora de— las for-

⁶³² Vico vio en esto una desjuridificación y una politización del principio de equidad (cfr. D’Agostino, F., *Dimensioni dell’equità, cit.*, pp. 31-35).

⁶³³ Cfr. Schauer, F., *Las reglas en juego, cit.*, p. 199.

⁶³⁴ Esta es la tesis de D’Agostino: él sostiene que la equidad es no sólo límite sino “límite trascendental del derecho” (D’Agostino, F., *Dimensioni dell’equità, cit.*, p. 23), lo que significa que se trata de un límite inherente a su estructura. No obstante, en este modelo se mantiene la oposición entre la ley general y abstracta y la decisión sobre el caso singular. Para comprender la posición de D’Agostino hace falta tomar en consideración la reconstrucción temática de la equidad, sea desde el punto de vista filosófico, sea desde el punto de vista teológico. Remitimos a la lectura del capítulo *Appunti per una teoria dell’epikeia, ibidem*, pp. 59-109.

⁶³⁵ La mayor extensión de la imparcialidad respecto a la legalidad (que incluiría también la equidad) ha sido señalada, entre otros, por Morbidelli en Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bologna, Monduzzi, 1997, p. 817.

⁶³⁶ En esa línea, cfr. Chiodi, G. M., *Equità. La regola costitutiva del diritto, cit.*

mas autoritativas del derecho y, entre ellas, de la ley y de sus valores.⁶³⁷ Pero siendo evidente que el derecho está estructuralmente ligado a una forma autoritativa, parece más coherente seguir la tesis de que la equidad debe entenderse como complementaria de la ley, conservando ambas su propio contenido. Por otra parte, el rechazo de las formas autoritativas del derecho llevaría también consigo la negación de otro aspecto fundamental (en este caso, tutelado por la imparcialidad): la generalidad de la ley.

Continuando con la perspectiva de la equidad como límite del derecho (y no sólo de la ley),⁶³⁸ ésta se manifiesta siempre como un mecanismo de *corrección de la ley* en antítesis con aquello que la ley tiene de característico, o sea, su carácter de generalidad. La imparcialidad, a diferencia de la equidad, se configura como principio intrínseco y permanente del juicio que requiere, a la vez, tanto una referencia a la ley como una referencia al caso concreto; en otras palabras, una referencia a lo que asemeja los casos y, contemporáneamente, a aquello que los distingue.

Con independencia de que se manifieste con relación a casos concretos, la imparcialidad tiene que ver, pues, con la formación del juicio requerido por toda decisión; su función es precisamente la de estructurar el juicio.⁶³⁹ En este sentido, el sujeto de la imparcialidad no es sólo el juez sino cualquier sujeto que juzga. Aquí encontramos el límite de la teoría según la cual la imparcialidad como criterio de decisión —y no sólo como generalidad de la ley— no debería aplicarse al legislador: también el legislador debe juzgar con imparcialidad las situaciones para elaborar un precepto general y abstracto, atender conjuntamente a todas las partes y establecer las diferencias relevantes. La imparcialidad es, pues, según la sugerencia aristotélica, *también* (y no sólo) una caracte-

⁶³⁷ *Idem.*

⁶³⁸ En el derecho como fenómeno que incluye la ley y la equidad. Esta es la perspectiva de D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, cit.

⁶³⁹ En esto radica la diferencia entre imparcialidad y neutralidad. *Cfr.*, *supra*, el apartado III, punto 1, del capítulo primero.

rística de la legislación: consiste, en efecto, en una *sabiduría* legislativa.⁶⁴⁰

El carácter residual del principio de equidad respecto de la ley general nuestra claramente que es posible pensar la ley sin la equidad, pero no en la equidad sin la ley. Entonces, si la imparcialidad tiene que ver, además de con el caso concreto también con la ley, de ella tendremos que afirmar una mayor amplitud semántica. Se puede decir, pues, que la equidad es “límite” (incluso estructural) del derecho, pero la imparcialidad es su “condición”.

Ley y equidad parecen seguir dos lógicas distintas:

La equidad entra en la experiencia jurídica poniendo en evidencia el límite de la justicia legal e introduciendo un elemento dinámico en la estática del derecho: el elemento dinámico radical que nace, no ya de la histórica variabilidad social, sino de la originalidad del individuo.⁶⁴¹

En la ley, en cambio, rige el primado de la igualdad. La justicia de las leyes es la del *privilegia ne inroganto*, que indica la prohibición de violar el principio de tipicidad de la acción y de generalidad del sujeto. En la equidad es evidente, en cambio, el primado de la diferencia. No obstante, la equidad, por su subordinación a la ley, no puede negar lo específico de la justicia, es decir, la justicia como igualdad, de ahí que la equidad esté siempre *en función* de la ley y se defina con relación a ella. En el funcionamiento general del derecho esto viene confirmado por una realidad: cuando un caso se resuelve recurriendo a la equidad se convierte en ley para otros casos análogos, ya que donde existe la analogía debe existir igualdad de tratamiento. Así pues, la equidad, como correctora de la ley general, acaba convergiendo también en el flujo de la igualdad como generalidad.

No obstante, identificar la lógica de la imparcialidad con la de la generalidad sería una simplificación indebida, puesto que también ella está en relación con los casos concretos, que es la premisa de la

⁶⁴⁰ “De la *sabiduría* que tiene como objeto la *polis*, una forma, en cuanto arquitectónica, es la *sabiduría* legislativa” (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, cit., I 141 b 23-24).

⁶⁴¹ Cfr. D’Agostino, F., *Dimensioni dell’equità*, cit., p. 45.

que hemos partido. La imparcialidad tiene que ver tanto con la equidad (principio de los casos concretos) como con la igualdad (propia de la ley general y abstracta), pero no se reduce a ninguna de las dos. Equidad e imparcialidad dirigen su atención hacia la particularidad, a la individualidad en sentido amplio, a la atención de la situación concreta, a las características peculiares del caso: la equidad lo hace como justicia en el caso singular; la imparcialidad lo hace como condición de justicia de la ley y justicia del caso singular, es decir, de respeto a la generalidad y atención a la diferencia. La imparcialidad como generalidad, en efecto, pone el acento sobre las relaciones de proporcionalidad que vinculan a los sujetos y a los casos y promueve en el juicio el mantenimiento de una consideración de conjunto. Como atención a la diferencia, la imparcialidad tiende a resaltar la singularidad de cada caso.

Podemos, finalmente, confrontar equidad e imparcialidad como virtudes. En cuanto tales, ambas tienen que ver con la prudencia (o sabiduría práctica). La equidad como virtud o como habilidad —y no como técnica—⁶⁴² comporta una relación diversa entre la regla y el hecho o caso concreto, una relación que está intermediada por el hombre. La diferencia radica en la distinta relación que existe entre una regla y su aplicación respecto de la técnica y entre regla y aplicación respecto de la razón práctica. Desde la perspectiva de la razón práctica o, si se quiere, desde la razonabilidad de la praxis típicamente humana, la equidad es la virtud que garantiza en la búsqueda de lo justo “la autonomía personal del sujeto agente frente a los modos primarios de actuación que están representados en el universo de las normas”.⁶⁴³ En este sentido, la equidad constituye una virtud en sí misma para la que no es demasiado relevante determinar su prioridad o posterioridad respecto a la ley porque, en última instancia, ley y equidad convergen en la acción justa y no lo hacen en la acción injusta. El objetivo de la equidad es, pues, que

⁶⁴² La equidad es una técnica para Bobbio, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 1960, p. 131.

⁶⁴³ D'Agostino, F., *Dimensioni dell'equità*, cit., p. 75.

la resolución del caso sea justa y ese es también el objetivo de la ley. Sólo si la ley es ajena a la acción puede haber una oposición entre equidad y ley. Pero si consideramos que la ley es *sabiduría*, como sostiene Aristóteles, identificando esa sabiduría con la imparcialidad, y si la ley es *criterio de acción*, entonces no puede existir oposición entre equidad y ley sino complementariedad. Más en concreto, podemos decir que la imparcialidad comprende también la equidad.

3. *La justicia natural y el derecho a la imparcialidad*

Para responder a la pregunta sobre si la imparcialidad tiene o no un carácter instrumental es necesario individuar términos de comparación respecto de los cuales se pueda establecer dicho carácter. La imparcialidad podría considerarse un valor instrumental respecto a la justicia y ésta, en cambio, ser considerada un valor final del derecho. Por ello, tendríamos que definir la justicia y su relación con el derecho, algo que resulta, en principio, problemático. Podemos afirmar —de acuerdo con la doctrina kantiana— que fin es únicamente la persona, un fin que el derecho tutela a través de la protección de sus derechos. Éstos se encargan, a su vez, de tutelar los bienes relativos a la persona o al ser humano, que es el valor final del derecho.

En todo sistema jurídico existen una serie de derechos fundamentales —o sea, aquellos que salvaguardan bienes primarios para el sujeto humano—⁶⁴⁴ junto a otros derechos, valores o bienes, como la seguridad y el orden públicos. Los derechos fundamentales

⁶⁴⁴ Creo que sobre esta definición existe un acuerdo generalizado, tanto si se sostiene que lo característico de los derechos fundamentales es que tienen como fin favorecer en la organización de la vida social el primado de la persona para que pueda desarrollar plenamente las potencialidades de su condición (Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general, cit.*, pp. 22-25), como si se sostiene que los derechos fundamentales son una clase especial de derechos que, debido a su especial relevancia, no pueden ser modificados por la mayoría parlamentaria (Alexy, R., *Theorie der Grundrechte, cit.*, p. 465).

se justifican porque están conectados a los intereses y bienes básicos o existenciales para los individuos.⁶⁴⁵ Es evidente que la existencia de un derecho fundamental constituye, al menos, un *indicio* del carácter final del bien tutelado, de modo que el reconocimiento del derecho fundamental a un bien (en nuestro caso, al bien de la imparcialidad) permite sostener que tras ese derecho existe un bien final. Esta argumentación debe confrontarse con la tesis de que los derechos, en última instancia, son medios para la realización de la persona y con la tesis de que existe una pluralidad de bienes en sí que deben ser garantizados a toda persona. Nosotros intentaremos probar —como un hecho a analizar en sus raíces y consecuencias— que entre los bienes tutelados por *derechos fundamentales* está presente también la imparcialidad.

Es evidente que desde el inicio de la praxis actual de los derechos humanos,⁶⁴⁶ la imparcialidad se ha ido afirmando progresivamente como el contenido de un derecho subjetivo “fundamental”. En principio, el derecho a un juez imparcial aparece en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, dere-

⁶⁴⁵ La bibliografía sobre lo que es el derecho en sentido subjetivo es amplísima y abarca estudios sobre el carácter deóntico de los derechos, sobre el lenguaje de los derechos y sobre su justificación. Un tratado clásico es el de Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de G. R. Carrió, México, Fontamara, 1995. Hoy está acreditada la denominada “teoría dinámica” de los derechos, según la cual un derecho es una razón que deriva de la existencia de un interés que justifica una obligación por parte de otros, aunque tal obligación no es perfecta, o no lo es todavía (*cf.* MacCormick, N., *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982). Una reconstrucción del desarrollo de las teorías sobre los derechos en el ámbito anglosajón, en donde se destaca este aspecto: Celano, B., “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (ed.), *Analisi e diritto 2001*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 1-58.

⁶⁴⁶ Me refiero a la fase del desarrollo de los derechos que se inició después de la Declaración Universal de 1948.

cho recogido y cuidadosamente relaborado en el artículo 60. de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁶⁴⁷ De reciente, en el capítulo V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, titulado “Ciudadanía”, el artículo 41 habla expresamente de la imparcialidad de la buena administración con referencia a las instituciones de la Unión Europea. Este derecho incluye el tratamiento imparcial y equitativo por parte de las instituciones, el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se inicie contra ella cualquier procedimiento —bien desde la administración pública o bien desde la jurisdiccional—, el derecho a la transparencia de los actos administrativos y la obligación de la administración de motivar sus decisiones. En el artículo 47 del capítulo IV, titulado “Justicia”, se encuentra, en cambio, la referencia al derecho a un juez imparcial. Se trata de un derecho que se afirma también por la vía jurisdiccional, dado que —como es sabido— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dedicado un importante número de sentencias a la imparcialidad.⁶⁴⁸ En todos estos ámbitos se afirma

⁶⁴⁷ El artículo 60. reconoce el derecho a un juicio justo. Tal derecho se concreta en la exigencia de que la causa sea examinada públicamente, dentro de un tiempo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, constituido por ley. Incluye también la presunción de inocencia y los derechos del imputado a ser informado de modo comprensible sobre la naturaleza de su causa, a disponer de tiempo para preparar su defensa, a defenderse, a aportar testigos y a examinar los testimonios contrarios.

⁶⁴⁸ Algunas de las más famosas sobre las que se ha desarrollado una abundante literatura: el caso *Piersack* (10. de octubre de 1982); el caso *Sunsay Times* (26 de abril de 1979); el caso *Delcourt* (17 de enero de 1970); el caso *De Cubber* (26 de octubre de 1984); el caso *Hauschildt* (24 de mayo de 1989); el caso *Saraiva de Carvalho* (22 de abril de 1994); el caso *British American Tobacco Company LTD vs. The Netherlands* (20 de noviembre de 1995); el caso *Procola* (28 de septiembre de 1995); el caso *De Haan* (26 de agosto de 1997). Para un análisis de lo escrito sobre la cuestión, *cf.* Fernández-Viagas Bartolomé, P., *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997; Clay, T., *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, sobre todo, pp. 245-301; Tarzia, G., “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale.*, 1, 2001, pp. 1-22; Danelius, H., “L’indipendenza e l’imparzialità del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo*, 2, 1992, pp. 443-452 y la jurisprudencia citada en estos textos. Las sentencias se encuentran fácilmente en el sitio web del Tribunal, en la dirección www.dhcour.coe.int.

la idea de que existe un derecho fundamental a la imparcialidad, un derecho individual a un bien comparable a otros bienes igualmente fundamentales como la libertad de expresión o la salud. El bien garantizado por el derecho a la imparcialidad es, sin embargo, un bien de carácter típicamente “jurídico”, pero en dos sentidos diversos: en primer lugar, es un bien jurídico de tal magnitud que debe constituir un derecho fundamental; en segundo lugar, es un bien jurídico porque se realiza a través del propio derecho. Si la imparcialidad es la característica esencial del derecho y es bueno garantizarla, también la existencia del ordenamiento jurídico puede entenderse, en sentido amplio, como un bien.

De ahí que si consideramos la imparcialidad como un derecho subjetivo, se registra un notable desfase entre la perspectiva de los derechos humanos y la perspectiva de los ordenamientos nacionales; ello puede explicarse a la luz de una cierta evolución de las relaciones entre derecho y Estado.⁶⁴⁹ En efecto, la orientación más extendida en los ordenamientos nacionales es la de reconocer, a lo sumo, la existencia de un legítimo interés a la imparcialidad.⁶⁵⁰

A este propósito debemos concretar mejor las dos dimensiones de la imparcialidad en la experiencia jurídica que hemos apuntado al principio. Por un lado, la imparcialidad puede entenderse como principio que regula las relaciones entre un órgano y los destinatarios de su acción: desde esta óptica, se puede hablar de un derecho subjetivo a la imparcialidad. Por otro lado, se puede entender co-

⁶⁴⁹ Cfr. Tarzia, G., “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, cit.

⁶⁵⁰ Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padua, Cedam, 1973, p. 142. Es significativa, a este propósito, la ausencia en algunas Constituciones modernas, atentas a establecer cuidadosamente los principios fundamentales del Estado, del principio de imparcialidad del juez. Cabe citar como ejemplo la Constitución italiana, que habla en su artículo 97 de imparcialidad y buen funcionamiento como principios reguladores de la administración pública, recientemente completada por la alusión al juez tercero e imparcial en un novedoso artículo 111. Últimamente, ha llamado la atención sobre este aspecto en la Constitución española, Jiménez Asensio, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, Aranzadi, 2002.

mo un principio que se refiere a un órgano y a sus relaciones con la fuente del poder: en este sentido, la exigencia de imparcialidad deriva del principio de la separación de poderes y, como ya dijimos, se expresa en relaciones de dependencia.⁶⁵¹ En efecto, en este segundo sentido, la imparcialidad se configura mejor como interés legítimo. La idea de imparcialidad como principio organizativo encaja en el ámbito de la administración pública, mientras que para la jurisdicción resulta más lógico hablar del derecho subjetivo al juez imparcial. En todo caso, las dos dimensiones de la imparcialidad convergen cuando se constata que su configuración como derecho subjetivo de los individuos es lo que exige su presencia como criterio organizativo de los poderes. Esto viene indirectamente justificado por el hecho de que administración y jurisdicción están sometidas a la legislación puesto que sólo esta última tiene una legitimación democrática. No obstante, los textos jurídicos internacionales antes mencionados parecen querer decir algo más.

La formulación explícita del derecho subjetivo a la imparcialidad encuentra un precedente histórico y teórico importante en el derecho anglosajón. Podemos remitirnos, por un lado, a la tradición del derecho al *due process* y, por otro, a la tradición de la *natural justice*, tradiciones ambas sustancialmente coincidentes. En los ordenamientos modernos la imparcialidad en el ámbito de la administración y en el ámbito de la jurisdicción tienen esta raíz común.

El *due process* fue consagrado en la “V Enmienda” de la Constitución norteamericana de 1791 y consiste, como es sabido, en el principio según el cual nadie puede ser privado de la vida, de la li-

⁶⁵¹ En relación con la imparcialidad en el ámbito administrativo, *cfr.* Satta, F., “L’imparzialità nella pubblica amministrazione”, voz en *Enciclopedia Giuridica, cit.*, vol. XV, p. 1. Allegretti lamenta, respecto al panorama italiano, la congelación de la reflexión sobre la imparcialidad después de haber sido incluida como principio de la administración pública en la Constitución italiana. Él mismo había contribuido al breve debate italiano sobre el tema, concluido en la primera mitad de los años setenta. *Cfr.* Allegretti, U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padua, Cedam, 1996, pp. 79-99.

bertad o de la propiedad, si no es mediante un proceso justo.⁶⁵² La *natural justice*, en la tradición del derecho anglosajón, consiste en un conjunto de reglas fundamentales necesarias para el recto ejercicio del poder, comunes a todas las ramas del derecho, cuyo carácter natural se refiere al alcance universal del ideal de justicia. En el derecho inglés la expresión se conecta con dos cánones: la *rule against bias*, o regla de la imparcialidad del juez, según la cual nadie puede ser juez en causa propia, y el *right to a hearing*, según el cual nadie puede ser condenado si primero no ha sido escuchado.⁶⁵³ Estos dos derechos sintetizan de modo ejemplar los elementos de la imparcialidad: su ámbito es el (correcto) ejercicio del poder de juicio y con ese fin se prevén reglas, algunas relativas al sujeto que debe ejercer el poder, otras relativas al propio modo de ejercerlo. Los elementos se pueden combinar diversamente, pero queda inamovible su sentido. Estas reglas tienen tal importancia que el derecho se esfuerza, incluso, en salvar las apariencias: “no sólo es necesario hacer justicia, sino que hace falta mostrar de manera patente e irrefutable que se ha hecho justicia”.⁶⁵⁴

De esta exigencia encontramos un eco puntual en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se afirma repetidamente que, puesto que lo que está en juego es la confianza

⁶⁵² Cfr. Conso, G., “Conclusioni”, en Varios autores, *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 227 y ss.; Mannori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 506-509.

⁶⁵³ Cfr., sobre el tema, Wade, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 465-579; Leyland, P. y Woods, T., *Administrative Law*, Londres, Blackstone, 1997, pp. 252-324.

⁶⁵⁴ Wade, H. W. R., *Administrative Law, cit.*, p. 547. El correlativo “contingencial” del derecho de audiencia de los ciudadanos interesados está explícitamente formulado en las leyes austriacas de 1875 y de 1925, respectivamente, que instituyeron el Tribunal Administrativo y la reglamentación del procedimiento administrativo (cfr. Fazzalari, E., “Valori permanenti del processo”, en Varios autores, *Diritto naturale. Verso nuove prospettive*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 51-62; *id.*, “Procedimento e Processo (teoria generale)”, voz en *Enciclopedia del Diritto, cit.*, 1987, vol. XXXVI, pp. 118-198).

que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos, también las apariencias revisten importancia.⁶⁵⁵

El derecho debe aportar estabilidad, previsibilidad y claridad en las relaciones humanas gracias a su capacidad normativa. La imparcialidad, en cuanto regla del correcto ejercicio del poder, promueve una confianza que se manifiesta en la obediencia a las leyes. Con todo, la confianza no es, obviamente, un valor *final* del derecho sino condición de su eficacia, consecuencia de otras características suyas. Si la imparcialidad estuviera ordenada a obtener la confianza, dado que ésta deriva de otras razones, no podría afirmarse que aquélla fuera un bien en sí, sino que estaría encuadrada en un contexto instrumental.

Esa es una de las hipótesis de justificación de la imparcialidad como bien: la existencia de un derecho a la imparcialidad tutela el bien de la confianza de los ciudadanos en los tribunales que, en definitiva, es el de su confianza en el derecho. En otras palabras, hace a la autoridad receptora de respeto y de confianza. Pero cuando toda la eficacia de la autoridad se basa en la fuerza coactiva, ¿para qué insistir sobre la confianza en los tribunales? Ciertamente, el derecho presenta el carácter de razón excluyente para actuar, o sea, constituye una razón que excluye otras eventuales razones concurrentes. No obstante, el carácter excluyente del derecho como razón para actuar se hace posible sólo por la seguridad de obtener justicia, que sustenta las expectativas de los individuos:

because I rightly trust the government I will take it for granted that there are adequate reasons to obey its laws, and so long as the government's actions are not flagrantly outside its (morally justified) authority I will not examine the arguments for obedience on a case by case basis.⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ Sentencia *Delcourt*, del 17 de enero de 1970, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre nosotros ha insistido sobre el tema de la *imagen* de imparcialidad Rebuffa, G., *La funzione giudiziaria*, 3a. ed., Turín, Giappichelli, 1993, p. 42.

⁶⁵⁶ Raz, J., "Liberty and Trust", en George, R. P. (ed.), *Natural Law, Liberalism and Morality. Contemporary Essays*, cit., p. 124. Sobre la relación entre li-

Aceptado que el fundamento de la confianza es la presunción de recibir justicia por parte de la autoridad —justicia que se manifiesta en la igual consideración de todas las pretensiones y expectativas—, la distribución ya no tiene como objeto en este caso utilidades o recursos, sino “igual atención e igual consideración”.⁶⁵⁷ En última instancia, pues, la presunción de recibir justicia consiste en la presunción de imparcialidad con que la autoridad tratará cada caso.

4. *La obligación de motivar*

Si nos atenemos al ámbito de la justicia natural, causa sorpresa el hecho de que no forme parte integrante y principal del derecho a la imparcialidad la obligación de motivar,⁶⁵⁸ que es la manera más básica de verificar la imparcialidad de una decisión. Tal obligación, explícita en la mayor parte de los ordenamientos continentales contemporáneos, puede considerarse una contribución específica del derecho continental a la garantía de imparcialidad.⁶⁵⁹ De este modo, se consideran indicios universales de falta de imparcialidad —en la administración y en la jurisdicción— la carencia de motivación o su insuficiencia. La necesidad de dar razones amplía el significado de la imparcialidad, más allá de la referencia a la justicia, hacia el área semántica de la justificación y la argumentación, en la que habíamos hablado de imparcialidad-objetividad. La

bertad y confianza, *ibidem*, pp. 113-129. Pero, sobre todo, es importante Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, *cit.*

⁶⁵⁷ En última instancia, también Hart debe llegar a la conclusión de que éste es el último nivel de la justicia en el ámbito jurídico. *Cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, p. 163.

⁶⁵⁸ *Cfr.* Wade, H. W. R., *Administrative Law*, *cit.*, p. 547 y también, Craig, P. P., “The Common Law, Reasons and Administrative Justice”, *Cambridge Law Journal*, 53, 2, 1994, pp. 282-302; Fordham, M., “Reasons: The Third Dimension”, *Judicial Review*, 3, 3, 1998, pp. 158-164.

⁶⁵⁹ *Cfr.* Ventura, L., “Motivazione (degli atti costituzionali)”, voz en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Turín, Utet, 1995, vol. X, pp. 30-45.

obligación de motivar, pues, da forma jurídica a la práctica de la justificación y a la búsqueda de las razones.

No obstante, entre imparcialidad y exigencia de motivación existe una diferencia: la motivación⁶⁶⁰ *sigue* a la formación de la decisión, mientras que la imparcialidad está presente en el proceso de formación de la decisión. En cuanto que estructura el juicio, la imparcialidad precede a la decisión; la motivación se produce *ex post*, después de la decisión. La cuestión es, pues, la relación existente entre motivación e imparcialidad: si la primera deriva necesariamente de la segunda o si resulta un corolario solamente eventual.

