

LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN,
EL COMITÉ Y EL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO
E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS

INVITAN A LA CONFERENCIA:

“LA IMPORTANCIA DE LA ÉTICA JURÍDICA EN LA LABOR LEGISLATIVA”

QUE DICTARÁ EL
DR. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO



Miércoles 18
de Julio de 2012
12:00 hrs.
Auditorio Norte
Edificio “A”, 2do. Nivel

Dip. Omar Fayad Meneses
Presidente

Lic. César Becker Cuéllar
Director General

 Av. Congreso de la Unión 66
Col. El Parque, C.