Ya hemos visto que los diversos modelos de razón práctica ofrecen diferentes respuestas a la pregunta sobre la *génesis* de la decisión, pero también después, una vez formulado el juicio —*ex post*—, se pueden dar explicaciones o justificaciones de su resultado. La formación del juicio, por un lado, y la justificación y explicación, por otro, son dos operaciones distintas e independientes. Se entiende que ofrecemos una “explicación” cuando hacemos explícito el itinerario psicológico seguido para alcanzar una determinada valoración: es el objeto de investigación de las ciencias psicológicas. Ofrecemos, en cambio, una “justificación” cuando exponemos las razones de un juicio o de una decisión.⁶⁶¹

En la segunda mitad del siglo XX un nutrido grupo de estudiosos ha formulado y consolidado una suerte de sistematización general de las reglas de la justificación,⁶⁶² mientras el ámbito de la

⁶⁶⁰ Se está hablando ahora de motivación en sentido técnico, obviamente.

⁶⁶¹ Corresponde a la diferencia entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación”. Esta distinción la hizo famosa Popper, K., *La lógica de la investigación científica*, trad. de V. Sánchez Zabala, Madrid, Tecnos, 1967; véase, por ejemplo, pp. 7-9. En estas páginas Popper ilustra la distinción acudiendo a una comparación “judicial”: la diferencia que existe entre el veredicto del jurado, que debe pronunciarse sobre una afirmación de hecho cuya respuesta depende enteramente del modo en que la cuestión esté formulada, y el juicio del juez que, en cambio, es un juicio razonado, esto es, que contiene una justificación.

⁶⁶² Ya hemos recordado las obras de Perelman, los esfuerzos del grupo que se ha hecho promotor de la rehabilitación de la filosofía práctica en Alemania, los

formación de la decisión viene considerado algo que escapa a todo examen y que resulta, cuando menos, ambiguo.⁶⁶³ Esto se debe, en buena medida, a la prevalencia de una cierta concepción de razón práctica, para la que toda decisión se produce sobre la base de (o depende de) deseos, creencias o sentimientos, más que de *razones*. De modo que todo esfuerzo dirigido a la verificación de los procesos de decisión resulta inútil.

Frente a esto pueden hacerse algunas observaciones. En primer lugar, el hecho de que la génesis y la justificación se refieran al mismo objeto —la decisión o el juicio— es un dato que favorece la conjunción de presupuestos y de dinámicas. Si es posible ofrecer razones después de una determinada valoración práctica, no es descabellado pensar que esa valoración haya estado fundada sobre razones. Ciertamente, no es infrecuente que las razones inicialmente aducidas en apoyo de una posición —o de una decisión jurídica— se revelen ficticias o débiles y que la decisión, que parecía fundarse sobre determinadas razones, acabe encontrando su fundamento real en otras. Por otra parte, forma parte de una experiencia jurídica común la impresión de que las razones de una parte y las de la otra son siempre sostenibles.⁶⁶⁴ Eso significa que las razones son plurales y pueden ser puestas a prueba, pero no significa que no existan razones.

En segundo lugar, es también cierto —tanto en la perspectiva moral como en la jurídica— que la motivación confiere racionalidad a la decisión, aunque sea *ex post* y desde el exterior. Llevando

estudiosos de la argumentación propiamente jurídica. Una síntesis, con referencias al derecho, se encuentra en los trabajos ya citados de Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, y Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*.

⁶⁶³ Esto se puede sostener también a propósito de autores que han revalorizado la razón práctica, por ejemplo, *cfr.* las obras de Alexy y de Atienza citadas en la nota precedente.

⁶⁶⁴ Sobre una experiencia similar —condivisibilidad de las razones de la mayoría y de la minoría— se funda la idea de la discrecionalidad del juez según Barak, A., *Judicial Discretion*, Nueva York-Londres, Yale University Press, 1989, pp. 7-44.

al extremo la posibilidad de escindir estas dos operaciones, se podría sostener que no es el juicio el que es jurídico sino que es la motivación la que “añade” juridicidad a la decisión. Hay que preguntarse, pues, cómo puede darse esta juridicidad “sobreañadida”. Conviene no olvidar que está muy arraigada la idea de que el derecho es reacio a adoptar soluciones como fruto de una total arbitrariedad, y lo demuestra por lo menos con sus mecanismos de control *ex post*. Esta cuestión remite al problema más general de la razón práctica. En todo caso, podemos afirmar que, cuando acudimos a la idea de deliberación, lo que estamos destacando es la presencia operativa de la razón. En el ámbito jurídico, afirmar que la génesis de la decisión y su justificación son homogéneas o afirmar que entre ellas existe heterogeneidad, es una cuestión abierta desde el punto de vista de la razón, pero la carga de probar que existe una solución de continuidad entre decisión y motivación recae sobre el que niega esa continuidad y no sobre quien la defiende.

La motivación, por un lado, consiste en individuar las *razones jurídicas* de la decisión y, por otro, tiene el efecto de proyectar esa decisión hacia una dimensión de verificación de imparcialidad a largo plazo, a través de los posibles controles sucesivos, en grados diversos, por parte de la propia institución que decide, ya que una de las funciones de la motivación consiste en facilitar la tarea procesal. Señalamos, una vez más, que la imparcialidad se garantiza gradualmente: no es sólo una característica del juicio que da lugar a la ley, ni sólo una prerrogativa del juicio que individúa la decisión concreta, sino que emerge de la complejidad de sus instituciones, también gracias a la revisión. Por otra parte, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional revise tanto su propia decisión como lo actuado por la administración o lo regulado por la legislación —el control recíproco— permite no sólo un control interno al derecho, sino también un control externo por parte de la comunidad.⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ Fernando Paolo, M., *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993.

La motivación destaca aspectos importantes de la imparcialidad que, sin embargo, podrían reconducirla a la legalidad. Entendida en sentido formalista —como obligación de motivar las decisiones o las sentencias, una obligación explícitamente contenida en la ley— la motivación comporta un control de legalidad. Consiste en la exigencia, dirigida al sujeto que decide, de introducir su decisión en el ordenamiento jurídico en el que vive y actúa. Debe ofrecer las razones “jurídicas” que lo han llevado a tomar una determinada decisión. Debemos examinar, entonces, si la exigencia de motivar, claramente inspirada por un deseo de imparcialidad, puede distinguirse de la *estricta* legalidad. El problema radica, pues, en la idea de legalidad.

La motivación nos dice que la imparcialidad está garantizada donde existen razones —coincide con la existencia de razones— y, bajo ese punto de vista, la imparcialidad se aproxima a la objetividad del juicio. El hecho de que las razones alegadas sean razones jurídicas especifica su vínculo con la legalidad. El argumento funciona en una doble dirección. Es cierto que la motivación pide razones jurídicas, pero también es cierto que todas las razones alegadas en una motivación se convierten, en sentido amplio, en jurídicas. Esto significa que el concepto de legalidad se extiende hasta abarcar todo aquello que, por medio de una actividad jurídica, se incorpora al derecho.⁶⁶⁶

La obligación de fundar la decisión sobre razones, por otra parte, está también conectada con la dimensión de la imparcialidad como igual consideración. Desde esa perspectiva debemos valorar todas las razones en pro y en contra y debemos dar respuesta a todas las razones aportadas por las partes, tanto las que se reconocen como justas como las que parecen infundadas, ya que su propia falta de fundamento sólo aflora cuando son examinadas; pero so-

⁶⁶⁶ El discurso jurídico puede considerarse un caso especial del discurso práctico, por tanto, requiere elementos diversos, como condiciones limitativas dadas por las reglas o razones jurídicas en sentido propio (*cfr.* Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.*, pp. 170-176).

bre todo debemos considerarlas todas porque la imparcialidad así lo exige.

No obstante, observando más profundamente la *dinámica* de la motivación, pueden señalarse algunos límites. Por ejemplo, se observa que está inspirada en la regla general del derecho según la cual, la carga de la prueba recae sobre quien altera el *status quo*, jurídicamente tutelado con base en el principio de conservación típico del derecho; la necesidad de estabilidad de las relaciones humanas, para que pueda darse la cooperación, lo justificaría. Ciertamente, la estabilidad no es necesaria en sí, pero —al igual que la confianza— es condición del buen funcionamiento del derecho.⁶⁶⁷ En este sentido, quien juzga es *im-parcial* respecto a las partes, pero está de parte del *status quo* y de la resolución ideal del caso presuntamente contenida en la ley.⁶⁶⁸ Muchas reglas de razonabilidad⁶⁶⁹ que están presentes en la motivación (como la cohe-

⁶⁶⁷ Por este motivo Fuller las enumera entre los *desiderata* del buen derecho: de un derecho justo (*cf.* Fuller, L. L., *The Morality of Law*, *cit.*, pp. 33-94, 187-242). La imparcialidad desempeña un papel relevante en la tradición de la *rule of law*. El contenido de la *rule of law* se refiere, según Wade, al principio de conformidad con la ley de parte del gobierno y de la administración, el control fuerte del gobierno, las garantías procedimentales de la *natural justice* y el principio de responsabilidad personal. *Cfr.* Wade, H. W. R., *Administrative Law*, *cit.*, pp. 23, 465, 812; Paulson, S. L., “Teorie giuridiche e «Rule of Law””, en Comanducci, P. y Guastini, R. (ed.), *Analisi e diritto 1992*, Turin, Giappichelli, 1992, pp. 251-274.

⁶⁶⁸ Según Schauer, la esencia del positivismo consiste en sostener que en la ley se contiene previamente la solución del caso. Aunque ésta actúa sólo cuando entra en contacto con las situaciones concretas (Schauer, F., *Las reglas en juego*, *cit.*, pp. 259-269).

⁶⁶⁹ El principio de razonabilidad es, en realidad, una combinación de exigencias de coherencia y lógica —en sentido amplio— y de exigencias de imparcialidad. Ejemplos de irracionalidad son la no congruencia entre decisión y resultado de la instrucción, una instrucción inadecuada, la pluralidad de factores de riesgo no adecuadamente valorados, la no consideración de alguno de los intereses en juego la incompleta valoración en la elección comparativa, deficiencias en la motivación y disparidad en el trato. La bibliografía sobre el tema es bastante amplia. *Cfr.*, entre tantos, Aarnio, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, *cit.*; Varios autores, *Il principio di ragionevolezza nella giurispru-*

rencia y congruencia con el sistema jurídico o la adecuación con el precedente), apuntan en la dirección de conservar algo ya dado o avalan la existencia de un orden presuntamente justo. La posible calificación de “conservador” para este planteamiento no justifica, sin embargo, la posición contraria, o sea, la conveniencia de actuar con falta de lógica, arbitrariedad o pretendida originalidad a la hora de tomar decisiones.⁶⁷⁰ La cuestión está, una vez más, en la riqueza del concepto de imparcialidad. En el flujo de la motivación, la adecuación respecto al orden ya dado (el de la ley general y abstracta, el precedente, la uniformidad de la doctrina) supone la justicia del *status quo*. Respecto a la lógica de la conservación, el principio de imparcialidad (esta vez como imparcialidad-justicia) podría imponer una ruptura con el precedente, o la corrección de un determinado desarrollo del sistema, o la introducción de un cambio de dirección radical, expresando en ello su carácter corrector. Y ello, a pesar de la existencia de razones jurídicas de coherencia y consistencia.⁶⁷¹

El problema está, por un lado, en la relación de la imparcialidad con la confianza y la estabilidad y, por otro, en su relación con la justicia. Las dos primeras son valores que ejercen una fuerza *inercial* en la experiencia jurídica, una inercia que no debe prevalecer sobre la exigencia de justicia de la que es portador el principio normativo de imparcialidad. Ésta, en efecto, puede exigir un esfuerzo innovador, capaz de introducir una dosis mayor de igualdad donde sólo parecía necesario un reequilibrio de relaciones. La tensión entre conservación e innovación es uno de los puntos en que se capta

denza della Corte costituzionale, Milán, Giuffrè, 1994; Paladin, L., “Ragionevolezza (principio di)”, voz en *Enciclopedia Giuridica*, cit., 1997, I, pp. 899-910.

⁶⁷⁰ Barak distingue entre jueces activistas y moderados: los primeros son aquellos que, entre las distintas y legítimas soluciones posibles, eligen aquella que modifica el ordenamiento; los segundos son aquellos que elegirían la solución que mantiene el *status quo*. No obstante, tanto unos como otros, actúan dentro del ordenamiento (Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., pp. 147 y 148).

⁶⁷¹ No debemos olvidar las relaciones entre igualdad e imparcialidad analizadas en el primer capítulo y la definición de imparcialidad como “motor” de una progresiva igualdad.

la dinámica de la imparcialidad, su carácter dialéctico, el hecho de que viene conquistada a través de progresivos acercamientos, y su carácter inagotable. La imparcialidad acrecienta las razones de la confianza y la estabilidad, no porque sean fines exclusivos, sino como exigencia de proporción entre las partes, una aspiración a la justicia que podría derivar, antes que de la congruencia y consecuencialidad con la orientación prevalente y la solución ideal abstracta, con un distanciamiento de la dirección seguida hasta el momento, con una variación —incluso radical— de ruta.

5. *El pluralismo de las opciones*

No hay duda de que el derecho posee una dimensión sancionadora, esencial para su funcionamiento como también para su definición y comprensión. Sin embargo, no es menos esencial que también es una *razón para la acción* de aquellos que lo asumen como regla de comportamiento, tal y como ha destacado la teoría del derecho del siglo XX. El significado integral del derecho emerge cuando no se lo entiende dirigido, única o principalmente, a reprimir o desalentar comportamientos contrarios a las normas, sino también como finalizado a guiar las acciones humanas, sean éstas las de quienes actúan dentro de la legalidad en el ejercicio de cualquier función o poder, público o privado, sean las de quienes actúan dentro del derecho con la intención de observarlo (o transgredirlo: en este caso el derecho ejercería una motivación indirecta).⁶⁷² Esta finalidad directiva del derecho (directa e indirecta) supone otra característica: es compatible con un espectro muy amplio de acciones posibles. La indicación de esta o de aquella forma de coordina-

⁶⁷² Como es sabido, este último aspecto agota el tipo de motivación que el derecho ejerce sobre los participantes al pacto social en el sistema kelseniano y la concepción utilitarista (cfr. Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 16-21). Eso significa que el tipo de racionalidad exigida por el derecho de parte de los consociados es una racionalidad capaz de prever y calcular las consecuencias de las propias acciones (cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 18-25).

ción de las acciones es, en la mayor parte de los casos, una opción entre otras, pero la opción, una vez elegida, resulta obligatoria.⁶⁷³ La normatividad del derecho se manifiesta en individual *una* entre las múltiples opciones jurídicamente posibles y uno entre los múltiples modos de hacer obligatoria una opción. Además del ámbito de lo que obviamente debe incluirse o excluirse, porque es necesario o contrario a los fines fundamentales del ordenamiento, hay mucho espacio para la determinación de las acciones. El pluralismo de las opciones indica la posibilidad de individual múltiples caminos para la realización de los fines del derecho.

Algunos elementos —esenciales del contenido mínimo de derecho natural⁶⁷⁴ o los indicados por las Constituciones— delimitan un marco general de posibilidades que no es ilimitado, pero que resulta, al mismo tiempo, inagotable a través de las determinaciones concretas.⁶⁷⁵ Entre los parámetros de referencia se encuentran algunos relativos a los modos de operatividad del derecho, que marcan un umbral desde el punto de vista procedimental:⁶⁷⁶ la imparcialidad es uno de ellos.

⁶⁷³ Recordemos la teoría de la derivación del derecho positivo desde el derecho natural, según Tomás de Aquino. El problema en cuestión se refiere a la relación entre las leyes de una determinada sociedad y los principios de la ley natural. Según Tomás de Aquino, el derecho positivo puede derivar del derecho natural de dos maneras. Por un lado, de modo semejante a la derivación por deducción a partir de un principio general, como concreción positiva de un precepto de carácter general (así la norma que prohíbe el homicidio se concreta en preceptos que establecen el castigo de esa conducta y sus circunstancias atenuantes). Por otro lado, el derecho positivo puede derivar del derecho natural como una determinación de las directrices generales, a través de las cuales el legislador elige el modo específico de actuación de una regla (Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, cit., I-II, q. 95, a. 2). La imparcialidad tiene que ver con las dos maneras. Donde es posible una opción, su determinación como resultado debe respetar diversas exigencias, entre ellas la de imparcialidad.

⁶⁷⁴ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., pp. 189-195.

⁶⁷⁵ La “inagotabilidad” viene dada por el desfase entre la formulación del derecho y la realidad a la que éste refiere, entre el lenguaje y lo que éste expresa.

⁶⁷⁶ Cfr. la idea de derecho natural procedimental de Lombardi Vallauri, L., “Diritto naturale”, *Jus*, 34, 1987, pp. 241-261.

En la selección de las opciones, la imparcialidad opera sobre muchos niveles. En primer lugar, actúa como criterio-límite de la admisión de candidaturas para resolver un problema de cooperación. Entre las posibles alternativas son admisibles las que, al menos, pretenden respetar la proporción entre las partes: una pretensión claramente parcial no vendría ni siquiera tomada en consideración.⁶⁷⁷

Puede objetarse una aparente incongruencia con cuanto se ha dicho a propósito de la deliberación democrática (que en la práctica jurídica corresponde al mecanismo de producción de las leyes). En el contexto político entrarían propuestas de todo tipo, incluso aquellas fundadas sobre intereses parciales pero el mecanismo de la deliberación sirve precisamente para excluir las que no pueden llegar a ser válidas para todos. Aquí, en cambio, se afirma que la imparcialidad de las propuestas es ya un criterio de admisión. Se trata del mismo problema mirado desde dos puntos de vista diferentes. En la perspectiva política se quiere destacar la participación de todos; en la perspectiva jurídica se busca la propuesta general y abstracta (ley) más adecuada.

En segundo lugar, la imparcialidad interviene también en la delimitación del ámbito de las opciones posibles para la realización de los fines del ordenamiento: sólo son admitidas aquellas opciones que no presentan incongruencias respecto a él, es decir, las que objetivamente realizan los fines del ordenamiento. La imparcialidad está presente también en la aplicación de la regla general en los casos concretos. En todos estos niveles la imparcialidad se infiltra entre las diversas posibilidades y actúa como criterio que permite excluir, al menos, algunas soluciones. El pluralismo es condición del derecho, entendido, en sentido amplio, como ámbito de lo posible; pero el ámbito de lo posible está determinado, a su vez, por la imparcialidad. Se trata, en definitiva, de un posible de carácter jurídico.

⁶⁷⁷ En este sentido minimalista se ha dicho que el derecho aporta, en la perspectiva de los participantes en la práctica jurídica, una propuesta de ajustamiento, so pena de incurrir en contradicción performativa (*cf.* Alexy, R., *Concepto y validez del derecho*, *cit.*, pp. 34-39).

Mientras el pluralismo de las opciones en el ámbito ético —marcado por una exigencia de respeto recíproco—, lleva consigo un principio de disgregación que debe ser equilibrado por la exigencia de comunicación y de confrontación —no es, pues, indispensable llegar a una única solución—, el pluralismo de las opciones en el derecho pretende individuar entre las diversas posibles una de tipo obligatoria, porque su finalidad es posibilitar la coordinación. Con la ética el derecho comparte el pluralismo de principio en las posiciones. Con la moral —entendida como moral de la justificación— el derecho comparte la exigencia de identificar una solución válida, la tendencia a la justificación y la fundamentación con base en razones.

Las variables sobre las cuales se construye el pluralismo —como acontece en la moral y la ética— son de dos tipos: los sujetos y los bienes. En cuanto a los sujetos, la imparcialidad representa la exclusión de las preferencias respecto a los intereses en juego, que se concreta, a su vez, como prohibición de preferencia entre las personas, un significado históricamente reconocido.⁶⁷⁸

Mientras el significado de imparcialidad como prohibición de preferencia entre las personas pertenece clásicamente al derecho bajo la forma de prohibición de discriminación, el significado de imparcialidad que consiste en prohibir la preferencia entre bienes es una adquisición reciente, debida al desarrollo del contenido normativo de los ordenamientos. Su importancia se evidencia por la presencia en las Constituciones de valores plurales y contrapuestos.⁶⁷⁹ La imparcialidad consiste en una regla de ponderación de principios, bienes y derechos, incluso cuando éstos parezcan anti-téticos y se haga necesaria una ponderación. La imparcialidad re-

⁶⁷⁸ Últimamente, Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁶⁷⁹ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit.*, pp. 13-17. Es ya una obviedad recordar que reglas y principios integran, bajo el mismo título, la estructura del derecho. Esto comporta incluir dentro del ámbito del derecho un estilo diverso de argumentación y de reflexión. Desde este punto de vista se acrecienta la semejanza entre el derecho, la razón práctica y/o la razón moral (*cf. ibidem*, pp. 180-187).

sulta más necesaria en la medida en que se verifica un conflicto (como el caso en el que se contradicen el bien de la libertad y el de la seguridad, o el de la organicidad de las soluciones y el respeto a la diferencia). En este sentido, la imparcialidad se acerca a la integridad, porque se refiere a la imprescindible presencia de todos los valores contenidos en el ordenamiento. En todo caso, los bienes tutelados por el ordenamiento siempre han sido múltiples: la coexistencia de certeza, igualdad y justicia, apoya esta afirmación.⁶⁸⁰

La insistencia sobre el pluralismo de las opciones y los intereses, así como sobre los espacios de elección dentro del derecho, hacen temer a muchos un déficit del valor de la certeza en el derecho. Esta impresión se confirma porque la imparcialidad, como dijimos, es un criterio vinculado al valor de la justicia. En un modelo de derecho en el que la certeza y la legalidad (en sentido estricto) son los valores principales, se tiende a excluir la imparcialidad o bien a reducirla a la legalidad o al mandato de igualdad, o bien entendida como simple principio organizativo. No obstante, habría que demostrar que la desaparición de la imparcialidad conduce realmente al aumento de la certeza y de la legalidad, y no viceversa.

6. *Las circunstancias del ejercicio del poder*

En la experiencia jurídica contemporánea podemos constatar una tendencia a reconocer la pertinencia de la imparcialidad en el poder administrativo y jurisdiccional pero no en la legislación, con la excepción de la exigencia de igualdad. Esta idea deriva de una particular lectura del poder en general, de la teoría de la separación de poderes y de una cierta noción del Poder Legislativo. Todos estos datos conforman las coordenadas de una concepción de la imparcialidad como principio organizativo. El poder es imaginado como una fuerza o energía ciega que puede ser limitada sólo desde

⁶⁸⁰ El problema está en si sólo los ordenamientos modernos están integrados por principios (entendidos como valores materiales, de contenido). Para una breve e interesante discusión, *cfr.* Alexy, R., *Concepto y validez del derecho, cit.*, pp. 74-78.

el exterior, por algo homogéneo con él, es decir, por otro poder. La imparcialidad —como límite al poder de la jurisdicción y de la administración— consiste, tradicionalmente, en su subordinación al Legislativo,⁶⁸¹ que regula también el eventual espacio de discrecionalidad de aquellos dos.

El principal objetivo de la imparcialidad en la estructuración de las relaciones entre los poderes es eliminar las interferencias.⁶⁸² Un modo de asegurar la no interferencia consiste en disciplinar la jerarquización y las relaciones recíprocas. Así, la imparcialidad se concibe como relación de dependencia de la administración respecto al poder político e independencia del poder jurisdiccional respecto al Ejecutivo y dependencia respecto del Legislativo. La actividad del legislador, sin embargo, parece completamente “libre” de vínculos.

Pero se trata sólo de una lectura simplificada de las cosas, puesta en entredicho por diversos factores que han complicado también la tesis de la separación de poderes. Por un lado, la estructura de las Constituciones contemporáneas evidencia una posición distinta del legislador ordinario sobre su contenido. En efecto, el legislador resulta indudablemente vinculado por el marco constitucional.⁶⁸³ Por otro lado, el concepto de imparcialidad evoluciona rápidamente. Pensemos en el ámbito administrativo, donde surgen instituciones caracterizadas por la independencia: órganos de garantía o *authorities*.⁶⁸⁴ Las exigencias de justicia, en efecto, generan la

⁶⁸¹ Particularmente claro, en este sentido, es Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., p. 95.

⁶⁸² O también neutralizar los efectos negativos. Distingue entre separación y equilibrio de poderes Guastini, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Turin, Giapichelli, 2001, pp. 15-40.

⁶⁸³ Cfr. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, cit., caps. 9 y 10. Indudablemente, no es lo mismo hablar de *vinculo* (distinto de control) que hablar de *límites* al Poder Legislativo por parte de la Constitución. Para esta última posición, Guastini, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., 97-104.

⁶⁸⁴ Cfr. Cassese, S. y Franchini, C. (ed.), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996. Sosteniendo que la imparcialidad es una característica de las autoridades independientes, se insiste, a menudo, en el hecho de que la política es independiente de los partidos y de los intereses de grupo (cfr.

hipótesis de que una autoridad independiente del poder político puede garantizar mejor la imparcialidad de la administración. Por otra parte, la compleja articulación del poder jurisdiccional en materia de control de constitucionalidad hace que este Poder incida sobre el Legislativo. No está, obviamente, a nuestro alcance esbozar una nueva teoría de la separación de poderes a la luz de estos cambios. Puede observarse, sin embargo, que determinadas concepciones de la imparcialidad antes consideradas irrenunciables, son ahora puestas en discusión. Esto permite discernir entre sus dimensiones las que no son tan relevantes como parecían y las que reflejan mejor el núcleo último de su significado. En el trasfondo puede verse la compleja cuestión de la naturaleza de la Constitución, el tipo de indicación que la Constitución da al legislador y a los otros poderes y la doctrina de la discrecionalidad.⁶⁸⁵

Nuestro interés es más modesto y puntual. Si la imparcialidad no coincide (o no sólo) con la jerarquización de los poderes, entonces se abre la posibilidad de elaborar una doctrina común de la imparcialidad en el ámbito jurídico. Esa doctrina única de la imparcialidad, más que distinguirse con relación al sujeto que ejerce el poder (legislador, administrador, juez), se refiere a todo el derecho y marca una caracterización del poder ejercido en sentido jurídico, aunque sus mecanismos y efectos actúen de modo diverso de acuerdo con las diversas funciones que los poderes desarrollan. Su corolario es la existencia de una modalidad de control del poder que no es sólo la oposición de otro poder, sino, por así decirlo, una moderación del poder a través de las razones.

La Spina, A. y Majone, G., *Lo Stato regolatore*, Bolonia, Il Mulino, 2000, en particular, pp. 15-66; también Merusi, F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bolonia, Il Mulino, 2000).

⁶⁸⁵ “En la disputa sobre el abuso del Poder Legislativo se pueden colocar, de un lado, a quienes ven en la Constitución un sistema de fines cumplidos y autosuficientes y presentan la legislación como una actividad funcionalizada; del otro, a quienes niegan la posibilidad de reconstruir la Constitución como orden autotético” (Scaccia, G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 150). El problema, pues, es de fondo. A nosotros nos interesa, como dijimos, sólo en cuanto afecta a la imparcialidad.

Partamos del presupuesto de que, entre los diversos poderes, sólo el Legislativo no está obligado a “motivar” sus decisiones —las leyes—, y de que no se puede hablar en este ámbito de abuso de poder.⁶⁸⁶ Este presupuesto concuerda bien con la exclusión de la imparcialidad-objetividad a propósito de la legislación, debido a su identificación total con la generalidad de la ley y con la idea de que la imparcialidad se reduce al límite externo del poder: para una asamblea democrática no habría límites externos. La explicación ofrecida para justificar esta disparidad del Legislativo respecto a los otros poderes radica en el déficit de legitimación democrática de los otros dos. Faltando un fundamento democrático para la jurisdicción y la administración, más allá de la legitimación indirecta derivada de la dependencia del legislador, ambos necesitan un *plus* de legitimación que se concreta en forma de *explicitación de las razones*, es decir, a través de la motivación.

Una acepción amplia y articulada del principio de imparcialidad y un particular desarrollo del Estado constitucional —connotado por el carácter normativo de las Constituciones—⁶⁸⁷ hace problemática esa condición de excepción del legislador. Es cierto que la imparcialidad del legislador consiste en el precepto de la generalidad y la abstracción de la ley, ya que su actividad se dirige a la producción de reglas válidas para todos. Pero, ¿basta sólo esto?

Además de la igual consideración de todos los sujetos, la imparcialidad implica también respeto a la integridad de los valores del ordenamiento, entendiéndolo que su cometido consiste en elegir entre diversos modelos de actuación congruentes con las posibilidades normativas señaladas por la Constitución. Las indicaciones

⁶⁸⁶ Cfr. Ventura, L., *Motivazione (degli atti costituzionali)*, cit. Véase D’Agostino, F., “Quando una legge è giusta?”, en *id.*, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 103-109. D’Agostino se remite al criterio platónico según el cual una ley es justa cuando está motivada y un signo de que hay motivos para una ley se manifiesta en que vaya precedida de un preámbulo.

⁶⁸⁷ Fioravanti, M., *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli, 1995; Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999; también *id.*, “Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale”, *Ragion Pratica*, 18, 2002, pp. 169-200.

normativas —principalmente los derechos fundamentales— comportan la delimitación de un campo de acción, contemporáneamente cerrado y abierto: cerrado, porque no admite soluciones contrarias a éstos; abierto, porque acepta una multiplicidad de concreciones.⁶⁸⁸ El legislador puede elegir entre diversas opciones, siempre respetando los derechos fundamentales y, en este sentido, la imparcialidad comporta una moderación de la libertad del legislador. Una moderación que no es necesariamente restrictiva sino que puede ser también directiva o “propulsora”: pensemos en la necesidad de regular los derechos para que sean exigibles, es decir, para hacer operativo su reconocimiento. En realidad, también el ejercicio del Poder Legislativo se presenta, bajo el mandato de la igualdad frente a los sujetos o bajo la actuación de los bienes del ordenamiento, como constitutivamente estructurado por el principio de imparcialidad.

Desde el punto de vista teórico, hay que responder a la pregunta sobre si la imparcialidad, en esta acepción amplia incluyente del legislador, está conectada de modo contingente con la peculiar estructura de los Estados constitucionales o si, por el contrario, tiene una validez general para la definición del derecho. Va de suyo que la idea de imparcialidad como moderación del poder está conectada con la evolución de la teoría y de la práctica de la separación de poderes. Por otra parte, es cierto que el vínculo entre imparcialidad y justicia favorece la hipótesis de que ésta sea una característica definitoria del derecho.

La dogmática tradicional se olvidó de la imparcialidad —redujo su importancia— como ya había hecho con la interpretación. Según sabemos, la doctrina tradicional asumió que la interpretación era una actividad de segundo orden, proclive a la arbitrariedad y a la incerteza. En consecuencia, no sólo el vínculo entre derecho e interpretación no fue visto como constitutivo de la experiencia ju-

⁶⁸⁸ Insiste, en cambio, sobre el carácter libre de la legislación, Guastini, R., “«Diritti»”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1994*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 171.

rídica, sino que incluso la actividad interpretativa resultaba secundaria —además de peligrosa— a los ojos del único sujeto legitimado para ejercer el poder: el legislador. Sólo el legislador estaba habilitado para interpretar de modo “auténtico” la ley (sustancialmente todo el derecho). A este legislador no se le pedían razones para justificar sus decisiones.⁶⁸⁹

La otra cara de la moneda en la doctrina clásica de la interpretación es la tesis de la excepción del legislador respecto a la disciplina de la imparcialidad. Ésta es el principio que permite limitar a cualquiera que desempeñe “poderes”. Si la exclusión de la interpretación tiene que ver con el ejercicio del poder, la imparcialidad, por su parte, insiste en la posición subordinada. Por ello, el legislador escapa a la disciplina de la imparcialidad como dependencia: él está libre de todo vínculo en la tarea de legislar. Cuando lo hace, estará obligado a ser imparcial en el sentido indicado por la generalidad y la abstracción de la ley, porque esa es la estructura “normal” de la ley, pero el poder supremo no asume la imparcialidad entendida como relación de dependencia jerárquica.

El proceso que ha otorgado a la interpretación un papel central dentro del fenómeno jurídico, se ha desarrollado paralelamente al surgimiento de la imparcialidad como parámetro interno de la decisión, parámetro que se refiere a la relación de equilibrio entre partes y a la objetividad de las razones. La imparcialidad ha ganado terreno y dignidad como regla o canon de las decisiones, en cuanto que garantiza la presencia de las razones en el derecho y la exigencia de una proporción entre las partes. Respecto a la administración pública, a la jurisdicción y a la actividad legislativa, el fin de la imparcialidad consiste en garantizar a cada ciudadano (imparcialidad como justicia) la razonabilidad de la acción (imparcialidad como objetividad). En definitiva, la imparcialidad comporta para el ciudadano la convicción de que su derecho o su inte-

⁶⁸⁹ Sobre los presupuestos ideológicos de la idea de derecho en la edad de la codificación, *cfr.* Viola, F. y Urso, M., *Scienza giuridica e diritto codificato*, Turín, Giappichelli, 1989.

rés han sido adecuadamente considerados, junto a todos los demás, y que sólo tras una adecuada valoración se ha tomado una decisión de aceptación total o parcial (también puede que de rechazo) de su pretensión, de lo cual se le ofrecerán todas las razones.⁶⁹⁰ La imparcialidad encarna, como ya señalamos,⁶⁹¹ una concepción específica de la justicia distributiva: no la distribución de cualquier bien particular, sino la atención e igual consideración de todos los intereses, pero con referencia a las razones y a la objetividad del juicio.

Considerar que la imparcialidad concreta una exigencia de justificación —es decir, la exigencia de exponer las razones del juicio, por un lado, y el respeto de la proporción entre las partes, por otro—, explica la extensión del principio de imparcialidad a cualquier poder, incluida la legislación, y permite pensar que el poder puede ser sometido a un *control heterogéneo* respecto al propio poder. La presencia de razones en la decisión comporta una referencia de algún modo “externa” al poder puro y simple: al ordenamiento en su conjunto, a las consecuencias jurídicas de la decisión, al impacto social que pueda tener.

El principio de imparcialidad en la experiencia jurídica mantiene constante esta estructura: se trata de un criterio o regla de la decisión a tomar con base en razones, en presencia de una pluralidad de sujetos y entre una multiplicidad de soluciones. Este esquema se aplica también a la imparcialidad en la administración pública y a la imparcialidad del juez. En estos dos casos lo que cambia es el marco de referencia que constituye el trasfondo del pluralismo de las opciones. La jurisdicción, por ejemplo, está predeterminada por la voluntad del legislador, cristalizada en la ley, pero no está del todo predefinida en sus detalles, como también la administración pública actúa dentro de márgenes no del todo definidos por la ley. En estos supuestos se habla de un espacio de *discrecionalidad*.

⁶⁹⁰ En relación con la imparcialidad en la administración pública: Satta, F., *L'imparzialità nella pubblica amministrazione*, cit., p. 5.

⁶⁹¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 163.

Además del deber de igualdad, la imparcialidad se prefigura como regla en la discrecionalidad, entendida, en general, como “power given to a person with authority to choose between two or more alternatives, when each of the alternatives is lawful”.⁶⁹²

La importancia de la imparcialidad tiene su origen en el peligro real de que “todos” los órganos del Estado se desvíen de la función a ellos encomendada:

right government does not tolerate an unregulated rule by rulers, but calls for rulers to be ruled by law, precisely because law is a dictate of *reason*, while what threatens to turn government into tyranny (rule in the interests of the rulers) is their humans *passions*, inclining them to attribute to themselves more of the good things, and fewer of the bad things, than is their fair share.⁶⁹³

Ciertamente, el deber de imparcialidad se intensifica donde existe una obligación de decidir y lo hace en relación proporcional a la intensidad de las limitaciones dentro de las cuales se debe decidir. Esto distingue a la administración pública y a la jurisdicción respecto de la legislación. Esta diferencia de grado —que no es cualitativa— explica por qué se asocia su pertinencia a los dos primeros ámbitos mientras que en el legislativo su aplicación resulta problemática. Si la imparcialidad tiene que ver con el “deber” de juzgar y decidir, cabe pensar que la imparcialidad es inversamente proporcional a la libertad de tomar una decisión.

Sin duda, desde una óptica histórica, la imparcialidad como criterio organizativo nace como una restricción al poder de decisión de un órgano determinado —la administración pública—, restricción que no afecta al ordenamiento ni al legislador.⁶⁹⁴ Por eso hace falta probar que la necesidad de limitar el poder proviene de una exigencia de justicia y no sólo de razones de eficiencia o de organi-

⁶⁹² Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., p. 7.

⁶⁹³ Finnis, J., *Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?*, cit., p. 2.

⁶⁹⁴ Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 83, 78 y ss.

zación. De ahí que, en cuanto ligada a la justicia, la imparcialidad es la regla de todo poder jurídico y no sólo de un sector específico del poder. La imparcialidad —en su acepción amplia— confirma que el poder no está únicamente limitado por otro poder: también sus condiciones de ejercicio y sus propias reglas son límites del poder.⁶⁹⁵

Por la complejidad del discurso trataremos el problema de la imparcialidad sólo donde ha sido tradicionalmente reconocida y tematizada. En el caso del juez y de la administración pública, la imparcialidad ha sido, en parte, fijada explícitamente como criterio positivo, dirigido a controlar la actuación de estos órganos. Teniendo en cuenta el carácter derivado y la posterioridad cronológica del principio de imparcialidad en la administración pública, respecto a la imparcialidad en la jurisdicción,⁶⁹⁶ partiremos de la primera, para completar posteriormente la reflexión sobre la segunda.

II. IMPARCIALIDAD Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El tema de la imparcialidad en la administración pública está particularmente entrelazado con la relación entre derecho y política, porque en el derecho administrativo el elemento político es más activo y las relaciones entre administración y poder político son muy estrechas, dada la concepción moderna de los poderes estatales.⁶⁹⁷ A la administración pública se le aplica la acepción de imparcialidad construida sobre la relación entre los poderes, o sea, la

⁶⁹⁵ Es interesante, a este propósito, la aproximación que Finnis realiza entre constitucionalismo, derecho natural y teoría del gobierno limitado. Se da una teoría del gobierno limitado donde éste está sometido al derecho natural y a un derecho positivo, más concretamente, al derecho constitucional, además de a las normas morales y al bien común (Finnis, J., *Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?*, cit., pp. 1-26).

⁶⁹⁶ Cfr. Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, Padua, Cedam, 1965.

⁶⁹⁷ Cfr. Modugno, F., "Poteri (divisione dei)", voz en *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, Utet, 1957, vol. XIII, pp. 472-489.

idea de que la imparcialidad no es tanto un principio que regula las relaciones *entre el poder y los destinatarios* de su ejercicio —el principio que tutela un derecho subjetivo a la imparcialidad—, sino un principio que regula las relaciones del *poder* —el administrativo en este caso— *frente a los otros poderes*; esto es, la dependencia del poder administrativo respecto a la ley y al Poder Ejecutivo (de dirección política).

Incluso dentro de este contexto de relaciones entre los poderes, podemos individuar diversos conceptos de poder administrativo y diversos conceptos correlativos de imparcialidad. A partir de aquí, deberemos preguntarnos qué relaciones tienen estos conceptos de imparcialidad con el apuntado “derecho a la imparcialidad” como derecho subjetivo, que remite a una exigencia de justicia en relación con los sujetos. Teniendo en cuenta que la única fuerza que realmente contrarresta al poder administrativo ha sido la consolidación progresiva de la praxis de los derechos humanos,⁶⁹⁸ y también que el derecho a la imparcialidad se está afirmando como derecho subjetivo, quizá haría falta recuperar la conexión entre las diversas acepciones del concepto. La imparcialidad no sólo responde a la lógica del “poder limitado por el poder”, sino también a la existencia de razones para la limitación del poder⁶⁹⁹ y a la aspiración de que el poder sea justo.

Antes de afrontar la reflexión sobre la imparcialidad administrativa debemos recordar que sobre el poder administrativo la tradición continental y la anglosajona presentan muchas diferencias y son parcialmente divergentes. No obstante, la administración ha conquistado en ambos sistemas un espacio institucional muy importante. El Estado moderno, el de la tradición anglosajona y continental, se ha caracterizado por el despotismo administrativo, y la historia del derecho administrativo no es otra que el intento de li-

⁶⁹⁸ Sobre este tema, *cfr.* Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit.*, pp. 32-39.

⁶⁹⁹ En el sentido de que el derecho es una razón para el reconocimiento de un límite por parte de un tercero o para el perfeccionamiento de una obligación (*cfr.* MacCormick, N., *Legal Rights and Social Democracy*, *cit.*).

mitarlo. La contracción de la esfera pública⁷⁰⁰ y la reducción de las prestaciones por parte de la administración no han servido para restringir su presencia, que evoluciona hacia nuevos cometidos reguladores de garantía y control.⁷⁰¹ La “especialidad”, que había constituido la defensa de la autonomía de la administración en tierras continentales,⁷⁰² defensa que suponía un privilegio, se configura ahora como instrumento de tutela de la imparcialidad.

El presente está delineando una lógica diversa de la tradicional, fundada sobre la especialidad. Renunciando a los privilegios de una estatalidad ya trasnochada, sobre un camino de garantía se redescubre la especialidad, nueva, de un derecho administrativo ya partícipe de los valores del derecho común y de la unidad del ordenamiento, abierto a la circularidad entre lo público y lo privado de las cláusulas generales de buena fe, confianza y *standards* de diligencia.⁷⁰³

1. *Modelos de imparcialidad administrativa*

Podemos individuar diversos modelos de administración, extrayéndolos de la sociología jurídica y política. Cada uno de ellos destaca un aspecto del problema de la imparcialidad en la administración pública. No es nuestra intención realizar aquí una historia, ni siquiera en líneas generales, del poder administrativo, sino comprender la relación entre administración e imparcialidad, que también depende de la idea de poder administrativo.

⁷⁰⁰ Mazzamuto, M., *La riduzione della sfera pubblica*, Turín, Giappichelli, 2000.

⁷⁰¹ Cfr. Harlow, C. y Rawlings, R., *Law and Administration*, Londres, Butterworth, 1997, y el volumen ya citado de La Spina, A. y Majone, G., *Lo Stato regolatore*.

⁷⁰² Es conocida la oposición a la especialidad como eje del derecho administrativo en la doctrina francesa, por parte de Dicey, A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, 1959.

⁷⁰³ Mannori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 527. Habría que estudiar detenidamente la transformación de la administración del Estado liberal de derecho, a través de la democracia legislativa y el Estado social.

En una primera aproximación, la imparcialidad de la administración pública se dirige a limitar la parcialidad típicamente política y, por tanto, cumple la función de asegurar la supremacía (de la imparcialidad) del derecho, sobre la (parcialidad de la) política. Esta superioridad del derecho sobre la política depende de una cierta neutralización del elemento político, o también de una particular forma de presencia de la política en la administración pública.

La imparcialidad de la administración ha experimentado una profunda evolución desde sus orígenes liberales hasta los modernos Estados constitucionales.⁷⁰⁴ En sus orígenes, la administración pública se ha concebido como una “parte” —una parte *sui generis*—, contrapuesta al legislador y al juez, pero también contrapuesta a los particulares. Ella es, sin embargo, una “parte justa” en el sentido de que está dirigida a la tutela de los derechos de los ciudadanos.⁷⁰⁵ Ciertamente, en una administración entendida como *parte justa* no hay lugar, en principio, para la imparcialidad. De ahí que la definición paradójica del poder administrativo como “parte imparcial”,⁷⁰⁶ o como parte justa, reclama del poder administrativo “al menos, en última instancia, la orientación a perseguir el propio interés, por supuesto dentro del Estado de derecho, y a perseguirlo con plena objetividad, pero siempre con una intención absorbente y unilateral que no admite el desinterés implícito en la noción de imparcialidad”.⁷⁰⁷ En definitiva, la persecución de un interés propio por cuenta de una “parte” —en principio, estructuralmente unilateral y parcial, incluso cuando su objeto es la garantía de los derechos— parecería excluir la imparcialidad. Sin embargo, la imparcialidad en su origen expresa una clara referencia a la exi-

⁷⁰⁴ Véase el primer capítulo de Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., y el volumen, ya citado, de Mannori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*.

⁷⁰⁵ La idea de administración como “parte justa”, porque se dirige a la tutela de los derechos, es de Wade, H. W. R., *Administrative Law*, cit., pp. 4 y 5.

⁷⁰⁶ La expresión “parte imparcial” fue introducida por Carnelutti a propósito del Ministerio Público (cfr. Carnelutti, F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, Edizione dell'Ateneo, 1947, vol. I, p. 55 y vol. II, pp. 183-185).

⁷⁰⁷ Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 18.

gencia de justicia que consiste, precisamente, en la tutela de los derechos de los individuos.

La exigencia liberal de no interferencia respecto al interés privado identificaba en la presunta ausencia de intereses la característica principal del poder público. Se trataría, pues, de un poder neutral e impersonal por excelencia.⁷⁰⁸ En el contexto liberal no se pretende conseguir la justicia y la imparcialidad *de la* administración, sino que se tiende a buscarla, sobre todo, desde el exterior: se busca la justicia y el control *sobre la* administración,⁷⁰⁹ aunque no se excluye, por supuesto, la idea de justicia en la administración. Pero en la concepción liberal, la imparcialidad coincide con la neutralidad: se da en el Estado y cuando el Estado no tiene intereses propios.

Un segundo modelo de poder administrativo, con su correlativo concepto de imparcialidad, está ligado también a la neutralidad, pero esta vez entendida como objetividad.⁷¹⁰ Puesto que el derecho es un conjunto de reglas abstractas, compete a la jurisdicción aplicar estas reglas al caso particular, mientras que a la administración compete el cuidado racional —objetivo— de los intereses prescritos por el ordenamiento, con las limitaciones impuestas por las normas jurídicas.⁷¹¹ El poder administrativo es ejercido por funcionarios, ordenados según el principio jerárquico, con competencias concretas y con una calificación profesional especializada.⁷¹² El funcionario está por encima de los partidos, fuera de la lucha por adquirir un poder propio. La lucha por la conquista del poder y la responsabilidad personal de la propia causa constituyen el ele-

⁷⁰⁸ Cfr. Barberis, M., “Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2001, pp. 83-109.

⁷⁰⁹ Desde un punto de vista crítico, Allegretti, U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit., p. 84. La posición criticada es, por ejemplo, la de Sandulli, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, Jovene, 1989, p. 4.

⁷¹⁰ La mejor descripción del poder administrativo y de sus atribuciones ha sido trazada por Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de su sociología comprensiva*, cit., vol. I, pp. 239-252.

⁷¹¹ *Idem*.

⁷¹² *Ibidem*, vol. IV, pp. 67-112.

mento vital del político y del empresario.⁷¹³ “Imparcialidad” significa aquí neutralidad, pero una neutralidad que deriva de la especialización, de la profesionalidad, de la competencia: una objetividad que deriva de la racionalidad de lo “público”.⁷¹⁴ Este tipo de neutralidad no es “desinteresada” puesto que el funcionario se propone la consecución de un cierto interés: el prescrito por el ordenamiento jurídico. La imparcialidad es, entonces, sometimiento al ordenamiento jurídico y constituye una *obligación profesional* (deber de oficio) por parte del funcionario.⁷¹⁵ En este segundo modelo, la administración pública, aunque ya no actúe como una “parte” no se caracteriza por la ausencia de intereses, sino por la negación de un interés *propio* y la asunción de los intereses establecidos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la administración se caracteriza por el “principio específicamente moderno y «rigurosamente objetivo» de la «razón de Estado»”.⁷¹⁶ La imparcialidad consiste, pues, en la asunción como propios de los intereses colectivos.

La idea de que la imparcialidad coincide con la objetividad y con la neutralidad al perseguir los intereses generales puede, a su vez, entenderse de diversas maneras. Una primera manera deriva de la conexión entre ordenamiento jurídico y poder político o, mejor dicho, entre ordenamiento y poder democrático. Imparcialidad y dirección política son dos principios convergentes y no contra-

⁷¹³ *Idem.*

⁷¹⁴ La administración, según Weber, debe entenderse como una máquina técnica y burocrática (*ibidem*, vol. IV, p. 89).

⁷¹⁵ En esta idea se inspira L. Morell. No creo, sin embargo, que se pueda sostener que la objetividad y la imparcialidad sean “exigencias jurídicas diferentes” y que se puedan predicar de dos sujetos distintos: la objetividad respecto de la Administración y la imparcialidad respecto del funcionario (*cfr.* Morell Ocaña, L., “Dirección de la administración pública por el gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, 156, 2001, pp. 23-58; *id.*, “La objetividad de la administración pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 111, 2001, pp. 347-372).

⁷¹⁶ *Cfr.* Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, *cit.*, vol. IV, p. 91.

puestos a la luz del proceso de democratización. La imparcialidad consiste, entonces, en la fidelidad a la dirección política, elaborada por los órganos competentes y democráticamente legitimados.⁷¹⁷ Esta concepción subraya bien el carácter histórico del concepto de imparcialidad, que nace como una exigencia de limitación del poder decisorio de la administración. No obstante, este concepto de imparcialidad es excesivamente restringido y no da razón de todas las acepciones de imparcialidad.⁷¹⁸ Ciertamente, la imparcialidad no se produce por una exclusiva subordinación formal al ordenamiento jurídico (en el sentido de respeto a la legalidad formal), sino por la sumisión del poder administrativo al Poder Ejecutivo (de dirección política). En esta línea,

imparcialidad quiere decir exigencia de ponderar todos los intereses concretos, afectados directamente por la acción administrativa, legislativamente protegidos, presentes en una situación determinada y de adoptar las decisiones consecuentes con base en los criterios previstos por las leyes —en su caso, a criterios unitarios—, o sea conforme a las direcciones generales adoptadas por los órganos competentes dentro del sistema democrático.⁷¹⁹

La imparcialidad de la administración y de la dirección política (legitimada democráticamente) no son dos principios contrapues-

⁷¹⁷ Como es sabido, los efectos del principio democrático sobre la administración han destacado el papel del ciudadano en la administración: pensemos en el principio de transparencia de los actos públicos, en el principio de participación en los procedimientos o en el principio de publicidad. Cfr. Meloncelli, A., “Pubblicità (diritto pubblico)”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, cit., 1988, vol. XXXVII, pp. 1027-1040; Sandulli, M. A., “Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, cit., 2000, IV, pp. 1-22. Sobre la relación entre principio democrático y administración pública, cfr. Allegretti, U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, cit.; Levi, F., “Partecipazione e procedimento”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1977, pp. 1635 y ss.; Giglioini, F. y Lariccia, S., “Partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, cit., 2000, IV, pp. 943-979.

⁷¹⁸ Cfr. Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, cit., p. 77.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 5.

tos, sino que la primera depende de la segunda. La imparcialidad de la administración pública consiste en seguir las directrices del poder político. La superioridad de esta concepción provendría de la posibilidad de extender a la administración pública una verdadera y propia legitimación democrática, conectándola con la del poder político. Frente a la problemática de la imparcialidad derivada de ser una “parte justa” y a la presunta imparcialidad “aséptica” de la máquina burocrática, anteriormente planteadas, este modelo la conecta con la legitimación —con la única legitimación posible— cuando se trata de un poder entre individuos iguales y libres: la legitimación democrática. En todo caso, este modo de plantear el problema de la imparcialidad sigue todavía centrado sobre la génesis del poder (y su legitimación), por ello sólo indirectamente le interesan los efectos del poder sobre sus destinatarios.

En todo caso, abandonada la ilusión de una neutralidad del Estado y aceptada la conclusión de que el poder sólo se legitima democráticamente, la fidelidad a la dirección política —que es común a los tres modelos precedentes—, queda expuesta a objeciones intuitivas a la hora de definir la imparcialidad. La más obvia se refiere a su relación con las minorías. La dirección política (Poder Ejecutivo) es, en efecto, expresión de la mayoría de los componentes de la comunidad política mientras que la imparcialidad aparece como un principio que tutela a cada componente de la comunidad política, incluidas las minorías.⁷²⁰

En una comunidad política, el consenso general no se basa en la dirección política sino en el ordenamiento jurídico en su conjunto. En consecuencia, la imparcialidad vendría a ser una fidelidad no ya a la dirección política sino al ordenamiento jurídico, punto de referencia más adecuado para una administración abierta al ámbito constitucional de los valores (y a la tutela de las minorías). Se introduce aquí un nuevo matiz en el concepto de imparcialidad. La subordinación de la administración pública al ordenamiento jurídico en su conjunto comporta que parcialidad e imparcialidad es-

⁷²⁰ Lo señala, concretamente, Cerri, A., *ult. op. cit.*, p. 120.

tén conectadas, como la parte al todo, con referencia a los valores contenidos en el ordenamiento. La imparcialidad consiste, pues, en la consideración de *todos* los valores del ordenamiento, aunque sea solamente uno el que está implicado. Además de la prohibición de replegarse sobre sus propios intereses, que se concreta negativamente en la ajenidad del poder respecto a esos intereses, la imparcialidad comporta positivamente una armonización de fines, una visión global del contenido valorativo de la Constitución. En el caso de la administración pública, a este pleno significado de la imparcialidad “sólo se llega si la estructura se integra con los valores materiales a los que ella da consistencia”.⁷²¹

La idea de que el significado pleno de la imparcialidad coincide con la adhesión a los valores constitucionales no excluye que la consecución de los intereses generales se busque a través de la fuerza directiva impresa en ella por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, la fuerza directiva de la política se coloca en un marco de fines comunes, que son los valores del ordenamiento, y que marcan estructuralmente el interés general. Así se comprende auténticamente la exigencia de que la administración persiga con objetividad el interés general. El requisito de objetividad responde a la exigencia de corrección cuando ese poder actúa, en el sentido de adhesión a las exigencias presentes en la comunidad política: ya sea a través de la proporcionalidad en la consideración de los intereses de todas y cada una de las partes, ya sea en la consideración de todos los valores.

Las diversas modalidades del principio de imparcialidad en la administración pública sólo pueden explicarse por la tensión entre dos planteamientos: considerar que el principio de imparcialidad consiste en un principio de organización, o considerar que consiste en un principio de justicia, que exige el igual tratamiento de los individuos. Esta tensión, sin embargo, es la que va permitiendo aquilatar progresivamente la concepción “organizativa”, buscando mejores respuestas al principio de justicia.

⁷²¹ Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 68.

Del examen comparativo de los modelos emergen dos cuestiones problemáticas de la imparcialidad en la administración pública. Una es la naturaleza del interés de la administración pública, que no puede ser un interés propio, en el sentido de unilateral. Su objetivo es perseguir —o sea, asumir— la realización del interés señalado por el ordenamiento, o también el interés legitimado democráticamente (la dirección política consolidada mediante la regla de la mayoría), es decir, el interés general. El otro problema afecta a la naturaleza de la indicación que el ordenamiento jurídico proyecta sobre el poder.

2. *Interés general y bien común*

La maduración de la imparcialidad como característica principal de la administración pública en la época liberal ha pasado por la consolidación de la categoría del *interés general*, cuya consecución constituye su finalidad primaria.

El interés general es, por principio, contrapuesto al interés particular, aunque esto dice poco sobre su contenido. En su origen, el interés general coincide con la ley. Ésta, en efecto, constituye el interés general en la medida en que es expresión de la voluntad general. De Rousseau deriva la identificación entre interés general e interés común, más concretamente, entre voluntad general e interés común. La distinción entre interés general y particular no es cuantitativa porque, en general, no coincide con la suma de los intereses individuales. La razón de la distinción cualitativa entre uno y otro consiste en el carácter *racional* del interés general.⁷²²

La progresiva difusión de los ideales democráticos ha revalorizado la identificación entre interés general y voluntad popular, a partir de la lectura democrática de la voluntad general. No obstante, el principio de imparcialidad, aunque orgánicamente conectado

⁷²² Cfr. Rousseau, J. J., *El contrato social*, cit., pp. 92-106. Como es sabido, el tipo de racionalidad del interés general es algo extraña. El interés general se convertiría en racional después de haber sido elegido y no antes. Se trata de una racionalidad *ex post*.

al principio democrático, no se identifica con él: existe una conexión entre los dos, pero hay diferencias que, al menos históricamente, son evidentes, ya que también se puede hablar de imparcialidad en ausencia de democracia. Recordemos que ni el principio democrático ni el principio de imparcialidad pueden ser simplemente reconducidos a la realización de una voluntad política legitimada por la mayoría. Porque ambos incluyen, obviamente, el principio de tutela de las minorías.

Clarificar la noción de interés general es una tarea difícil. En una primera aproximación, puede identificarse interés general con “interés público”, que es uno de los cánones de la imparcialidad en la administración pública, como criterio de racionalización de las decisiones. No obstante, el interés público está, por definición, indeterminado. En algún caso, puede identificarse con la *ratio legis*, en algún otro, con el interés de la comunidad en un momento dado. En ambos, las respuestas son insuficientes: en el primer caso, el interés público (y el principio de imparcialidad) se identifican con el principio de legalidad; en el segundo caso, se reproponen la primera dificultad señalada a propósito del principio democrático y de las minorías. En cualquier caso, lo que se busca con el interés general es un criterio de algún modo objetivo.⁷²³

El interés general o público debe distinguirse de los intereses “colectivos” y “difusos”. Por interés colectivo se entiende el interés de una colectividad más o menos determinada, que puede no coincidir con la comunidad política en cuanto tal. El interés difuso se capta por la pertenencia del individuo al grupo; el interés colectivo difiere de éste porque se refiere a un grupo organizado cuyo ordenamiento les reconoce una relevancia. Ambos, el difuso y el colectivo, son intereses correspondientes a situaciones jurídicas de pluralidad de sujetos, más o menos determinadas o determinables, que tienen por objeto bienes no susceptibles de

⁷²³ La Constitución española, en su artículo 103, indica como fin de la administración pública, servir “con objetividad los intereses generales”. Aquí se puede discernir la presencia del principio de imparcialidad en la administración.

apropiación o de disfrute exclusivos. Pensemos en los intereses del medio ambiente, en el ámbito urbanístico o en la salud. Pueden referirse a colectividades más o menos amplias, pero no coinciden con el interés general o con el interés público.⁷²⁴ Se aproximan al interés general por el carácter común del bien y de la exigencia de la que es objeto. Es la naturaleza del bien la que implica su difusividad.

No es correcto identificar el interés público con los intereses protegidos.⁷²⁵ Éstos cubren todas las situaciones jurídicas subjetivas que tienen como substrato extrajurídico un interés cuya consecución determina la realización del interés mismo. Se dice “protegido” porque el ordenamiento lo protege y garantiza. Hay exigencias de interés público que pueden chocar con intereses protegidos y, respecto a los cuales, se puede crear un conflicto que debe resolverse acudiendo a la ponderación. Muchos intereses propios de la administración forman parte de este modelo. El interés de libre residencia (interés protegido como derecho subjetivo), por ejemplo, puede chocar con la necesidad de modificar o transferir esa residencia por exigencias de una obra pública o por motivos de interés *común*. Por tanto, el interés protegido es distinguible del interés común. Los intereses particulares, colectivos, difundidos y protegidos son, de algún modo, parte del interés público y general, que no es “distinto” respecto a ellos, como veremos a continuación.

El interés común está en relación con el interés de todos. Metodológicamente, puede responder al resultado de la decisión de la mayoría pero no es ésta la que determina su condición de interés común. Lo relevante para su individuación es que se trate de un

⁷²⁴ *Cfr.* Trocker, N., “Interessi collettivi e diffusi”, voz en *Enciclopedia Giuridica, cit.*, vol. XVII. El autor señala, muy acertadamente, el gran relieve político-institucional del aflorar de los intereses colectivos y difusos, no sólo porque se destacan bienes inéditos para la vida social, sino porque se destapan tensiones que no se encuadraban dentro de la perspectiva clásica (liberal) de las relaciones entre el individuo y el Estado.

⁷²⁵ *Cfr.* Scoca, F. G., “Interessi protetti (dir. amm.)”, voz en *Enciclopedia Giuridica, cit.*, vol. XVII.

bien para todos, donde “todos” no admite exclusiones, y su sentido es que difunde su efecto benéfico sobre todos.⁷²⁶

En cuanto tendencia hacia un bien de todos, el interés general es un *bien común*. En sentido amplio, bien común significa bien participable por todos los que constituyen la comunidad en la que el bien es susceptible de participación. No se refiere al bien *de hecho* participado por todos, sino al que es susceptible de serlo: se trata, pues, de un concepto normativo. En este sentido, el interés (o el bien) común implica una relación con las exigencias de justicia, porque incluye la necesidad de hacer efectiva la posibilidad de participación, pero va más allá: hasta la consideración de una relación de proporcionalidad entre los sujetos.

Un primer modo de conectar imparcialidad y bien común proviene de considerar la imparcialidad como una exigencia de justicia, que implica que el bien común sea justo —esto es, algo *fruitable* por todos— y que exista una proporcionalidad en la participación. La tensión hacia la participación en el bien incluye una exigencia de imparcialidad: el bien de la mayoría, sin el concurso de todos, no es el bien común (o no lo es todavía). La exigencia de imparcialidad añade a la justicia del “dar a cada uno lo suyo” la consideración de la proporcionalidad de las partes entre sí.

La idea de que toda comunidad mira hacia un bien común exige individuar algo determinado y definido: en el caso de la comunidad política, el bienestar material, la paz o la tutela de los derechos. El bien común no se agota completamente en bienes o valores concretos. En efecto, la tentación de “entificar” este bien —darle forma y autonomía respecto a los fines y objetivos de los miembros— ha sido siempre muy fuerte. Sin embargo, la entificación resulta problemática e incompleta, ya que el bien común incluye una tensión hacia una distribución proporcional, y la idea de distribución proporcional o imparcial sólo puede estar, dinámicamente, en rela-

⁷²⁶ La idea del principio de diferencia, muchas veces citado, expresa bien esta exigencia. Un recurso, un bien, una oportunidad, podrían beneficiar a algún individuo en particular, pero difunden sus efectos benéficos sobre todos (*cfr.* Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *cit.*, pp. 59-73).

ción con la situación concreta de los individuos. Por otra parte, si el bien común fuera identificable, por ejemplo, respecto a la tutela de los derechos, sería lícito perseguir ese fin por cualquier medio. Sin embargo, el bien común (desde el punto de vista del ordenamiento jurídico) incluye una referencia específica a la modalidad de persecución de los bienes, a las condiciones “procedimentales” de la obtención de ese bien. De este modo, imparcialidad y bien común están estructuralmente conectados y, precisamente, el acercamiento entre ambos inmuniza al bien común frente a su eventual cosificación. El bien común, pues, no sólo debe ser un beneficio para todos en modo equitativo y proporcional sino que, incluso los modos de conseguirlo, deben ser justos.

No hay razón para pensar que el ciudadano deba asumir como propio un objetivo común, ni que el bien común pueda existir de manera alternativa y contemporánea a los bienes individuales. El bien común puede definirse como “un conjunto de condiciones que permiten a los miembros de una comunidad alcanzar autónomamente objetivos racionales, o realizar razonablemente el valor (o valores) para los cuales han decidido colaborar”.⁷²⁷ El carácter instrumental del bien común pone en evidencia la existencia de otro bien, al cual está ordenado. El bien común representa la otra cara de la moneda de la protección de los derechos humanos y esa protección constituye una parte, muy relevante, del bien común. Sustancialmente, son “un modo de esbozar *los contornos del bien común*, los diversos aspectos del bienestar del individuo y de la comunidad”.⁷²⁸ Pero los contornos no son el contenido. El contenido es la colaboración entre los sujetos.⁷²⁹

⁷²⁷ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 155.

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 214.

⁷²⁹ La idea de colaboración o de coordinación jurídica es distinta de la coordinación política. En la primera lo prevalente es la dimensión normativa; en la segunda, lo prevalente es la dimensión teleológica. Para explicar este concepto, Irti utiliza un ejemplo ilustrativo: la intención común de los contratantes en el más sencillo de los contratos de compraventa no significa una idéntica intención de las partes (uno quiere recibir el precio, el otro desea adquirir el produc-

La tentación de individuar el bien común sobre la base de un criterio cuantitativo no es tan absurda. Sobre todo, porque la posición opuesta, que consiste en reivindicar para el bien común una diferencia cualitativa respecto al bien particular,⁷³⁰ está llena de dificultades. ¿Cómo individuar un bien común cualitativamente diverso del bien particular? Ahí es donde juega un papel decisivo la imparcialidad. Para quien identifica bien común con la suma de bienes particulares, el bien común coincide con el mayor bien para el mayor número. Esta lectura se puede aceptar como propuesta metodológica: una de las estrategias principales para la determinación de lo que beneficia a todos es el criterio de la mayor cantidad de sujetos beneficiados. El hecho es que sólo es bien común aquello en lo que también es relevante el respeto de cada uno y la proporcionalidad de las posiciones; en última instancia, estamos ante las exigencias de la imparcialidad como justicia.⁷³¹

Volviendo a la administración, la idea de interés general relevante para la administración pública no coincide con la idea abstracta de bien común, sino que se refiere concretamente e “inmediatamente al objeto de una exigencia de la comunidad general”.⁷³² La justicia de la administración consiste en realizar el máximo posible de bien para todos los sujetos, singular o colectivamente afectados por la acción administrativa, según la posición de cada uno con relación al fin general que aspira la administración, pero también con relación a las formulaciones concretas de ese bien común.

No es necesario, por otra parte, olvidar que la característica principal de la administración es la ejecutividad en sentido objetivo, o sea, el conjunto de instrumentos utilizados para administrar,

to). Es el significado de la acción lo que es común (*cfr.* Irti, N., *Testo e contesto*, Padua, Cedam, 1996, p. 26).

⁷³⁰ Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, *cit.*, II-II, q. 58, a. 7 ad 2; Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *cit.*, 1194 b 7-10; también en la *Política*, *cit.*, I, 1, 1252 a 1-4 y III, 8, 1284 b 6; también S. Agustín, *Confesiones*, lib. III, cap. 8; *id.*, *La ciudad de Dios*, lib. XIX, cap. 13.

⁷³¹ *Cfr.* Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, *cit.*, p. 28.

⁷³² *Ibidem*, p. 94.

y que, por tanto, su función es perseguir el bien común en situaciones concretas. Un discurso demasiado abstracto tendría el riesgo de ser paralizante. Aquí radica una de las objeciones posibles a la idea de imparcialidad hasta ahora planteada. La necesidad de consideración de los valores y la necesidad de perseguir el bien de todos (y no el particular de algunos), parece incompatible con la consecución de un interés concreto en un momento dado. Sin embargo, habitualmente es éste —la persecución de intereses contextualizados— el camino para la realización del bien común y por ello la única vía posible para poner en marcha el derecho. Esta exigencia de ejecutividad está en la base de la discrecionalidad de la administración pública. El principio de imparcialidad, en clave dinámica, debe garantizar que las exigencias mínimas del bien común —la proporcionalidad de las partes en su conjunto— sean respetadas.

3. *Discrecionalidad e interés general*

La imparcialidad constituye un canon de valoración y de decisión. Hay valoraciones relativas a casos singulares y generales, y en eso es posible encontrar una diferencia entre la imparcialidad del legislador, por un lado, y la imparcialidad de la administración pública (y posiblemente del juez), por otro. La actividad del legislador atañe principalmente a la formulación de reglas de alcance general —que requieren un juicio imparcial entre las múltiples opciones posibles—, mientras la jurisdicción y la administración pública miran al caso concreto,⁷³³ no en el sentido de contrapuesto al caso general, sino en el sentido de un caso connotado por las circunstancias. De aquí, el carácter “individualizante” de las decisiones de la jurisdicción y la administración.⁷³⁴

⁷³³ *Ibidem*, p. 135.

⁷³⁴ Procedimiento y sentencia son semejantes ya que ambos están destinados a ajustar la ley general y abstracta con el caso concreto. En este sentido, *cfr.* Manori, L. y Sordi, B., *Storia del diritto amministrativo*, *cit.*, pp. 469 y 470.

Desde sus orígenes la administración, aunque determinada en sus objetivos, se ha caracterizado por una cierta libertad de acción, una esfera dejada a la libre apreciación del órgano decisorio: lo que puede denominarse espacio de *discrecionalidad*. Como categoría dogmática, la discrecionalidad lleva hoy, además, el signo de sus raíces ideológicas. En el origen del poder administrativo se encuentra una interpretación rígida de la separación de poderes, cuyas consecuencias para la administración maduraron en la especialización de sus competencias y en la exigencia de ejecutividad. Es en ese contexto donde se afirman las razones del llamado “acto administrativo puro” y la exención del acto administrativo frente a eventuales controles jurisdiccionales. La neutralidad de la administración y la separación de poderes estarían “amenazadas” por la función jurisdiccional, debido al hecho de que “juzgar a la administración es ya administrar”.

De acto libre, la acción de la administración pasa a ser acto discrecional y, por tanto, en acto de un poder limitado,⁷³⁵ ya que la previsión y la reglamentación de la discrecionalidad son ya modos de poner límites. Sin embargo, aún hoy el poder administrativo alimenta la impresión de arbitrariedad; impresión corroborada por la persistencia —también en un clima completamente cambiado desde el punto de vista de la cultura política— por algunos indicios de la exención jurisdiccional de la administración. Ambiguamente, por ejemplo, en la praxis jurídica persiste la ajenidad de la administración frente a los derechos,⁷³⁶ así como la práctica de someter su actuación a un control jurisdiccional mínimo, referido a la veri-

⁷³⁵ Sobre esta evolución, *cfr.* Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 27-78.

⁷³⁶ Es muy significativa, a este propósito la distinción entre el juez de instrucción y el juez ejecutivo, en el ámbito de la justicia administrativa italiana. Entre muchos, ha señalado las incongruencias del sistema actual (que se remonta a 1865) de reparto de competencias entre jueces ordinarios y jueces administrativos, Merusi, F., “L’*ingiustizia* amministrativa in Italia”, en Merusi, F. y Sanviti, G., *L’*ingiustizia* amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bolonia, Il Mulino, 1986, pp. 24 y ss.

ficación de hechos regulados y al eventual abuso de poder. La justificación más acreditada de esta exención es que los actos administrativos requieren valoraciones de carácter técnico.⁷³⁷

La evolución del constitucionalismo deja obsoleta la categorización tradicional de la discrecionalidad, aunque elementos del antiguo modelo y del nuevo conviven aún en un sincretismo difícil de sostener.⁷³⁸ El nuevo constitucionalismo —cuya novedad hemos sintetizado en la proyección de su contenido normativo sobre todo el ordenamiento— hace presagiar la necesidad de reconstruir la categoría de la discrecionalidad administrativa a la luz de la Constitución.⁷³⁹ Desde las ideas ilustradas hasta ahora, un punto de referencia ha sido la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos —interdicción explícitamente reconocida algunas veces—,⁷⁴⁰ deducible también a través de la obligación de motivación y del control de razonabilidad. Junto a esto, la especificidad de la administración implica que sólo una presun-

⁷³⁷ Remitimos al estudio de De Petris, D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padua, Cedam, 1995.

⁷³⁸ Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, cit., pp. 78-84. El autor afronta el tema a partir del examen de la jurisprudencia española.

⁷³⁹ La conexión entre la idea de Constitución y la doctrina de la discrecionalidad se remonta a C. Mortati (para la idea de Constitución, cfr. Mortati, C., *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 56 y ss.; para la idea de discrecionalidad, cfr. id., “Note sul potere discrezionale”, ahora en *Raccolta di scritti*. III. *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale e repubblicana*, Milán, Giuffrè, 1972, pp. 997 y ss.; id., “Discrezionalità”, voz en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1960, vol. V, pp. 1098-1109).

Sobre la naturaleza de la *impronta* de la Constitución sobre los poderes se ha desarrollado el debate italiano de los años setenta relativo a la imparcialidad en el ámbito administrativo. Para algunos, la Constitución tiene un alcance *limitativo* respecto de la dirección política; para otros, en cambio, tiene un carácter *prescriptivo* con relación a los fines que deben perseguirse, dentro del marco delineado por la propia Constitución, relativos a la administración pública, pero puede individuarse, en estrecha relación con el marco delineado en los artículos 2o. y 3o., el contenido de las orientaciones a las que la imparcialidad debe mirar. La primera posición es la de Cerri, A., “Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione”, cit.; la segunda es la de Allegretti, U., *L’imparzialità amministrativa*, cit.

⁷⁴⁰ Es el caso de la Constitución española, en su artículo 9.3.

ción de legalidad hace posible la ejecutividad de sus decisiones, presunción manifiesta en una inversión de la carga de la prueba. La presunción de legalidad, sin embargo, no exime a la administración de justificar su funcionalidad, subordinada a la consecución del interés general. Por otra parte, la normatividad de las Constituciones interfiere con el alcance teleológico de las políticas, poniendo límites a la espontánea exigencia de discrecionalidad de éstas.⁷⁴¹

El poder administrativo no está únicamente limitado por la predeterminación genérica del objetivo a conseguir. Ante todo, la naturaleza del acto discrecional requiere una intervención de la razón que establezca su conformidad con el caso. La adecuación de la decisión al caso está, a su vez, precedida por la calificación jurídica del acto —donde la actuación del órgano encuentra su fundamento— que, a su vez, requiere un acto interpretativo. Nadie sostiene, en efecto, que “la decisión de la administración resulte de una simple operación de aplicar el derecho al hecho, y tenga por ello el carácter de un pronunciamiento determinado en el caso singular”.⁷⁴² La interpretación, pues, interactúa con la discrecionalidad.

El tema de la discrecionalidad eventual, vehiculada por la interpretación, será afrontado más adelante, porque nos sitúa en un nivel más general respecto a la discrecionalidad reglamentaria del acto administrativo (del que estamos hablando ahora) y lo complica ulteriormente. Podemos anticipar que la imparcialidad como regla o canon de la decisión y valoración, juega a favor de una versión de la interpretación que no descuida ni la intervención de la razón —en cuanto la razón guía la deliberación—, ni la intervención de la voluntad —porque se trata siempre de actos de autori-

⁷⁴¹ Cfr. los trabajos de A. Fedele y F. Asso en el número de *Ragion Pratica*, 18, 2002, dedicado al tema *Diritti, costituzionalismo e ordine internazionale*, pp. 81-99 y pp. 127-153, respectivamente. Los artículos mencionados tienen como objeto el examen de las implicaciones de la praxis de los derechos sobre las políticas, respectivamente, fiscales y de las relaciones comerciales.

⁷⁴² Piras, A., “Discrezionalità amministrativa”, voz en *Enciclopedia del Diritto*, cit., 1964, vol. XIII, p. 70; pero puede verse la voz completa: pp. 65-91.

dad—, pero que está gobernada por criterios y siempre es efecto de un “cálculo mental”⁷⁴³ en el sentido de una operación de la razón.

Perder de vista que la discrecionalidad administrativa comporta un juicio de oportunidad de carácter singular,⁷⁴⁴

que perpetúa el diseño ideal de un ordenamiento en el cual (por efecto de una legislación orgánica y de una actividad de dirección política, articulada y comprometida en la previsión, incluso de los detalles de cada acción) no existen situaciones para las que el derecho no ofrezca específica o genéricamente predeterminados todos los elementos de valoración, puede quizá oscurecer la exigencia de que esta o aquella teorización cumplan con los requisitos de la lógica. Pero, en la realidad, no existen ordenamientos de ese tipo.⁷⁴⁵

El punto crucial está en que la eventual discrecionalidad de la interpretación, en el caso de la administración pública, no deriva sólo de la indeterminación del texto de la ley,⁷⁴⁶ sino que se complica ulteriormente por una característica peculiar de la administración: la necesidad de apreciación del interés general.⁷⁴⁷ El interés general es, de algún modo, un parámetro extrínseco de valoración,

⁷⁴³ *Mental accounting* es la expresión utilizada por Barak a propósito del juez, pero que se aplica genéricamente a quien realiza un juicio (Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., p. 126).

⁷⁴⁴ Piras, A., “Discrezionalità amministrativa”, cit., p. 83.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, pp. 83 y 84.

⁷⁴⁶ Sobre la especificidad del texto administrativo y sobre sus implicaciones respecto a la interpretación, *cfr.* Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 295-300.

⁷⁴⁷ Como es sabido, en la doctrina italiana ha sido M. Giannini quien ha evidenciado las relaciones entre discrecionalidad e interés público. El autor describe la discrecionalidad como “una comparación cualitativa y cuantitativa de los intereses públicos y privados que concurren en una situación social objetiva, de modo que cada uno de ellos pueda satisfacerse según el valor que la autoridad considere presente en el caso” (*cfr.* Giannini, M., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milán, Giuffrè, 1939, p. 74; también, *id.*, *Diritto amministrativo*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 1993). Giannini realizó una confrontación con las tesis de C. Mortati, que sostenía que la discrecionalidad tenía que ver, en última instancia, con reglas sociales y que la solución discrecional justa era solamente una y no tenía que ser elegida entre soluciones legítimas diversas y plurales.

mientras la imparcialidad no es regla extrínseca de las decisiones discrecionales, “sino que es el límite permanente y penetrante de éstas, es garantía de que tales decisiones permanecen en el ámbito en que legítimamente pueden desarrollarse y son adoptadas por los órganos competentes con base en la Constitución y en las leyes”.⁷⁴⁸

En todo caso, puesto que la imparcialidad preside la actividad de la administración pública, debe necesariamente inspirar todos sus ámbitos y no sólo el de la discrecionalidad reglamentaria. La identificación entre legalidad e imparcialidad llevaría a plantear un concepto formal de imparcialidad: consistiría, entonces, en actuar *según* la ley. Pero esta identificación resulta problemática cuando para una valoración concreta todos los intereses en liza parecen dignos de ser tutelados. ¿Cómo determinar en ese caso la prevalencia de un interés sobre otro?

La legalidad es, en realidad, el *contexto* en el que se aplica el principio de imparcialidad como regla de la discrecionalidad, según la definición ya expuesta. El poder discrecional no significa elegir entre una solución que respeta al principio de legalidad y una que no lo hace, sino elegir entre dos o más soluciones *dentro* de la legalidad, entre opciones *posibles y aceptables* desde el punto de vista normativo y fáctico. La discrecionalidad “nace allí donde, entre diversas exigencias dignas de consideración, es necesario realizar una elección o una ponderación, cuyo criterio no resulta consignado, de ningún modo, en la ley”.⁷⁴⁹ Entonces entra en juego el principio que preside la decisión administrativa: la atención al interés general. Entre las posibles soluciones, dentro de la legalidad, habrá que preferir la opción que mejor permita alcanzar o realizar el interés general. En el ámbito de la administración este canon puede considerarse una especie de “criterio independiente” que hace posible la valoración objetiva de la justicia en la adminis-

⁷⁴⁸ Piras, A., “Discrezionalità amministrativa”, *cit.*, p. 150.

⁷⁴⁹ Cerri, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 110.

tración. El aspecto procedimental de la administración pública no es “puro”, en el sentido de que el resultado del procedimiento deriva exclusivamente de la corrección de su puesta en práctica. El interés general —como criterio independiente— es el que permite juzgar si un determinado resultado, teniendo en cuenta los medios para conseguirlo —la imparcialidad—, es justo o injusto.

4. *Deber de igualdad y finalidad de la administración*

El problema de determinar la prevalencia de un interés sobre otro nos remite a la relación entre imparcialidad e igualdad, que es la cuestión fundamental en nuestro análisis. Imparcialidad e igualdad comparten su relación con uno de los elementos fundamentales de la justicia: la *alteridad*. La imparcialidad presupone la *igualdad* en la alteridad (igualdad de las partes) e impone normativamente una actitud de respeto hacia las partes y de exclusión de discriminaciones. La imparcialidad, pues, puede estar fundada sobre la igualdad pero, más que coincidir con ella o resolverse en ella,⁷⁵⁰ consiste en un *deber* de igualdad. La referencia a la posición de las otras partes —que constituye el criterio mínimo del bien común— comporta, en el caso específico de la administración, la pertinencia del significado de la imparcialidad como exigencia de justicia, o sea, la exigencia de respetar una relación de proporcionalidad.

Hemos visto que, en el ámbito de la administración pública, la imparcialidad asume un carácter *sui generis* por la presencia del interés general y de su dependencia de las políticas. El interés general limita, de algún modo, la incidencia de la imparcialidad al igual que la identidad limita la imparcialidad en el ámbito político.

La administración pública y la jurisdicción difieren con relación a la naturaleza de cada uno de estos dos ámbitos. La peculiaridad de la administración pública respecto a la jurisdicción radica en el hecho de que la primera *no se constituye completamente como tercero*, y esto porque en ella prevalece la dimensión teleológica, necesaria

⁷⁵⁰ Satta, por ejemplo, sostiene que la imparcialidad se confunde con la igualdad. *Cfr.* Satta, F., *L'imparzialità nella pubblica amministrazione*, cit., p. 1.

para la realización de algunos fines. En este sentido, hemos hablado de “parte justa” o de “parte imparcial”, en una terminología que, si bien ha sido abandonada, expresa acertadamente la “posición” de la administración; o sea, la óptica desde la cual la administración “ve” y valora la situación o la pretensión que debe juzgar: el interés general. A diferencia de ésta, la imparcialidad de la jurisdicción, que tiene como característica propia constituirse como *tercero*, se presenta mucho más “incontaminada” y libre de condicionamientos.

Si concebimos el interés general en sentido demasiado amplio, no nos resultará fácil individuar una especificidad de la administración pública. La idea de que el interés general expresa un contenido normativo, que incorpora la exigencia de proporcionalidad entre las partes, sea en forma de dar a cada uno lo suyo, sea en forma de un equilibrio entre las partes, es también aplicable a la jurisdicción y a la legislación. Entendido en este sentido, el interés general coincide con el bien común y constituye una meta del ordenamiento en su conjunto, meta que no se alcanza hasta que no se pone en acto la *cooperación*. En sentido amplio, esto es coextensivo a la legislación, la jurisdicción y la administración. En efecto, también la jurisdicción y la legislación se orientan a tutelar el ámbito de la cooperación, aunque sea de modo diverso: en un caso, a través de la formulación de esquemas generales de comportamiento y de indicaciones para la dirección de la acción y, en otro, a través de la resolución de controversias. En todo caso, el interés general en la administración pública está contextualizado, porque tiene como objeto una exigencia concreta e inmediata de la comunidad política.

Si hubiéramos de clasificar la imparcialidad por orden de precedencia en los tres ámbitos señalados, queda claro que la imparcialidad de la jurisdicción es una referencia necesaria para la administración pública y la legislación. Es decir, la imparcialidad en la administración pública y en la legislación, en última instancia, necesitan la *protección* de la jurisdicción.⁷⁵¹

⁷⁵¹ Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 55 y 169. El autor aplica esta idea a propósito de la administración y no de la legislación, pero creo que puede aplicarse también a esta última.

III. LA IMPARCIALIDAD “POSIBLE” DEL JUEZ

La figura del juez es aquella a la que se aplica plenamente la idea de imparcialidad. En sentido extensivo, denominamos “juez” al que juzga, o sea, el que discierne o valora una situación o pretensión. En sentido técnico —que es el que tomaremos en consideración—, el juez es un órgano que forma parte de la estructura estatal y que tiene el cometido de resolver controversias jurídicas. De su naturaleza e inserción orgánica en el ordenamiento de un Estado, se deriva la relación problemática entre jurisdicción y política. La jurisdicción es evidentemente una actividad *política*, en el sentido amplio del término, es decir, en el sentido de actividad propia de uno de los actores de la comunidad política. El problema reside en determinar si la jurisdicción es una actividad política en sentido estricto, o sea, en el sentido de que ejerce un poder de dirección política (Ejecutivo) o porque está subordinada al poder político (por excelencia: el Legislativo).⁷⁵²

Si se identifica el carácter político con la pertenencia a una comunidad política, la jurisdicción (tanto más, la interna) presenta, ciertamente, un carácter político. En ese sentido es a la vez imparcial y política. Pero la imparcialidad en esta acepción, como ya hemos señalado, está limitada a los confines de la comunidad política, dando lugar a una parcialidad estructural frente a aquellos que no forman parte de ella. Desde el punto de vista jurídico esta afirmación puede cuestionarse por la relevancia de los derechos, que introducen una tensión hacia la universalidad dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. De este aspecto ya nos hemos ocupado en los capítulos primero y tercero. Únicamente, desde la perspectiva de la universalidad de los derechos —que responde a una exigencia fundamental del derecho— es posible superar la cuota de parcialidad con que la política limita necesariamente al derecho.

⁷⁵² Sigo un esquema analítico utilizado por Cotta, S., *L'istituzione giudiziaria tra diritto e politica*, cit., pp. 421-426.

Como órgano subordinado al poder político, la jurisdicción resulta ser política, pero es problemático entonces que pueda ser imparcial. Bajo esta óptica, hay que profundizar en la distinción entre imparcialidad e independencia del poder jurisdiccional y en las relaciones entre el principio de imparcialidad y el de separación de poderes.

Por último, si la concebimos como un órgano de dirección política (Ejecutivo), la jurisdicción sería política y parcial. En esta hipótesis, como en la primera, emerge el vínculo recíprocamente excluyente entre imparcialidad y política que ya hemos señalado. Examinaremos ahora las dos últimas hipótesis: la idea de que la jurisdicción está subordinada al poder político y la idea de que la propia jurisdicción ejercita un poder, tratando de establecer si se trata o no de un poder político.

Un modo clásico de diferenciar administración pública y jurisdicción —introduciendo la especificidad de la jurisdicción— pasa por individuar las diversas funciones de cada una de ellas: la administración pública opera en la realidad concreta, mientras que la jurisdicción interviene para examinar los hechos *ex post* (en ese sentido se la llama “inoperante”). La jurisdicción es pasiva porque opera sólo cuando viene invocada por una parte o cuando se verifica un hecho grave que activa el mecanismo judicial. Esto parece excluir una dimensión teleológica en la jurisdicción (propia de la administración y, más aún, de la política como dirección), como predisposición activa hacia un fin. En la estrecha relación entre interés general y operatividad radica la característica peculiar de la administración, su cercanía con el Poder Ejecutivo y, en consecuencia, su mayor afinidad en general con la dimensión política. En la elección de opciones posibles sobre las que ejercer el poder discrecional de la administración, es lícito y exigible seguir los criterios indicados por la política.⁷⁵³ Eso no impide que la actividad de la administración esté guiada por la necesidad de perseguir —con objetividad e imparcialidad— el interés general, sabiendo

⁷⁵³ Allegretti, U., *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 165-178.

que tal indicación no coincide completamente con el seguimiento de la dirección política.

El juez es inoperante respecto a la realidad concreta, en el sentido de que no es función suya indicar la modalidad de dirección en la acción común, sino que desempeña una función de “custodia” del derecho en las situaciones conflictuales que provoca la vida de la comunidad política. La obligación de custodia del juez se refiere al derecho en su dimensión de totalidad, es decir, de todo el ordenamiento iluminado por la Constitución y de los principios y derechos contenidos en ella.

En lo específico de su función, el juez tiene el cometido de resolver controversias. Una controversia implica, inevitablemente, la existencia de partes diversas y eso hace que la imparcialidad se plantee como una cualidad indispensable del juicio. En primer lugar, la imparcialidad corresponde a la primera regla de la *natural justice*, según la cual ninguno puede ser juez en causa propia. De ahí que el juez esté institucionalizado y su actividad reglamentada.⁷⁵⁴ La sujeción a la ley no se refiere ni a las funciones de su cargo ni a su deber como sujeto, sino que determina la existencia y el modo de su actuación. La sujeción del juez a la ley incluye también, indirectamente, la referencia a la generalidad del destinatario de la ley y, por ello, configura una cierta forma de imparcialidad intrasistémica. El vínculo con la ley garantiza, en efecto, la igualdad que deriva de la generalidad de la ley y de la igual atención a los intereses relevantes. Pero la imparcialidad de la jurisdicción no se agota aquí.

Una buena parte de las medidas dirigidas a garantizar la imparcialidad se concretan, como es sabido, en dispositivos para asegurar la ajenidad del juez, a través de garantías externas de distanciamiento, como son las causas de recusación y los deberes de abstención. En tales dispositivos se puede advertir el esfuerzo por excluir ele-

⁷⁵⁴ Respecto a un régimen de justicia en el cual el “tercero” no está institucionalizado ni bien reglamentado, la existencia de órganos dirigidos a la resolución de las controversias es una de las características de los ordenamientos evolucionados (*cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law, cit.*, pp. 89-96).

mentos *identitarios* personales que podrían distorsionar la objetividad del juicio. La existencia de vínculos identitarios personales es inevitable porque el juicio es realizado por un sujeto humano concreto. De ahí que la imparcialidad “preventiva” consista en intentar alcanzar un equilibrio entre el elemento objetivo y subjetivo, siguiendo unas reglas para determinar qué datos subjetivos podrían distorsionar el juicio.

La imparcialidad del juez, desde el punto de vista de la identidad, se manifiesta también a través de la incompatibilidad entre funciones consultivas y jurisdiccionales y de la imposibilidad de intervenir en otras fases del mismo proceso, o en relación con otros procesos contra el mismo sujeto. Siendo la identidad personal —y por ello el conocimiento del sujeto— un *continuum*, la eventual participación del juez en un caso precedente podría dar lugar a prejuicios que restarían “pureza” a la deliberación. Muchos dispositivos ligados a la incompatibilidad de funciones están motivados, pues, por la necesidad de limitar al máximo los prejuicios en el conocimiento por parte del juez. El ejercicio de poderes inquisitorios, por ejemplo, podría poner al juez en condiciones de adoptar una posición preliminar respecto a una cuestión, con el riesgo consecuente de atribuir a esa particular visión de las cosas un peso determinante.

Existen ulteriores elementos como la publicidad, la estructura del proceso contradictorio o la paridad entre las partes, sobre los que volveremos después.⁷⁵⁵ Todas estas medidas son expresión de la imparcialidad que denominamos “objetiva”, una dimensión de la imparcialidad que exige evitar cualquier tipo de parcialidad, porque sobre ella se apoya la confianza de los ciudadanos en los órganos del juicio.⁷⁵⁶ Y esto debido a que la posición imparcial de los

⁷⁵⁵ Hablando de proceso justo debemos añadir también la característica de una razonable duración. *Cfr.* sobre estas cuestiones, Tarzia, G., “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *cit.*; *id.*, “Il processo di fallimento e l’imparzialità del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, 52, 1997, pp. 13-26.

⁷⁵⁶ Así la jurisprudencia ya citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

órganos jurisdiccionales, la cual debe ser tutelada para conservar y acrecentar la confianza que generan, constituye una parte del interés general o común.⁷⁵⁷

Hasta aquí, no obstante, la imparcialidad no resulta todavía un principio “activo” del juicio, sino se confirma como la “negación” de cualquier cosa que se presente bajo forma de “prevención”. La hipótesis que estamos verificando es si la imparcialidad de la jurisdicción tiene que ver *primordialmente* con una dimensión epistemológica activa, y no sólo pasiva. Puede afirmarse que la imparcialidad como característica de la función jurisdiccional coincide con la existencia de una “posición” privilegiada del juez para la formación del juicio. Esa posición se califica como “tercería” o independencia.

1. *Imparcialidad y poderes del juez*

La imparcialidad del juez se garantiza, negativamente, a través de un complejo conjunto de características institucionales, creadoras de equilibrios entre relaciones externas e internas.⁷⁵⁸ Con respecto a las “externas” se habla propiamente de independencia del juez, que concierne a las relaciones entre el Poder Judicial y los otros poderes y expresa su posición o encuadre institucional en el

⁷⁵⁷ Cfr. Fernández-Viagas Bartolomé, P., *El Juez imparcial*, cit., p. 3.

⁷⁵⁸ Cfr., por ejemplo, Di Chiara, G., *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Turín, Giappichelli, 2000. El autor examina el concepto de imparcialidad a la luz del nuevo artículo 111.2 de la Constitución, para demostrar que había tenido como efecto “nada más que hacer explícitos núcleos de garantía ya *ab initio* claramente situados en la lógica profunda de la carta constitucional de 1948” (p. 7). De este trabajo se puede extraer fácilmente la idea de que la imparcialidad no es un dato estático sino dinámico, que se constituye como un desafío para el legislador, que debe disponer de instrumentos para tutelar el valor de la imparcialidad. Del mismo modo, debería representar un desafío para el juez. Es un valor que debe ser garantizado por un juez idóneo que asuma posiciones de tercero, una parte pública que garantice la acusación a través de una acción leal, una parte privada no condicionada en el ejercicio de sus derechos fundamentales, la publicidad que permite un control social de la decisión y la presumible inocencia del imputado antes de imponerle cualquier responsabilidad.

organigrama general de los poderes del Estado.⁷⁵⁹ La independencia de la función jurisdiccional, desde el punto de vista de sus relaciones con los otros poderes, se concreta en la inamovilidad del juez, es decir, en la independencia de los órganos de gestión del Poder Judicial, garantizada a través de particulares procedimientos de reclutamiento y por la duración de sus cargos. Las variaciones y combinaciones de estos criterios o la ausencia de algunos de ellos —pensemos en las nominaciones temporales de jueces para los tribunales de justicia supranacionales o en el caso de los jueces laicos—, no excluye necesariamente la imparcialidad. Lo que sí podemos afirmar es que donde falta la independencia no puede haber imparcialidad, pero la independencia no agota por sí misma la imparcialidad. La independencia de la jurisdicción es, en efecto, conceptualmente distinguible de la imparcialidad: la primera se refiere a la jurisdicción frente a lo que le es externo (los otros poderes o la opinión pública); la segunda se refiere a las modalidades intrínsecas de su ejercicio.⁷⁶⁰

Aun admitiendo su ajenidad respecto del Poder Legislativo y del Ejecutivo, el juez ejercita determinados *poderes* dentro del proceso. Se entrevé, pues, la exigencia de que la imparcialidad determine la ubicación del juez, no sólo entre los poderes del Estado, sino también dentro del proceso. Es en este caso cuando se dice que el juez es un *tercero* respecto a las partes. “Tercería” e imparcialidad se aproximan, aunque entre ellas se pueda trazar una diferencia. La tercería es un concepto de relación que indica la posición “estática” del juez respecto a las partes,⁷⁶¹ mientras que la

⁷⁵⁹ En la doctrina se ha resaltado también una diferencia entre lo que se predica de la *potestad* jurisdiccional y lo que se predica de la *función*. La primera es la independencia y la segunda es la imparcialidad (Arias Domínguez, A., *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid, Edersa, 1999, p. 42).

⁷⁶⁰ En ese sentido, Barak afirma que el juez está sujeto a “procedural limitations” y “substantive limitations” (Barak, A., *Judicial Discretion*, *cit.*, pp. 22 y 24, y 24-27). Entre los límites procedimentales, el más importante es la imparcialidad (*ibidem*, p. 20). Al autor le interesan, sin embargo, los límites materiales.

⁷⁶¹ *Cfr.* Kojève, A., *Linee di una fenomenologia del diritto*, *cit.*; *cfr.* también los textos recogidos en Avitabile, L., *Il terzo giudice tra gratuità e funzione*.

imparcialidad es una característica del juez en la dinámica del juicio, en cuanto “carácter estructural del actor en el acto de juzgar”.⁷⁶² Esa es la razón por la que se tiende a calificar la imparcialidad como virtud, en el sentido de actitud activa y dinámica de un sujeto, algo que no se podría afirmar de la tercería. Si el desarrollo del proceso es vida y actividad, la tercería indica una posición. La imparcialidad, en cambio, es propia de la dinámica de actuación de un sujeto que participa en el proceso junto con las partes:⁷⁶³ no se da en abstracto, ni en forma pasiva, sino en concreto y en la interacción de las partes. Las diversas formas de participación del juez en el proceso son expresión de las diversas acepciones de imparcialidad.

La actividad del proceso se configura de dos maneras diversas: según que esté articulado con base en el principio dispositivo o en el principio inquisitorio. El principio dispositivo —típico del proceso civil y no tanto del penal— consiste en la regla por la que *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium*. A este principio se opone el inquisitorio, según el cual, el juez goza de competencias instructoras. La razón principal en favor del principio dispositivo es la tutela de la autonomía de las partes de la cual es expresión: si la autonomía de las partes es el eje sobre el que gira el derecho civil, parece que también el proceso deba ser regulado por la iniciativa de las partes y por lo que ellas quieran someter al juez. Por otra parte, en el juicio jurídico se atiende a las exigencias presentadas no sólo por la parte a la que se da la razón, sino también las de quienes no se consideran acertadas.

Por diversas razones —incluida la revisión de la idea de verdad jurídica, no entendida ya como algo a determinar, estática o ajena

Commenti e traduzioni di V. Jankélévitch, J. P. Sartre, J. Habermas, Turin, Giapichelli, 1999.

⁷⁶² Di Chiara, G., *L'incompatibilità endoprocesuale del giudice*, cit., p. 2.

⁷⁶³ *Cfr.*, recientemente, Di Chiara, G., *L'incompatibilità endoprocesuale del giudice*, cit., p. 6, pero en sintonía con la doctrina de Carnelutti, F., *Lezioni sul processo penale*, cit., vol. II; Calamandrei, P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Florencia, Le Monnier, 1938.

al proceso, sino como algo que se *da* en él—,⁷⁶⁴ también el proceso penal ha sufrido una transformación que lo ha llevado al primado del principio de contradicción. Con las diferencias propias entre el ámbito civil y el penal, el método contradictorio ha puesto en evidencia exigencias de “actualidad” y dinamicidad en el proceso penal similares a las del proceso civil: exigencias conectadas a la idea de imparcialidad.

El derecho exclusivo de las partes a proponer el proceso (llamado “derecho de demanda” y tutelado por el derecho general de acceso a los tribunales) se distingue de la iniciativa de las partes en la instrucción de la causa (el principio dispositivo verdadero y propio). Si el derecho de demanda está conectado a la tutela de la voluntad de las partes, el principio dispositivo, en cambio, es expresión de la convicción de que el proceso, una vez activado, debe realizarse del modo más coherente con el interés público.⁷⁶⁵ En definitiva, se trata del interés en realizar un *proceso justo*, exigencia que unifica el ámbito penal y el civil, además de los procedimientos administrativos.⁷⁶⁶

Dentro de los procesos hay que distinguir aquellos que tienen por objeto relaciones indisponibles, o sea, normas jurídicas de orden público. En éstos se comprende mejor la exigencia de que el

⁷⁶⁴ *Cfr.* la diferencia entre verdad como orden isonómico y como orden asimétrico de Giuliani, A., voz “Prova”, en *Enciclopedia del Diritto*, *cit.*, 1988, vol. XXXVII, pp. 518-579. Sobre la verdad en el derecho es fundamental el volumen ya citado de Pastore, B., *Giudizio, prova, ragion pratica*.

⁷⁶⁵ *Cfr.* Liebman, E. T., *Problemi del processo civile*, Nápoles, A. Morano, 1962, p. 5.

⁷⁶⁶ Cabría insistir sobre el hecho de que el proceso penal es radicalmente diverso del proceso civil. La finalidad del proceso penal es la condena del culpable y la absolución del inocente, de modo que la “justeza” del proceso sólo se puede valorar desde la consecución de este resultado, que se configura como un criterio independiente del correcto desarrollo del procedimiento. En realidad, las condiciones procedimentales del discurso son centrales para el proceso penal. La finalidad tiene que lograrse bajo una forma adecuada. En ese sentido, la idea de que el procedimiento del proceso penal es imperfecto (*cfr.* Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *cit.*, pp. 80-85) se encuentra con la idea de que el proceso penal debe desecharse respetando los derechos.

juez tenga mayores poderes inquisitorios, o sea, que el poder de iniciativa no sea exclusivo de las partes. No obstante, conferir poderes instructores al juez debilita la preservación de su imparcialidad, por lo que el poder inquisitorio (siempre autónomo respecto a las partes) se confía a una tercera figura, el Ministerio Público (que, sin embargo, representa claramente a una parte). Esto nos permite distinguir tres tipos de procesos: el proceso inquisitorio (el juez tiene el poder de instruir), el proceso acusatorio (el poder instructor compete a las partes) y el proceso en que el poder inquisitorio se confía al Ministerio Público (aquí la práctica de las pruebas se sustrae a las partes). A excepción del primero, los otros dos tipos subrayan la idea de imparcialidad del juez como *ajenidad* y *pasividad* frente a las iniciativas de los otros sujetos del proceso. En consecuencia, lo que distingue la función jurisdiccional de cualquier otra es “la posición del órgano que provee respecto a la regla jurídica en que se basa su actuación, posición que consiste en la ajenidad del órgano mismo a la regla y, por tanto, a la materia sobre la que debe ejercer su juicio”.⁷⁶⁷ No obstante, si es cierto que “el juicio en sentido lógico puede formularse por cualquiera, también por las partes, en sentido jurídico el juicio verdadero es sólo el de aquel que (además de tener la autoridad) juzga en una materia que le es ajena”.⁷⁶⁸

La imparcialidad, no obstante, exige algo más que la ajenidad, sea como ajenidad a la regla o como ajenidad al caso. En efecto, la disciplina de la imparcialidad ofrece aun otra indicación desde el momento en que asegura, incluso psicológicamente, que la persona que realiza el juicio es imparcial. En ese sentido, hay que acudir a la distinción entre instruir y juzgar. La figura del juez instructor evita que el juez que decide sobre la controversia sea también el que decide la admisibilidad de las pruebas. A este propósito es útil señalar que la valoración de las pruebas implica un juicio. Se habla de las operaciones preparatorias del juicio definitivo —juicios so-

⁷⁶⁷ Liebman, E. T., *Problemi del processo civile*, cit., p. 11.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 12.

bre admisibilidad de las pruebas, su relevancia y fiabilidad— como de *fracciones* de proceso respecto a las cuales hace falta garantizar una independencia psicológica.⁷⁶⁹ La imparcialidad es, pues, un bien precioso que debe preservarse en todo caso, incluso con el sacrificio de los poderes de iniciativa instructora, y hasta salvar las apariencias.

Existe una imparcialidad respecto a la acción, que se busca en la distinción de las funciones del juez y la exclusión de eventuales motivos de parcialidad, y existe una imparcialidad respecto al juicio que, sobre la base de cuanto hemos afirmado, es común a todas las funciones que ejercita el juez y a todas las fases del juicio. Dado que lo expuesto se refiere a las garantías objetivas de imparcialidad e independencia respecto al desarrollo del proceso (con algún dato de carácter subjetivo), queda por determinar el contenido de la “independencia subjetiva”.⁷⁷⁰ La independencia subjetiva (que se aproxima mucho a la llamada imparcialidad-objetividad) se refiere a algunas *predisposiciones intelectuales* del juez que deben añadirse a todas las condiciones externas ya señaladas.

Las predisposiciones intelectuales requeridas en el sujeto que juzga se concretan en evitar la formación de una previa opinión sobre el resultado de la causa *antes* de conocer los argumentos presentados por las partes, acreditables por las pruebas; es decir, consiste en el precepto positivo de decidir con base en el conocimiento del caso y en la disposición a juzgar según el criterio de la igual atención a todos los elementos aducidos por las partes. Se trata, en definitiva, de una disposición que no consiste

to attain absolute objectivity, but rather to find an appropriate balance between objectivity and subjectivity. For this purpose, self-criticism,

⁷⁶⁹ Cfr. Carnelutti, F., *Lezioni di diritto processuale civile (1921)*, Padua, Cedam, 1986, vol. II, n. 131.

⁷⁷⁰ Cfr. Clay, T., *L'arbitre, cit.*, pp. 245-248. El autor considera que independencia e imparcialidad son equivalentes, sustancialmente intercambiables, aunque para conseguir clarificarlas ha establecido las diferencias que consigna en el texto. Su obra tiene como objeto el arbitraje, que presenta diferencias, obviamente, respecto a la jurisdicción.

self-restraint, and an intellectual effort to look for the objective are require. In this search, it is only natural that different judges will sometimes find different things in a given system.⁷⁷¹

No obstante, la actuación del juez está determinada también por una referencia a la justicia: ya que la función del juez se activa por una controversia entre partes, éstas exigen la búsqueda de un equilibrio que se concreta en la igual atención a los argumentos de todos los implicados, en la ausencia de intereses partidistas aunque sean remotos y en la igualdad de oportunidades. En última instancia, la imparcialidad presenta un rostro bifronte: es, al mismo tiempo, una posición epistemológica y una exigencia de justicia, o mejor dicho, una posición epistemológica derivada de una exigencia de justicia.

El papel del juez posee una particular especificidad en el conjunto de los fenómenos jurídicos. Respecto al poder de legislar y al de ejecutar la ley, el juez se remite a la solución de controversias de acuerdo con el derecho. La ley, como fórmula general y abstracta, legitimada democráticamente, se encuentra ante un proceso de concreción en circunstancias determinadas y en el contexto efectivo —fáctico y normativo— en el que el derecho se realiza. La decisión judicial, pues, implica la concreción de la regla general, pero esa operación no es automática ni evidente. La actividad jurisdiccional requiere la intervención de un tercer sujeto institucionalizado que efectúa una calificación jurídica de la situación y que determina sus efectos. Podemos notar ahora que el resultado de la acción del juicio no tiene un alcance que se agote en la decisión concreta. Ésta mantiene, a través de la imparcialidad, una tensión hacia la igualdad. Por un lado, esto es obvio si se considera que la igualdad, como generalidad de la ley (general y abstracta) es el terreno donde nace la decisión; por otro lado, la decisión se convierte, por efecto de la actividad jurisdiccional, en un elemento

⁷⁷¹ Barak, A., *Judicial Discretion*, cit., p. 131.

más de la historia de los efectos⁷⁷² de la propia ley, que tendrá valor en el futuro para casos similares. No obstante, como ya señalamos a propósito de la administración pública, las exigencias de eficacia de lo actuado por un órgano, sostienen el principio de la presunción de imparcialidad con la consecuente inversión de la carga de la prueba, aunque tal presunción decaiga allá donde una de las partes albergue el simple temor de que el juez no es imparcial.

La incidencia de lo actuado por el juez sobre la legislación se amplifica si consideramos la función del control de constitucionalidad. De hecho, los efectos de lo actuado por el juez constitucional son afines a los que la ley general y abstracta determina,⁷⁷³ pero sin estar legitimado democráticamente. No hay duda de que es por lo menos problemático el papel, cada vez más central, que la jurisdicción desarrolla también en el ámbito de la política. Sobre este trasfondo emerge el problema de los criterios de legitimación de la jurisdicción.

En los sistemas democráticos —y es justo que así sea por los valores que la democracia tutela— la legitimación por excelencia es la democrática, propias del Poder Legislativo y del Ejecutivo, pero no —sino indirectamente— del jurisdiccional. El Poder Ejecutivo está estrechamente relacionado con el Poder Legislativo desde el momento en que, con base en la regla de la mayoría, es precisamente la mayoría política quien determina la dirección de la acción política. Aunque estos poderes no se identifican, ambos están democráticamente legitimados. También el vínculo entre dirección política y administración pública ofrece a ésta una legitimación democrática, indirecta pero suficiente.

De modo indirecto y *a priori*, la actividad jurisdiccional está legitimada democráticamente por su dependencia de las leyes y tam-

⁷⁷² Cfr. las observaciones a propósito de Mengoni, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1996, pp. 12-16.

⁷⁷³ Cfr. Luciani, M., “Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)”, *Politica del Diritto*, 29, 3, 1998, pp. 365-383.

bién en cuanto dirigida a la tutela de los mismos valores expresados por el principio democrático. Sin embargo, la legitimación de la actividad jurisdiccional está también integrada por otros criterios. En primer lugar, por las reglas que definen la posición de tercera del juez respecto a las partes; en segundo lugar, por las características propias de la eventual creación de derecho por parte del juez y en la medida en que su actuación no significa un acto autónomo sino dependiente de un requerimiento externo, manifestado en el acto del juicio. Pero, sobre todo, la legitimación del juez debe buscarse en la motivación y en la argumentación de su decisión. La obligación de exponer las razones de su decisión es una de las mayores garantías de su imparcialidad. En efecto, “los pronunciamientos judiciales que crean mayor escándalo no son tanto los que parecen equivocados, sino aquellos que —cualquiera que sea su contenido— no han sido motivados”.⁷⁷⁴ En este sentido, el nivel de imparcialidad requerido al juez —también en los ordenamientos nacionales, por tanto en el derecho político— es superior y no inferior a la imparcialidad de los órganos políticos y se concreta en una mayor transparencia de las razones.

2. *Discrecionalidad y arbitrio*

En algunos casos, la propia ley remite, de varias maneras y con extensión diversa, el modo de determinar el caso a la decisión discrecional del juez, requiriendo que éste intervenga “activamente” en la formulación del derecho.⁷⁷⁵ Esta operación se sitúa en el ámbito (paralelo al que vimos respecto a la administración) de la discrecionalidad o del “arbitrio” del juez. La discrecionalidad de la administración pública es distinta a la discrecionalidad del juez ci-

⁷⁷⁴ *Ibidem*, p. 377

⁷⁷⁵ Barak discute a Dworkin el paso desde la existencia de límites en el poder discrecional a la deducción de que la discrecionalidad no existe. La discrecionalidad, para Barak, se produciría en los casos difíciles (*cf.* Barak, A., *Judicial Discretion*, *cit.*, 28-29). Sobre el debate Barak-Dworkin, *cf.* Villa, V., “Discrezionalità giudiziale e “risposta giusta”. A proposito di un recente libro di Aharon Barak”, *Diritto Privato*, 3, 1997, pp. 583-612.

vil y ésta a la del juez penal. La primera y la segunda están unidas porque consisten en la facultad de decisión del juez cuando éste debe completar las normas que aplica, decisión que debe ser adecuadamente motivada para garantizar que no se trata de un abuso de poder. La discrecionalidad del juez penal se refiere, por el principio de tipicidad, a la determinación de la cantidad y la calidad de la pena y difiere de las otras dos por la particular incidencia subjetiva (en lo que respecta a la persona afectada) y objetiva (puesto que desempeña una función ejemplarizante).⁷⁷⁶

El margen de decisión, en la discrecionalidad de la administración pública y en la del arbitrio judicial, está circunscrito por el hecho de que la “apreciación” del juez debe remitirse a la propia ley. De ahí que, en la existencia o no de parámetros para esa apreciación, se define el carácter regulado o no del poder discrecional del juez.

La centralidad de la ley y del legislador en los ordenamientos que se remiten a la codificación, han hecho que estas dos dimensiones, la ley y el arbitrio del juez, estén cuidadosamente separadas y, como sucede con la equidad y la imparcialidad, ambas sigan lógicas diversas. *Arbitrio*, significativamente, se ha convertido en una expresión en desuso y, generalmente, viene a ser considerado sinónimo de arbitrariedad.⁷⁷⁷

Entre arbitrio y arbitrariedad se debe trazar una distinción. En primer lugar, debemos recordar que la propia ley remite al arbitrio del juez. Si la lógica de la ley general y abstracta está guiada por la justicia, sostener que el arbitrio sigue otra lógica significaría hablar de una lógica de “no justicia” o admitir una “anomalía”, una excepción a la justicia: en última instancia, una lógica extrajurídica. La alternativa es considerar arbitrio y ley general y abstracta como dos dimensiones complementarias, gobernadas por la lógica

⁷⁷⁶ Cfr., sobre el tema, D’Agostino, F., *La sanzione nell’esperienza giuridica*, Turín, Giappichelli, 1999.

⁷⁷⁷ Cfr. Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000. Tomo prestada de Nieto la distinción entre arbitrio y arbitrariedad y remito a la reconstrucción histórica y al refrendo jurisprudencial que el autor aduce en favor de la distinción.

de la justicia. Entonces podemos distinguir arbitrio de arbitrariedad, porque esta última coincide con la ausencia de criterios en la decisión (o criterios ajenos al derecho).

Con referencia a la jurisdicción, la existencia del arbitrio y la determinación de su contexto se definen por la necesidad del juez de elegir entre diversas soluciones posibles dentro de la legalidad. Se presupone que, sin traspasar el ámbito de lo legal, existe una pluralidad de opciones justas para resolver una controversia. De modo que el arbitrio se contrapone a dos defectos: la legalidad mecánica, que no ve o no quiere ver la intervención activa del intérprete —su deliberación— y la arbitrariedad, que es el arbitrio sin reglas.

La ausencia de un criterio “legal” no significa la ausencia de criterios *tout court*. Esto es así aunque se considere que una deficiencia de la ley no comporta necesariamente una solución “ilegal”. Se podría hablar, en última instancia, de “a-legalidad”, pero no por ello de ajenidad al derecho.⁷⁷⁸ El pluralismo de las opciones, en definitiva, señala las posibilidades *legalmente* indiferentes, pero no *jurídicamente* indiferentes.⁷⁷⁹ Una posible explicación de esto conecta directamente con la imparcialidad.

Hemos apuntado, muchas veces, la tesis de que la imparcialidad sea un criterio interno de la decisión. El principal modo de verificar la “legalidad” de la decisión tiene lugar mediante el control de la motivación, validado por la argumentación, siendo ésta plenamente jurídica y dirigida a justificar una solución correcta.⁷⁸⁰ En ese sentido, hemos visto que la imparcialidad aparece como uno de los criterios de justicia activos en el contexto de la argumentación jurídica, pero aún no sabemos cómo actúa positivamente en cuanto regla del juicio y de la decisión. La verificación de la argumentación, como venimos señalando, presenta una radical ambigüedad

⁷⁷⁸ Cfr. Nieto, A., *El arbitrio judicial, cit.*; en general, todo el cap. VI.

⁷⁷⁹ Fernández, T. R., *De la arbitrariedad de la administración, cit.*, p. 155.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 189. Objetivamente esta posición resulta más equilibrada y aceptable que la idea de la única respuesta correcta (cfr. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985).

ya que es compatible tanto con la idea de que la decisión se toma por motivos extrajurídicos, de los cuales se busca *ex post* una justificación, como con la tesis de que la decisión se toma respetando criterios plenamente jurídicos.

Por otra parte, la motivación en el ámbito jurídico —y la argumentación en que ésta se sustancia— desempeña una función legitimadora de la posición institucional del juez, legitimación que se da sobre la base de las razones aducidas y que es susceptible de control interno y externo. No obstante, respecto a la administración pública, donde la discrecionalidad está presidida y reglada por el criterio del interés general, el arbitrio del juez no puede remitirse a criterios independientes, acentuando así el carácter autorreferencial del juicio. Esto significa que la realización del juicio jurídico se establece sobre la base de la buena implementación de sus reglas. Entre ellas están las condiciones que configuran la posición del juez: la independencia respecto a los otros poderes, la tercería dentro del proceso, la ajenidad frente a las partes y frente al propio proceso y, sobre todo, el peso de las razones del juicio.

3. *El sujeto de la interpretación*

Existe un sentido ulterior más amplio y expansivo, que afecta a una dimensión distinta de la “discrecionalidad” en el derecho. Ésta indica un carácter de la interpretación, que no deriva de una indicación normativa ni de una deficiencia del texto que se interpreta,⁷⁸¹ sino de la naturaleza misma del acto interpretativo.

Entre la regla general y la resolución concreta de la controversia existe un salto que corresponde a la distancia entre la previsión abstracta de las posibles prefiguraciones de los conflictos y su efectiva composición real. Este desajuste se colma con la intervención de un sujeto institucionalizado, que no es libre, en el sentido

⁷⁸¹ Hay que distinguir el ámbito de la discrecionalidad del ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados. Las cláusulas generales, por ejemplo, son elementos a través de los cuales el legislador impone criterios de interpretación, limitando de este modo la discrecionalidad.

de que puede no darse —ya que debe producirse como respuesta a un requerimiento—, pero que sí es una intervención consciente y deliberativa.⁷⁸² Su juicio es de carácter práctico y no sólo de una operación lógica de conexión entre enunciados generales y particulares. Este juicio implica un examen de la idoneidad de la solución respecto al caso, una ilustración de las soluciones alternativas y una verificación comparativa de las consecuencias de las diversas soluciones y de su mayor o menor coherencia con las circunstancias del caso, además de su confrontación con los eventuales efectos sobre el ordenamiento jurídico.

El particular vínculo entre derecho y lenguaje —del que es expresión la conexión de la norma y su enunciado lingüístico— es una característica del derecho propia de la capacidad comunicativa de sus usuarios. Sin embargo, el lenguaje no es el horizonte absoluto del derecho, sino un medio en el que éste actúa. Como medio, el lenguaje puede ser controlado en cierta medida. Si el derecho no se reduce a lenguaje, el control del derecho no puede llegar sólo mediante el control del lenguaje, ni la apertura del derecho puede reconducirse completamente al lenguaje.⁷⁸³

La discrecionalidad de la interpretación ha sido tratada por la teoría escéptica, en oposición a la teoría cognitiva de la interpretación.⁷⁸⁴ Para la teoría cognitiva, la interpretación consiste en una operación cognoscitiva; para la teoría escéptica, consiste en una decisión discrecional y arbitraria del juez. A la primera se le escapa el vínculo entre juicio y poder —en efecto, se sostiene que el juicio es

⁷⁸² Está fundado sobre pruebas. Viene al caso el cuento de Gellio sobre el consejo dado por el filósofo Favorino, a propósito de los deberes del juez. Debiendo juzgar un caso en el que faltaban pruebas contra un hombre “malo” y existían pruebas contra un hombre “bueno”, el filósofo Favorino aconseja al juez atenerse al “carácter”, contra la presunción común del jurista según la cual no se puede condenar a un hombre en razón de su carácter, sino que hay que atenerse a las evidencias obtenidas a través del proceso. *Cfr.* Gellio, A., *The Attic Nights of Aulus Gellius*, texto latino con traducción al inglés de J. C. Rolfe, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1961, vol. III, pp. 21-31 (libro XIV, II).

⁷⁸³ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, 121-132.

⁷⁸⁴ *Cfr.* Guastini, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 323-344.

un acto de deducción lógica—; para la segunda, sólo es relevante la dimensión del poder, en detrimento del juicio.⁷⁸⁵ La diferencia entre la discrecionalidad en el espacio normativo y en la interpretación radica en que, en el primer caso, es la propia ley la que reconoce la naturaleza discrecional del juicio y autoriza la intervención del juez con los consiguientes efectos restrictivos; en el segundo, es el juez quien parece tomarse una libertad que no le ha sido conferida expresamente por el ordenamiento.

La revisión de la doctrina clásica de la interpretación jurídica ha puesto de relieve una profunda mutación del “objeto a interpretar” y del “cómo interpretar”.⁷⁸⁶ Muchos factores inciden en ese sentido: la conciencia de la pluralidad de tipologías de las normas jurídicas y su diversidad estructural, junto a la evolución del modelo de Estado de derecho en la forma de Estado constitucional. También la interacción entre las dimensiones jurídicas nacionales e internacionales y la evolución de la praxis de los derechos. No se ha prestado tanta atención, sin embargo, al sujeto que interpreta y a la operación del juicio que le es propia. Quizá los esfuerzos para tratar de comprender si el cambio de estructura del derecho es radical o solamente una evolución del derecho occidental han oscurecido la importancia de las características y el papel del sujeto interpretante. A este sujeto del juicio se le piden hoy diversos cometidos.

El criterio de la sujeción a la ley, que fue el fundamento de la doctrina tradicional sobre la función del juez, ha cambiado profundamente: “la sujeción del juez a la ley ya no es, en efecto, como en el viejo paradigma iuspositivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea su significado, sino sujeción a la ley sólo en cuanto válida, o sea, coherente con la Constitución”.⁷⁸⁷ La simple constata-

⁷⁸⁵ En esto recuerda la idea de una motivación no cognitiva, que ya habíamos encontrado durante el análisis de las teorías éticas fundadas sobre los sentimientos. En el ámbito jurídico, la arbitrariedad de este modo de funcionamiento sería —al menos— detectada por el control *ex post* de la decisión.

⁷⁸⁶ La referencia fundamental es Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione*, *cit.*, caps. 3 y 4.

⁷⁸⁷ Ferrajoli, L., *Il diritto come sistema di garanzie*, *cit.*, p. 153.

tación de la validez, entendida ahora como coherencia y congruencia con la Constitución, permite distinguir entre validez como vigencia referida al ordenamiento y como juicio de valor, aunque interno al ordenamiento. Al sujeto que juzga se le exige capacidad para formular un juicio de valor conforme al ordenamiento como unidad de sentido.

La idea ya aceptada de la existencia de principios y la necesidad de acercar el método clásico de la subsunción al método de la ponderación tiene implicaciones sobre la capacidad y las actitudes requeridas al juez. Al que juzga no se le pide una habilidad deductiva sino un esfuerzo para considerar de manera imparcial los principios. Se requiere, pues, un empeño de carácter práctico, que se concreta en una valoración razonable. El que pondera debe poner en acto la imparcialidad bajo la óptica de una no preferencia arbitraria entre los derechos y los principios, además de entre los sujetos.

La racionalidad del derecho y del sujeto de la interpretación debe abrirse a los métodos de la razón práctica, no en el sentido de que el razonamiento prudencial deba sustituir al juicio jurídico, sino en el sentido de que dentro del ordenamiento jurídico se deba hacer uso de una racionalidad del tipo de la deliberación.⁷⁸⁸ Más que una habilidad de carácter lógico —congruencia, coherencia, capacidad de generalización— la imparcialidad añade una instancia específica: la atención respecto a las partes implicadas en la relación jurídica y la disponibilidad a las razones justificantes, una imparcialidad-justicia y una imparcialidad-objetividad. A propósito de la democracia deliberativa, habíamos recordado que su cualidad principal era hacer posible, a través del diálogo, el cambio eventual de las preferencias iniciales. Retomando ahora esta cualidad y llevando el

⁷⁸⁸ Eso no significa, obviamente, abandonar el derecho a valoraciones arbitrarias. En sentido propio, el juicio prudencial es el último recurso, si consideramos que sólo en el caso de que sea imposible decidir con base en los criterios de racionalidad, deberemos decidir a partir de la razonabilidad, entendida como juicio prudencial (Viola, F., “Costituzione e Ragione pubblica: Il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y Derecho*, 46, 2002, pp. 35-71).

discurso a la jurisdicción, se puede decir que al sujeto que juzga se le requiere *docilidad* a las razones en el proceso deliberativo.

La propia existencia de la exigencia de imparcialidad en el ejercicio de la función judicial es consecuencia necesaria de la convicción de que la actividad del juez no tiene carácter mecánico, no se puede reducir a una aplicación “técnica” y “neutral” de la ley, según una idea consolidada en la conciencia de muchos operadores jurídicos. De igual modo que una actividad mecánica se contraponen a otra consciente, original y creativa, la actividad del órgano judicial se opone a la pasividad de una operación que no implica al sujeto. Esta intervención puede entenderse de dos modos. Puede admitirse que la actividad del juez no es únicamente una operación “cognoscitiva” y, en consecuencia, mecánicamente aplicativa, sino que comporta una elección que se expresa en el ejercicio de un poder. A esta descripción se añade un concepto de imparcialidad como independencia objetiva, que limita el poder discrecional en esa forma en que el poder se deja —aparentemente— más fácilmente limitar: mediante la contraposición a él de otros poderes.

La respuesta a la pregunta sobre si la decisión discrecional es o no un poder decisorio regulado depende de la elección entre dos posibilidades: la posibilidad de que los criterios de la decisión sean criterios externos o que sean internos al propio poder. La contraposición de un poder frente a otro es una forma de limitación extrínseca del tipo “un clavo saca a otro clavo”. La alternativa consiste en plantear que el poder puede ser regulado desde dentro. Si existe una regla que afirme la presencia de un criterio interno al juicio, tal es la imparcialidad, constituyendo una *medida* del ejercicio del poder. No basta, sin embargo, con sostener que hay criterios para la decisión: hace falta conocer el estatuto de esos criterios y, en particular, si pueden reconducirse a características propias de la función o a disposiciones del sujeto. Aun es posible distinguir entre criterios internos a la (o propios de la) función y criterios internos al (o propios del) sujeto.

Ya hemos visto cómo para el juez y para la administración pública el ejercicio del poder discrecional no corresponde a una ausencia total

de criterios de valoración. En el caso de la administración pública el criterio del interés general, a su vez conectado con el deber de igualdad, actúa como parámetro para la decisión. Para la administración pública cabría plantear que ese límite es “externo” al propio poder. El interés general, en efecto, es algo “deducido” no del propio procedimiento administrativo, sino del ordenamiento jurídico y político en su conjunto. La jurisdicción carece de un criterio similar a éste y eso hace difícil resolver el problema de la limitación del poder.

Una vía posible es aquella que considera la imparcialidad como una virtud, llevando así al interior del sujeto el criterio de la limitación del poder. En este sentido el juez imparcial se autolimitaría con base en la disposición o a la capacidad adquirida —valorable en términos éticos— de dar a cada uno lo suyo y de ser objetivo en el juicio.⁷⁸⁹ La imparcialidad implicaría un control sobre las pasiones o inclinaciones, un dominio sobre los sentimientos y afectos y, al mismo tiempo, la exclusión de prejuicios que podrían viciar el juicio. Aplicando estos términos al juez, se podría decir que se le requeriría “ser justo” antes de desempeñar su función.

Aun cuando deseable, esta solución no es factible porque la imparcialidad estaría confiada a la pura casualidad: una vida virtuosa es el resultado de una decisión libre del sujeto. La tesis opuesta es que la imparcialidad sea regla interna no del sujeto sino de la función del juicio y de la práctica del derecho. La modalidad de explicitación del juicio, según la imparcialidad, comporta la igual atención y consideración por las partes y eso es propio del juez por motivos independientes de sus preferencias morales. En ese sentido, se requiere que la imparcialidad esté garantizada indirectamente por los mecanismos a los que ya hemos hecho referencia. Ella se manifestaría siempre en el “juicio bien realizado”.

⁷⁸⁹ Por ejemplo, en el sentido en el que Hart habla de imparcialidad como virtud propia de los jueces en la aplicación del derecho (Hart, H. L. A., *The Concept of Law, cit.*, pp. 200 y 201). El autor parece considerar que se trata de virtudes “morales” y, en efecto, constata su arbitrariedad y la casualidad de su presencia en los funcionarios.

Al mismo tiempo la imparcialidad del juez implica una tendencia hacia la congruencia y la coherencia con el ordenamiento por causa de la exigencia de legitimación de la propia función, pero sobre todo por la necesidad de implementar, aunque mediatamente, esas otras formas de imparcialidad que constituyen el ordenamiento, como son la generalidad de la ley y la búsqueda del bien común.

CONCLUSIONES: LOS CAMINOS DE LA IMPARCIALIDAD

Una de nuestras intuiciones morales más arraigadas —pero menos explicitadas y sometidas a crítica— es que la actitud justa por excelencia consiste en actuar y juzgar con imparcialidad. Junto a esta convicción se percibe, desgraciadamente, la dificultad de su puesta en práctica por parte de seres humanos, inclinados naturalmente a elegir para sí mismos y para los suyos lo más beneficioso, o simplemente limitados dentro de unas coordenadas de tiempo y espacio muy concretas.

La tendencia hacia la imparcialidad o, si se quiere, el esfuerzo por limitar la parcialidad, acompaña —en la práctica y en la reflexión teórica— la historia del hombre y, en particular, ilumina nuestro pasado más reciente en la reflexión sobre la justicia. El primado del gobierno de la ley, la institución judicial, el observador imparcial, la idea de un Estado neutral, la instauración de procedimientos de control de la universalidad de los principios morales etcétera, son ejemplos, más o menos logrados, de la búsqueda de una imparcialidad posible.

En este análisis he querido resaltar cómo se configura la imparcialidad en la moral, la política y el derecho, intentando identificar la especificidad de las manifestaciones de este principio normativo en cada una de esas diversas esferas, con sus aspectos comunes y sus diferencias pero, sobre todo, planteando sus condiciones de posibilidad. Muchas veces, antes de analizar la imparcialidad “posible” en el derecho, hemos resaltado que la dimensión jurídica interactúa con el resto de la experiencia práctica, introduciendo ahí elementos de imparcialidad. Algunos ejemplos evidentes se encuentran en la praxis de los derechos, que introducen una tensión

universal hacia la imparcialidad en el panorama particularista de las éticas plurales, así como las diversas manifestaciones de la primacía del derecho sobre la política.

En los itinerarios explorados —también en la moral y en la política— se han abierto vías para hablar de una imparcialidad “posible”, en ocasiones problemáticas y reductivas respecto al significado pleno del concepto. El significado integral de imparcialidad no puede prescindir de su doble dimensión (imparcialidad-objetividad e imparcialidad-justicia), aunque cabe poner el acento unas veces sobre la primera y otras sobre la segunda, sin desvirtuar completamente el concepto.

Desde la perspectiva moral, hemos considerado oportuno distinguir dos aspectos del problema —la moral como justificación y la ética propiamente dicha—, no sólo por su diversa finalidad sino, sobre todo, por la diversa utilización de la imparcialidad que en ellas se descubre. En la moral entendida como justificación, la imparcialidad es la regla principal del control de validez de un principio de acción moral. Sin embargo, el problema de la justificación permanece ajeno a la acción moral verdadera y propia. Lo que resulta imparcial es el principio y no la acción.

¿Es satisfactoria una moral de este tipo?

En la perspectiva ética, cuyo objetivo es guiar las acciones, la imparcialidad se configura como un principio normativo del comportamiento. Ahí se plantea realmente el problema de la practicabilidad de la imparcialidad. Ésta resulta necesaria por el carácter intersubjetivo de la existencia humana y por el presupuesto de la igualdad entre los hombres. No obstante, la imparcialidad es un principio necesario —aunque no suficiente— de la ética, y ha de ser complementada con otras exigencias como el compromiso en la realización personal o la responsabilidad frente a los otros. En esta perspectiva ética, por otra parte, impera el respeto a la diferencia y a la contextualidad, compañeros ineludibles de la acción concreta.

A diferencia de la moral como justificación y a semejanza de la ética, en el ámbito jurídico predomina el aspecto de la concreción

y la determinación de la acción. Pero, a diferencia de la ética, el problema de la justificación es crucial. En el juicio jurídico se difuminan las aporías de la divergencia entre moral y ética, entendiendo que ambas dimensiones están estrechamente unidas: la justificación se refiere a la decisión concreta, pero la proyecta hacia una perspectiva de validez universal, gracias a las razones. En la experiencia jurídica, pues, la imparcialidad conjuga la tensión hacia una validez para todos, propia del principio de universalización, y la determinación de lo justo en la situación concreta.

Respecto al predominio de una tensión hacia una igualdad equiparadora, propia del estilo “iluminista” —la universalidad fundamentada sobre la abstracción de las diferencias criticada por el pensamiento feminista—, en la experiencia jurídica resulta prevalente una imparcialidad atenta a las diferencias, capaz de conjuntar las razones diversas de las partes y de apreciar en los matices la razón para un eventual tratamiento diferenciado y justificado. Esta prerrogativa acentúa, todavía más, el valor del pluralismo en la realidad cultural de nuestro tiempo.

La centralidad del juicio en la experiencia jurídica permite superar, también, una ambigüedad típica de algunas teorías éticas fundadas sobre sentimientos. En éstas, la presencia de principios —posiblemente contrarios— y la necesidad de compatibilizarlos se considera el efecto de un equilibrio no cognitivo (contrapeso natural entre sentimientos opuestos). En el derecho —como en muchas concepciones de la ética— el equilibrio es obra de la razón deliberante.

Al igual que en la ética y en la política, el juicio jurídico cuenta con parámetros intersubjetivos —debido al respeto de la voluntad de las partes, que es el criterio eminente en política— y con parámetros objetivos. La validez de los parámetros objetivos del juicio jurídico es particularmente visible a través de la praxis autoritativa.

La imparcialidad en la política aparece precaria. A raíz de la relevancia de la identidad y de los límites de la comunidad política, la imparcialidad puede configurarse a lo sumo como una objetividad posicional que mira —con justificada parcialidad— a la reali-

zación de un proyecto propio. Paralelamente, la imparcialidad como actitud debida al carácter intersubjetivo —como actitud de justicia— está limitada a los confines de la comunidad política, resultando evidentemente intrasistémica. La experiencia jurídica permite superar este *impasse*. La institucionalización de la imparcialidad garantiza que la identidad de quien juzga no obstaculice la justicia, no sólo desde el punto de vista de situaciones subjetivas que podrían distorsionarla (los clásicos dispositivos de independencia, abstención y recusación del juez) sino también objetivamente, bajo la idea de justificación de la decisión en el marco y según las reglas del ordenamiento al que pertenece el juez. La institucionalización hace independiente a la imparcialidad, tanto de las disposiciones éticas y morales del sujeto como de su identidad política. La eventual connotación política del ordenamiento constituye, no obstante, un límite del *derecho político* en el que el juez actúa; constituye, por tanto, el límite que la política impone a la imparcialidad del derecho. Además, respecto a la imparcialidad de la justicia política únicamente nacional, la imparcialidad del derecho no está cerrada a instancias universalistas, como son los derechos humanos.

Entre las diversas dinámicas políticas existe una que asegura un cierto grado de imparcialidad, no sólo porque se funda sobre la participación democrática (que realiza respecto a los sujetos con diversas identidades la imparcialidad-justicia) sino porque se articula además en una deliberación (que afirma la confrontación sobre razones, es decir, la imparcialidad-objetividad). En el campo político, el criterio de legitimación democrática es el supremo, incluso si no corresponde al proceso de deliberación y comunicación de las razones.

Desde el punto de vista de los criterios de legitimación, la imparcialidad propiamente jurídica combina el dato democrático con la legitimación con base en razones. Se hace así más difícil el peligro de la tiranía de las mayorías y se evita la famosa paradoja democrática. La justicia-imparcialidad ligada a la igualdad, tutelada

por el criterio democrático, se conecta con la objetividad-imparcialidad de la justificación con base en razones.

El derecho permite, pues, en el modo más completo posible, la experiencia de la imparcialidad. Sus dos dimensiones —la más estrechamente conectada a la dimensión epistemológica y la más cercana al equilibrio entre intereses— asumen, en el ámbito jurídico, una diversa articulación respecto al ámbito ético y al político que permite superar algunas dificultades de ésta en aquellos dos ámbitos.

Las manifestaciones de la imparcialidad en la experiencia jurídica deben ser matizadas en relación con las diversas instituciones del derecho. En la administración pública —y con ello se aproxima a la política—, la imparcialidad se hace “impura”, a causa del interés general, que es el objetivo que funcionaliza su actuación. La imparcialidad de la legislación, que se expresa principalmente —pero no únicamente— como generalidad de la ley, sufre de algún modo la limitación del elemento político bajo el tamiz de la justicia. La imparcialidad de la jurisdicción opera como un criterio interno y autosuficiente que se construye, completamente, sobre la atención a las partes y sobre la objetividad de las razones.

La imparcialidad constituye, en definitiva, una regla para la decisión del poder, en sus diversas formas: la ley general, los procedimientos administrativos, las sentencias del juez. La imparcialidad en la experiencia jurídica, en su plenitud, resulta de la confluencia de las diversas dimensiones de imparcialidad requeridas por cada uno de los poderes jurídicos. Si existe una regla, un canon o un criterio, entonces la decisión ya no es arbitraria. La imparcialidad, en cuanto canon de valoración, implica en la decisión a la razón práctica junto con una tensión hacia la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1986.
- ACKERMAN, B. A., *La justicia social en el Estado liberal*, trad. de C. Rosenkrantz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, R., *Concepto y validez del derecho*, trad. de J. Malem, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , “Discourse Theory and Human Rights”, *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 3, 1996.
- , “Giustizia come correttezza”, *Ragion Pratica*, núm. 9, 1997.
- , “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason”, en WINTGENS, L. J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1999.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- , *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1996.
- ALLEGRETTI, U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padua, Cedam, 1996.
- , *L'imparzialità amministrativa*, Padua, Cedam, 1965.
- ANSCOMBE, G. E. M., *Intention*, Oxford, Blackwell, 1957.
- , *The Collected Philosophical Papers of G.E.M. Anscombe*, Oxford, Blackwell, 1981.
- APEL, K. O., “L'etica della responsabilità nell'era della scienza”, *Il Mulino*, Bolonia, vol. 34, 1985.
- , *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. e introd. de A. Cortina, Barcelona, Paidós, 1991.
- AQUINO, Tomás de, *Commento alla Politica di Aristotele*, Bolonia, ESD, 1996.

- , *Suma contra Gentiles*, Madrid, BAC, 1974.
- , *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1984.
- ARENDRT, H., *Conferencias sobre la filosofía política de Kant*, Barcelona, Paidós, 2003.
- , *La vida del espíritu*, trad. de C. Corral y F. Birulés, Barcelona, Paidós, 2002.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid, Edersa, 1999.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. y trad. de M. Araujo y J. Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- , *Política*, introd., trad. y notas de M. García Valdés, Madrid, Gredos, 1988.
- ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AVITABILE, L., *Il terzo giudice tra gratuità e funzione. Commenti e traduzioni di V. Jankélévitch, J. P. Sartre, J. Habermas*, Turín, Giappichelli, 1999.
- BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2001.
- BANÚS, E. y LLANO, A. (eds.), *Razón práctica y multiculturalismo*, Pamplona, Newbook Ediciones, 1999.
- BARAK, A., *Judicial Discretion*, Nueva York-Londres, Yale University Press, 1989.
- BARBERIS, M., “Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Génova, vol. 31, 2001.
- BARRETT, W., *Death of The Soul*, Nueva York, Anchor, 1987.
- BARRY, B., *Culture and Equality: an Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge, Polity Press, 2001.
- , *Justice as Impartiality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- , *Teorías de la justicia*, trad. de H. Rubio, Barcelona, Gedisa, 1995.

- BASCIU, M. (ed.), *Soggetto e principi generali del diritto*, Milán, Giuffrè, 1987.
- BASSLER, J. M., *Divine Impartiality. Paul and a Theological Axiom*, Chico, Scholar Press, 1982.
- BAYLES, M. D., *Procedural Justice. Allocating to Individuals*, Dordrecht, Kluwer, 1990.
- BECK, U., *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998.
- BEITZ, C. R., *Political Theory and International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1979.
- BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- BERLIN, I., *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, trad., introd. y notas de A. Rivero, Madrid, Alianza, 2001.
- BERTI, E., *Le vie della ragione*, Bolonia, Il Mulino, 1987.
- BLUM, L. A., "Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory", *Ethics*, Chicago, vol. 98, núm. 3, 1988.
- BOBBIO, N., *Il terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e la guerra*, Turín, Sonda, 1989.
- , *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990.
- , *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 1960.
- , *Teoria della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958.
- *et al.*, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bolonia, Il Mulino, 1981.
- BODIN, J., *Les six livres de la Republique*, París, Libraire Iure, 1576.
- BOHMAN, J. y REHG, W. (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge Mass., The Mit Press, 1999.
- BOUDON, R., "Contro il liberalismo debole", *Biblioteca della Libertà*, Turín, vol. 129, núm. 2, 1995.
- BRUBAKER, W. (ed.), *Immigration and The Politics of Citizenship*, Nueva York, University Press of America, 1989.
- BURKITT, I., *Bodies of Thought. Embodiment, Identity & Modernity*, Londres, Sage, 1999.

- CALAMANDREI, P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Florencia, Le Monnier, 1938.
- CAPELLETTI, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1971.
- CARLYLE, R. W. y CARLYLE, A. J., *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Edimburgo-Londres, Blackwood, 1903-36.
- CARNELUTTI, F., *La prova civile*, Milán, Giuffrè, 1992.
- , *Lezioni di diritto processuale civile*, Padua, Cedam, 1986.
- , *Lezioni sul processo penale*, Roma, Edizione dell'Ateneo, 1947.
- CASSESE, S. y FRANCHINI, C. (eds.), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- CASTIGNONE, S., "Legalità, legittimità, legittimazione", *Sociologia del Diritto*, Milán, vol. 4, núm. 1, 1977.
- CASTLES, S. y MILLER, M. K., *The Age of Migration*, Londres, Macmillan, 1993.
- CELANO, B., "«Defeasibility» e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili", *Ragion Pratica*, Génova, núm. 18, 2002.
- , *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Turín, Giappichelli, 1994.
- , "Ética della comunicazione e legge di Hume", *Rivista di Filosofia*, Turín, vol. 86, núm. 3, 1995.
- , "Giustizia e preferenze: un inventario di problemi", *Ragion Pratica*, Génova, núm. 9, 1997.
- , "I diritti nella jurisprudencia anglosassone contemporanea", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 2001*, Turín, Giappichelli, 2001.
- , "La denaturalizzazione della giustizia", *Ragion Pratica*, Génova, núm. 14, 2000.
- , "Teorie della giustizia", *Ragion Pratica*, Génova, núm. 7, 1996.
- CERRI, A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padua, Cedam, 1973.
- CERUTTI, F. (ed.), *Identità e politica*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

- CHELI, E. (ed.), *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Padua, Cedam, 1990.
- CHIARA, G. di, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Turín, Giappichelli, 2000.
- CHIODI, G. M., *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Turín, Giappichelli, 2000.
- CLARK, I., *Globalization and Fragmentation: International Relations in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- CLAY, T., *L'arbitre*, París, Dalloz, 2001.
- COATES, T. (ed.), *International Justice*, Aldershot, Ashgate, 2000.
- CONTAT, A., *La relation de vérité selon Saint Thomas d'Aquin*, Roma, Libreria Pontificia Vaticana, 1996.
- COPP, D. et al. (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- CORSALE, M., "Alcuni nodi teorici del modello pluralistico", *Sociologia del Diritto*, Milán, vol. 11, núm. 1, 1994.
- , "Pluralismo giuridico", *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Turín, Utet, 1983.
- CORSO, G., "Legalità e legittimità", *Per la Filosofia*, Milán, núm. 27, 1993.
- CORTINA, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.
- COSTA, P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 1999-2000, 2 vols.
- COTTA, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, Giuffrè, 1991.
- , "L'istituzione giudiziaria tra diritto e politica", *Rivista di Diritto Civile*, Padua, vol. 30, 1984.
- , "La coesistenza come fondamento ontologico del diritto", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, núm. 58, 1981.
- , *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1997.
- COTTIER, G., *Humaine raison: contributions a une éthique du savoir*, Friburgo, Editions Universitaires, 1980.

- COTTINGHAM, J., "Impartiality", en CRAIG, E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998 (versión electrónica).
- CRAIG, P. P., "The Common Law, Reasons and Administrative Justice", *Cambridge Law Journal*, Cambridge, vol. 53, núm. 2, 1994.
- CRISP, R. y SLOTE, M. (eds.), *Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- CRUZ PRADOS, A., *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsa, 1999.
- D'AGOSTINO, F., *Dimensioni dell'equità*, Turín, Giappichelli, 1977.
- , *Diritto e giustizia*, Milán, San Paolo, 2000.
- , *Filosofia del diritto*, Turín, Giappichelli, 2000.
- , *Il diritto come problema teologico*, Turín, Giappichelli, 1995.
- , "La regola aurea e la logica della secolarizzazione", en LOMBARDI VALLAURI, L. y DILCHER, G. (eds.), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milán, Giuffrè, 1981.
- , *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Turín, Giappichelli, 1999.
- y DALLA TORRE, G. (eds.), *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralistica*, Turín, Giappichelli, 2000.
- D'AVENIA, M., "L'aristotelismo politico di Alasdair MacIntyre", *Acta Philosophica*, Roma, vol. 9, núm. 1, 2000.
- , *La conoscenza per connaturalità*, Bolonia, ESD, 1992.
- DAHL, R., *Dilemmas of Pluralist Democracy*, Nueva York-Londres, Yale University Press, 1982.
- DANELIUS, H., "L'indipendenza e l'imparzialità del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Milán, núm. 2, 1992.
- DAVIDSON, D., "The Structure and Content of Truth", *Journal of Philosophy*, Nueva York, vol. 87, núm. 3, 1990.

- DEWEY, J., *Logic. The Theory of Inquiry*, Londres, George Allen & Unwin Ltd., 1939.
- DEWS, P. P., *The Limits of Disenchantment. Essays on European Philosophy*, Londres-Nueva York, Verso, 1995.
- DICEY, A. V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, 1959.
- DOGNINI, G., “L’idea di Europa e la cittadinanza europea”, *Teoria Politica*, Turín, vol. 11, núm. 3, 1995.
- DONATI, P., *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, Laterza, 1993.
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- , *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992.
- , *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel Derecho, 1984.
- , *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2000.
- EEMEREN, F. H. VAN *et al.*, *Fundamentals of Argumentation Theory. A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments*, Mahwah, LEA, 1996.
- ELSTER, J., *Argomentare e negoziare*, trad. it. de G. Rigamonti, Milán, Anabasi, 1993.
- (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- ENGELHARDT, T. H., “Al di là della giustizia e dell’equità: ripensare i sistemi sanitari”, *Biblioteca della Libertà*, vol. 155, núm. 2, 2000.
- ETZIONI, A., *The New Golden Rule. Community and Morality in a Democratic Society*, Nueva York, Basic Books, 1996.
- (ed.), *New Communitarian Thinking. Persons, Virtues, Institutions, and Communities*, Charlottesville-Londres, University Press of Virginia, 1995.

- FACCHI, A., “Pluralismo giuridico e società multietnica: proposte per una definizione”, *Sociologia del Diritto*, Milán, vol. 11, núm. 1, 1994.
- FAZZALARI, E., “L’imparzialità del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, vol. 2, 1972.
- , “Procedimento e Processo (teoria generale)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1987.
- FERNÁNDEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 2002.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P., *El juez imparcial*, Granada, Comares, 1997.
- FERNANDO PAOLO, M., *La motivación del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1993.
- FERRAJOLI, L., “Cittadinanza e diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, vol. 9, núm. 3, 1993.
- , “Diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, Turín, vol. 14, núm. 2, 1998.
- , *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.
- , “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”, *Teoria Politica*, Turín, vol. 15, núm. 1, 1999.
- , “Il diritto come sistema di garanzie”, *Ragion Pratica*, Génova, núm. 1, 1993.
- FERRARA, A., *Autenticità riflessiva. Il progetto della modernità dopo la svolta linguistica*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- (ed.), *Comunitarismo e liberalismo*, Roma, Editori Riuniti, 1992.
- , *Justice and Judgement*, Londres, Sage, 1999.
- et al. (eds.), *Etica individuale e giustizia*, Roma, Liguori Editori, 2000.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- FIORAVANTI, M., *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Turín, Giappichelli, 1995.
- , *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.

- , *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, Giappichelli, 1993.
- FLOISTAD, G. (ed.), *Contemporary Philosophy*, La Haya, M. Nijhoff, 1981-1982, 2 vols.
- FOOT, P., *Virtues and Vices and Others Essays*, Berkeley, University of California Press, 1978.
- FORDHAM, M., “Reasons: The Third Dimension”, *Judicial Review*, Cambridge, vol. 3, núm. 3, 1998.
- FOUCAULT, M., *Le Souci de soi*, París, Gallimard, 1984.
- FRANCESCO, M. di, *L'io e i suoi sé. Identità personale e scienze della mente*, Milán, Raffaello Cortina Editori, 1998.
- FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- , “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, *Law and Philosophy*, Nueva York, núm. 9, 1990.
- FRIEDMAN, L. M., “Alcune riflessioni sulla società orizzontale”, trad. it. de G. Pino, *Ragion Pratica*, Bolonia, núm. 22, 2004.
- FRIEDMAN, M., *What are Friends for? Feminist Perspectives on Personal Relationships and Moral Theory*, Londres, Ithaca, 1993.
- FROSINI, V., “Equità”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1966, vol. XV, pp. 69-83.
- FULLER, L. L., *The Morality of Law*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1964.
- GADAMER, H. G., *La razón en la época de la ciencia*, trad. de E. Garzón Valdés, Barcelona, Alfa, 1981.
- , *Verdad y método*, trad. de A. Agud y R. De Agapito, Salamanca, Ed. Sígueme, 1999.
- , *Verdad y método II*, trad. de M. Olsagasti, Salamanca, Ed. Sígueme, 2004.
- GALVAN, S. (ed.), *Forme di razionalità pratica*, Milán, Franco Angeli, 1992.
- GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa*, Alicante, núm. 5, 1988.

- GAUTHIER, D., *Morals by Agreement*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- GELLIO, A., *The Attic Nights of Aulus Gellius*, texto latino con trad. inglés de J. C. Rolfe, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1961.
- GEORGE, R. P. (ed.), *Natural Law, Liberalism and Morality. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- GIANFORMAGGIO, L., “Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte Costituzionale)”, *Foro Italiano*, 1996, col. 1961-1976.
- , *Filosofia e critica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995.
- GIANNINI, M., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milán, Giuffrè, 1939.
- GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. La influencia de la globalización en nuestras vidas*, trad. de P. Cifuentes, Madrid, Taurus, 2000.
- GIGLIONI, F. y LARICCIA, S., “Partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 2000, Agg. IV.
- GILLIGAN, C., *In a Different Voice*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1982.
- GIULIANI A., “Prova”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1988.
- GONZÁLEZ, A. M., “Ética y moral. Origen de una diferencia conceptual y su trascendencia en el debate ético contemporáneo”, *Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. 33, 2000.
- GROVER, et al., “A Prosentential Theory of Truth”, *Philosophical Studies*, Dordrecht, núm. 27, 1975.
- GUASTINI, R., “«Diritti»”, en P. COMANDUCCI y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e Diritto 1994*, Turín, Giappichelli, 1994.
- , *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993.
- , *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2001.
- GÜNTHER, K., *Der Sinn für Augemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt 1988.

- GURVITCH, G., *La vocation actuelle de la sociologie*, París, PUF, 1963.
- GUTMANN, A. y THOMPSON, D., *Democracy and Disagreement. Why Moral Conflict Cannot be Avoided in Politics, and what should be done about it*, Cambridge-Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- HAALAND MATLÁRY, J., *El tiempo de las mujeres. Notas para un nuevo feminismo*, Madrid, Rialp, 2000.
- HABERMAS, J., *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de J. Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000.
- , “Auszug aus «Wahrheitstheorien»”, en FARENBACH, H., (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfulligen, Neske, 1973.
- , *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4a. ed., introd. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- , *Kampf um Anerkennung im Demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt, Suhrkamp, 1996.
- , *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, trad. de J. C. Velasco y G. Vilar, Barcelona, Paidós, 1999.
- , “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism”, *Journal of Philosophy*, Nueva York, vol. 92, núm. 3, 1995.
- , *Solidarietà tra estranei. Interventi su “Fatti e Norme”*, Nápoles, Guerini & Associati, 1997.
- , *Staatsbürgerschaft und nationale Identität. Überlegungen zur europäischen Zukunft*, St. Gallen, Erker Verlag, 1991.
- HAMPSHIRE, S., *Justice is Conflict*, Princeton, Princeton University Press, 2000.
- HARDWING, J., “Should Women Think in Terms of Rights?”, *Ethics*, Chicago, vol. 94, núm. 3, 1984.
- HARE, R. M., *Moral Thinking. Its Levels, Methods, and Point*, Oxford, Oxford University Press, 1981.
- HARLOW, C. y RAWLINGS, R., *Law and Administration*, Londres, Butterworth, 1997.

- HART, H. L. H., *Contributi all'analisi del diritto*, Milán, Giuffrè, 1964.
- , *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- , *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de filosofía del derecho*, trad. de J. L. Vermal, Barcelona, EDHASA, 1999.
- HELD, D., *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1996.
- HELD, V., *Justice and Care: Essential readings in Feminist Ethics*, Boulder Colo., Westview Press, 1995.
- HOBBS, T., *Leviatán*, trad., pról. y notas de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 2002.
- , *Tratado sobre el ciudadano*, Madrid, Trotta, 1999.
- HOHFELD, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de G. R. Carrió, México, Fontamara, 1995.
- HONGJU KOH, H. y SLYE, R. C. (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1999.
- HORWICH, P., *Truth*, Oxford, Blackwell, 1990.
- HUME, D., *Investigación sobre los principios de la moral*, pról. y trad. de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1993.
- , *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 1998.
- HURLEY, S. L., *Natural Reasons. Personality and Polity*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- IRTI, N., "Formalismo e attività giuridica", *Rivista di Diritto Civile*, Padua, vol. 36, 1990.
- , *Testo e contesto*, Padua, Cedam, 1996.
- JAGGAR, A. M. y YOUNG, I. M. (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*, Oxford, Blackwell, 1998.
- JAMES, W., *The Meaning of Truth*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1975.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, Aranzadi, 2002.

- KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, trad. de E. Miñana y M. García Morente, Madrid, Ed. V. Suárez, 1963.
- , *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Madrid Alfabeta, 1978.
- , *Crítica del juicio*, trad. de M. García Morente, Madrid, Espasa Calpe, 1999.
- , *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de M. García Morente, Madrid, Ed. V. Suárez, 1961.
- KELLY, P. (ed.), *Impartiality, Neutrality and Justice. Re-Reading Brian Barry's Justice as Impartiality*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2000.
- KELSEN, H., “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue de Droit Public et Science Politique*, París, núm. 35, 1928.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1988.
- KHATCHADOURIAN, H., *Community and Communitarianism*, Peter Lang, Nueva York 1999.
- KIRKHAM, R. L., *Theories of Truth. A Critical Introduction*, Cambridge Mass., The Mit Press, 1992.
- , “Truth”, en CRAIG E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998.
- KOEHN, D., *Rethinking Feminist Ethics: Care, Trust and Empathy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998.
- KOHLBERG, L., “A Replay to O. Flanagan”, *Ethics*, Chicago, vol. 92, núm. 3, 1982.
- , *Essays on Moral Development*, San Francisco, Harper & Row, 1981-1984.
- KOJÈVE, A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit: expose provisoire*, París, Gallimard, 1981.
- KRAUSZ, M. (ed.), *Relativism. Interpretation and Confrontation*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1989.
- KRAUT, R., “Egoism”, CRAIG, E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998 (versión electrónica).

- KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1962.
- KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- , “Introduction: an Emerging Consensus?”, *Ethical Theory and Moral Practice*, Dordrecht, núm. 1, 1998.
- , *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- , *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- LA SPINA, A. y MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, Bolonia, Il Mulino, 2000.
- LEVI, F., “Partecipazione e procedimento”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, 1977.
- LEYLAND, P. y WOODS, T., *Administrative Law*, Londres, Blackstone, 1997.
- LIEBMAN, E. T., *Problemi del processo civile*, Nápoles, A. Morano, 1962.
- LLANO, C., *El conocimiento del singular*, México, Trillas, 1995.
- LOCKE, J., *A Letter Concerning Toleration*, La Haya, M. Nijhoff, 1963.
- , *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960.
- LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di filosofia del diritto*, Padua, Cedam, 1981.
- , “Diritti dell’uomo e diritto pleromatico”, *Ragion Pratica*, Génova, núm. 18, 2002.
- , “Diritto naturale”, *Jus*, Milán, núm. 34, 1987.
- , “Norme vaghe e teoria generale del diritto”, *Ars Interpretandi*, Padua, núm. 3, 1998.
- LUCIANI, M., “Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)”, *Politica del Diritto*, Bolonia, vol. 29, núm. 3, 1998.

- LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 1975.
- , *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, trad. de S. Pappé y B. Erker, Barcelona, Anthropos, 1998.
- MACCORMICK, N., *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- (ed.), *Constructing Legal System. "European Union" en Legal Theory*, Dordrecht, Kluwer, 1997.
- MACÍNTYRE, A., *Animales racionales dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de B. Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001.
- , *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*, trad. y presentación de A. J. G. Sisón, Madrid, EIUNSA, 1994.
- , "Politica, filosofia e bene comune", *Studi Perugini*, Perugia, núm. 1, 1997.
- , *Tras la virtud*, trad. de A. Valcarcel, Barcelona, Crítica, 2001.
- , *Tres versiones rivales de la ética: enciclopedia, genealogía y tradición*, trad. de R. Rovira, presentación de A. Llano, Madrid, Rialp, 1992.
- MAGRI, T., *Contratto e convenzione. Razionalità, obbligo e imparzialità in Hobbes e Hume*, Milán, Feltrinelli, 1994.
- MANNORI, L. y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- MARINI, C. M. de, *Il giudizio di equità nel processo civile (premesse teoriche)*, Padua, Cedam, 1957.
- MARITAIN, J., *Nove lezioni sulla legge naturale*, Milán, Jaca Book, 1984.
- MARMOR, A. (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social*, trad. de P. Linares, Madrid, Alianza, 1998.
- MATHIEU, V., *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Turín, Giappichelli, 1989.

- MAZZAMUTO, M., *La riduzione della sfera pubblica*, Turín, Giapichelli, 2000.
- MCILWAIN, C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, 1947.
- MEGIAS QUIRÓS, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz, 1994.
- MELONCELLI, A., “Publicità (diritto pubblico)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1988.
- MENGONI, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1996.
- MERUSI, F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bolonia, Il Mulino, 2000.
- y SANVITI, G., *L’“ingiustizia” amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bolonia, Il Mulino, 1986.
- MEYERS, D., *Emphatic Thinking Subjection and Subjectivity: Psychoanalytic Feminism and Moral Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1994.
- MILL, J. S., *El utilitarismo*, prólogo y trad. de R. Castiella, Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1984.
- MILLER, A., “Objectivity”, en CRAIG, E. (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1998 (versión electrónica).
- MODUGNO, F., “Poteri (divisione dei)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1957.
- MOORE, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903.
- MORBIDELLI, G. et al., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bolonia, Monduzzi, 1997.
- MORELL OCAÑA, L., “Dirección de la administración pública por el gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 156, 2001.
- , “La objetividad de la administración pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 111, 2001.

- MORESO, J. J., “Conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion Pratica*, Genova, núm. 18, 2002.
- , “El reino de los derechos y la objetividad de la moral”, en DICIOTTI, E. (ed.), *Diritti umani ed oggettività della morale*, Siena, DiGips, 2003
- MORRONE, A., *Il custode della ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001.
- MORTATI, C., *Diritto amministrativo*, 3a. ed., Milán, Giuffrè, 1993.
- , “Discrezionalità”, *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, Utet, 1960.
- , *La Costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1988.
- , “Note sul potere discrezionale”, *Raccolta di scritti. III. Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale e repubblicana*, Milán, Giuffrè, 1972.
- NAGEL, T., *Equality and Partiality*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- , *The Possibility of Altruism*, Princeton, Princeton University Press, 1970.
- , *Una visión de ningún lugar*, trad. de J. Issa, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- NARAYAN, U. y HARDING, S. (eds.), *Decentering the Center: Philosophy for a Multicultural, Postcolonial and Feminist World*, Indiana, Bloomington, 1985.
- NELSON, W. N., *On Justifying Democracy*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980.
- , “The very Idea of Pure Procedural Justice”, *Ethics*, Chicago, vol. 90, núm. 3, 1980.
- NICOSIA, S. (ed.), *Il giudizio*, Roma, Carocci, 2000.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- NINO, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1996.
- , *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- NODDINGS, N., *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, Berkeley, University of California Press, 1984.

- NOZICK, R., *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- , *Invariances. The Structure of the Objective World*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2000.
- NUSSBAUM, M. C., *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Madrid, Visor, 1995.
- , *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- O'NEILL, O., *Bounds of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- O'NEILL, S., *Impartiality in context. Grounding Justice in a Pluralist World*, Albany, State University of New York Press, 1997.
- OKIN, S. M., *Is Multiculturalism bad for women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- , *Justice, Gender, and the Family*, Nueva York, Basic Books, 1989.
- , "Reason and Feeling in Thinking about Justice", *Ethics*, Chicago, vol. 99, núm. 1, 1989.
- OKSENBERG RORTY, A. (ed.), *The Identities of Persons*, Londres, University of California Press, 1976.
- OLLERO, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ONG, W. J., *Interfaces of Word*, Ithaca, Cornell University Press, 1977.
- OPPENHEIM, F. E., "Uguaglianza", en BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N. (eds.), *Dizionario di Politica*, Turín, Utet, 1976.
- ORNAGHI, L. y COTELLESA, S., *Interesse*, Bolonia, Il Mulino, 2000.
- PACCHIANI, C. (ed.), *Filosofia pratica e scienza politica*, Abano, Francisci, 1980.
- PALADIN, L., "Ragionevolezza (principio di)", *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1997.
- PALOMBELLA, G., *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- PAREYSON, L., *Esistenza e persona*, Génova, Il Melangolo, 1985.

- PARFIT, D., *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- PARIOTTI, E., *Individuo, comunità, diritti, tra liberalismo, comunitarismo ed ermeneutica*, Turín, Giappichelli, 1997.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, A., *La dottrina del diritto naturale*, Milán, Edizioni di Comunità, 1980.
- PASTORE, B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milán, Giuffrè, 1996.
- PAULSON, S. L., "Teorie giuridiche e «Rule of Law»", en COMAN-
DUCCI, P. y GUASTINI, R. (eds.), *Analisi e diritto 1992*, Turín, Giappichelli, 1992.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III y BOE, 1995.
- , *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999.
- PERELMAN, CH., *Diritto, morale e filosofia*, trad. it. de P. Negro, Nápoles, Guida editori, 1973.
- y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, trad. de J. Sevilla, Madrid, Gredos, 2000.
- PERRY, J. (ed.), *Personal Identity*, Berkeley, University of California Press, 1975.
- PETEV, V. y LA TORRE, M. (eds.), "Law and Deliberative Politics", *Ratio Juris*, Oxford, núm. 14, 2001.
- PETRIS, D. de, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padua, Cedam, 1995.
- PETTIT, PH., *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- PIEPER, J., *Justicia y fortaleza*, trad. de M. Garrido Jiménez, Madrid, Rialp, 1968.
- PINCKAERS, S., *Las fuentes de la moral cristiana: su método, su contenido, su historia*, trad. de J. J. García Norro, Pamplona Eunsa, 2000.
- PINTORE, A., *Il diritto senza verità*, Turín, Giappichelli, 1996.
- PIZZORNO, A., *Le radici della politica assoluta e altri saggi*, Milán, Feltrinelli, 1993.
- PLATÓN, *La República*, trad. de F. Larroyo, México, Porrúa, 1991.

- , *Las Leyes*, trad. de F. Larroyo, México, Porrúa, 1993.
- POGGE, T. W., *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989.
- POPPER, K., *Conjectures and Refutations*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- , *La lógica de la investigación científica*, trad. de V. Sánchez Zabala, Madrid, Tecnos, 1967.
- PORTINARO, P. P., *Il terzo. Una figura del politico*, Milán, Franco Angeli, 1986.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999.
- , “Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale”, *Ragion Pratica*, Génova, núm. 18, 2002.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (ed.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- RASMUSSEN, D. (ed.), *Universalism vs. Communitarianism Contemporary Debates in Ethics*, Cambridge Mass., The Mit Press, 1990.
- RAWLS, J., *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*, trad. de H. Valencia, Barcelona, Paidós, 2001.
- , *El liberalismo político*, trad. de A. Domenech, Barcelona, Crítica Grijalbo-Mondadori, 1996.
- , *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. de A. De Francisco, Barcelona, Paidós, 2002.
- , “La priorité du juste et les conceptions du Bien”, *Archives de Philosophie du droit*, París, núm. 33, 1988.
- , *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- , “The Idea of an Overlapping Consensus”, *Oxford Journal for Legal Studies*, Oxford, vol. 7, núm. 1, 1987.
- RAZ, J., “Multiculturalism”, *Ratio Juris*, Oxford, vol. 11, núm. 3, 1998.
- , *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975.

- , *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- REBUFFA, G., *La funzione giudiziaria*, Turín, Giappichelli, 1993.
- RHONHEIMER, M., “L’immagine dell’uomo nel liberalismo e il concetto di autonomia: al di là del dibattito tra liberali e comunitaristi”, en YARZA, I. (ed.), *Immagini dell’uomo*, Roma, Armando editori, 1997.
- RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, trad. de A. Neira, Madrid, Siglo XXI, 1996.
- RIEDEL, M., *Rehabilitierung der Praktischen Philosophie*, Friburgo, Rombach, 1972.
- RODOTÀ, S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1992.
- ROMANO, B., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- ROSENFELD, M., *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*, Berkeley, University California Press, 1998.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social o principios de derecho político*, trad. y estudio preliminar de M. J. Villaverde, Madrid, Tecnos, 1992.
- RUSSELL, B., *The Problems of Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- SANDEL, M., *Liberalism and The Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- SANDULLI, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, Jovene, 1989.
- SANDULLI, M. A., “Acceso alle notizie e ai documenti amministrativi”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 2000.
- SATTA, F., “L’imparzialità nella pubblica amministrazione”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1989.
- SCACCIA, G., *Strumenti e tecniche della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000.
- SCARPELLI, U., *La teoria generale del diritto*, Milán, Edizioni di Comunità, 1983.
- SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida*

- cotidiana*, trad. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- , “The Structure of Rules, and their Place in the Law”, *Notizie di Politeia*, Milán, vol. 17, núm. 63, 2001.
- SCHIAVELLO, A., *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Turín, Giappichelli, 1998.
- y TRUJILLO, I. (eds.), “Diritti sociali vs. diritti di libertà?”, *Ragion Pratica*, Génova, núm. 14, 2000.
- SCHMITT, C., *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, trad. de R. Agapito, Madrid, Alianza, 2002.
- SCHUMPETER, J. A., *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Londres, Allen & Unwind., 1943.
- SCHWARTZ, W. F. (ed.), *Justice in Immigration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- SCOCA, F. G., “Interessi protetti (dir. amm.)”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1989.
- SEN, A. K., *Desarrollo y libertad*, trad. de E. Rabasco y L. Toharia, Barcelona, Planeta, 2000.
- , *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. de A. M. Bravo, Madrid, Alianza, 1999.
- , “Positional Objectivity”, *Philosophy & Public Affairs*, Baltimore, vol. 22, núm. 2, 1993.
- y NUSSBAUM, M. C. (eds.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- y WILLIAMS, B. (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- SHACHAR, A., “Two Critiques of Multiculturalism”, *Cardozo Law Review*, Nueva York, núm. 23, 2001.
- SHKLAR, J. N., *The Faces of Injustices*, Nueva Haven-Londres, Yale University Press, 1990.
- SIDGWICK, H., *Methods of Ethics*, Londres, Macmillan and Company, 1874.
- SINGER, P., *Practical Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

- SLOTE, M., *From Morality to Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- SMITH, A., *Teoría de los sentimientos morales*, trad. y estudio preliminar de C. Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 2004.
- SMITH, P., *Feminist Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- SPAEMANN, R., *Felicidad y benevolencia*, trad. de J. L. del Barco, Madrid, Rialp, 1991.
- STEIN, E., *Zum Problem der Einfühlung*, Friburgo, Herder, 1916.
- STEINBERGER, J., *The Concept of Political Judgement*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1993.
- STEINER, H., “Impartiality, Freedom and Natural Rights”, *Political Studies*, Oxford, núm. 44, 1996.
- SUMMERS, R. S., “How Law is Formal and it Matters”, *Cornell Law Review*, Nueva York, vol. 82, núm. 5, 1997.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976.
- TARZIA, G., “Il processo di fallimento e l'imparzialità del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, vol. 52, 1997.
- , “L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, vol. 1, 2001.
- TAYLOR, C., “Atomism”, en *id.*, *Philosophy and the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- , *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 1996.
- , *La ética de la autenticidad*, introd. y trad. de C. Thiebaut, Barcelona, Paidós, 1994.
- , *The Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1995.
- TREBILCOTT, J. (ed.), *Mothering: Essays in Feminist Theory*, Totowa, Rowman & Allanheld, 1983.
- TRIOLO, L., *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Turín, Giappichelli, 2001.
- , *Primato del diritto e giustizia. Diritti fondamentali e costituzione*, Turín, Giappichelli, 1996.

- TROCKER, N., “Interessi collettivi e diffusi”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1989.
- TRUJILLO, I., *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*, Turín, Giappichelli, 1997.
- , “Ragioni, diritti e giustizia (non solo) procedurale”, *Annali dell’Università degli Studi di Ferrara*, Ferrara, 2000.
- TUGENDHAT, E., *Probleme der Ethik*, Stuttgart, Reclam, 1987.
- VARANO, V., “Equità”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1989, vol. XII.
- VARIOS AUTORES, *Diritto naturale. Verso nuove prospettive*, Milán, Giuffrè, 1988.
- , *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1994.
- , *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milán, Giuffrè, 1996.
- , “Materiali per un lessico politico europeo: «cittadinanza»”, *Filosofia Politica*, Bologna, vol. 14, núm. 1, 2000.
- VECCHIO, G. del, *La giustizia*, Roma, Studium, 1959.
- VENTURA, L., “Motivazione (degli atti costituzionali)”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Turín, Utet, 1995.
- VERZA, A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Milán, Giuffrè, 2000.
- VIGNA, C. y ZAMAGNI, S. (eds.), *Multiculturalismo e identità*, Milán, Vita e Pensiero, 2002.
- VILLA, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999.
- , “Discrezionalità giudiziale e «risposta giusta». A proposito di un recente libro di Aharon Barak”, *Diritto Privato*, Padova, núm. 3, 1997.
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Editions Montchretien, 1975.
- VIOLA, F., “Costituzione e ragione pubblica: Il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 46, 2002.

- , “Metodologia, teoria e ideologia del diritto in F. Carne-
lutti”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, vol. 22, 1967.
- , *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell’etica contemporanea*,
Roma-Bari, Laterza, 1997.
- , *Etica e metaetica dei diritti umani*, Turín, Giappichelli,
2000.
- , “Giustizia e verità”, *Filosofia e Teologia*, Salerno, vol.
15, núm. 3, 2001.
- , *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Milán,
Vita e Pensiero, 1999.
- , *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990.
- , “La lotta del diritto contro i mali della società”, *Seconda
Navigazione. Annuario di filosofia 1999*, Milán, Mondadori,
1999.
- , “Ragionevolezza, cooperazione e regola d’oro”, *Ars
Interpretandi*, núm. 7, 2002.
- y URSO, M., *Scienza giuridica e diritto codificato*, Turín,
Giappichelli, 1989.
- y ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di
teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- VITORIA, F. de, *Relectio de indis*, Madrid, C.S.I.C., 1967.
- VOLLRATH, E., *Die Rekonstruktion der Politischen Urteils kraft*,
Stuttgart, Klett, 1977.
- WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press,
1989.
- WALZER, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralis-
mo y la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- , *On Toleration*, Nueva Haven-Londres, Yale University
Press, 1997.
- , *Reason, Politics and Passion*, Frankfurt, Fischer Tas-
chenbuch Verlag, 1999.
- WATTLES, J., *The Golden Rule*, Oxford, Oxford University Press,
1996.
- WEBER, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología com-
prensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

- , *La ciencia como profesión. La política como profesión*, trad. y ed. de J. Abellán, Madrid, Espasa, 2001.
- WHITE, A. R., *Truth*, MacMillan, Londres, 1970.
- WILLIAMS, B., *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1985.
- , *Introducción a la ética*, Madrid, Cátedra, 1982.
- WILLIAMS, C. J. F., *What's Truth?*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976.
- WISSENBERG, M., *Imperfection and Impartiality: a Liberal Theory of Social Justice*, Londres, UCL Press, 1999.
- WRIGHT, G. H. von, *Explanation and Understanding*, Ithaca, Cornell University Press, 1993.
- , *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez Medina, Madrid, Cátedra, 2000.
- , "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", *Ethics*, Chicago, vol. 99, núm. 2, 1989.
- ZAGAL, H., "Synesis, euphyia y anchinoia en Aristóteles. Algunas habilidades para el conocimiento del singular", *Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. 32, 1999.
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992.
- (ed.), *Il federalismo e la democrazia europea*, Roma, NIS, 1994.
- ZANETTI, G., *Amicizia, felicità, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Roma, Carocci, 1998.
- ZOLO, D., "Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico", *Filosofia Politica*, Bolonia, vol. 14, núm. 1, 2000.
- (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

ISABEL TRUJILLO

Doctora en filosofía del derecho, teoría general del derecho y filosofía política por la Universidad de Roma “La Sapienza”. Actualmente es catedrática de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Italia) y directora del programa de doctorado en Derechos Humanos de la misma Universidad.

Ha publicado un estudio sobre Francisco de Vitoria titulado *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana* (1997), y recientemente una investigación sobre el tema de la justicia global, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza* (2007), además de la obra que ahora se presenta en castellano (*Imparzialità*).

L

a imparcialidad es una cualidad —quizá la más importante— de los sujetos, los actos o los procedimientos jurídicos. Su definición aparece más asequible en negativo, es decir, como ausencia de parcialidad.

En esta obra se indaga en los presupuestos, las articulaciones y las implicaciones de la imparcialidad, distinguiéndola de la neutralidad, la objetividad, la independencia, y se profundiza en su relación con la igualdad y la justicia, colocándola en el campo del juicio práctico. A su vez, la imparcialidad jurídica presenta distintas facetas en relación con el ámbito de poder con el que se vincula: la administración, la jurisdicción, el poder político. La tesis que se defiende es que la imparcialidad se presenta como un límite al poder a través de las razones.

Para formular esa tesis, es necesario recordar que la imparcialidad es característica no sólo del derecho —donde en efecto asume su forma más lograda— sino también, de alguna manera, de la ética, la moral y la política. El estudio de la imparcialidad jurídica toma forma clara a través de la reconstrucción preliminar de las modalidades de la imparcialidad en esos otros ámbitos de la experiencia práctica y, por supuesto, en el crisol de las críticas que desde algunos sectores del pensamiento (feminismo, comunitarismo) le han sido dirigidas.



www.juridicas.unam.mx

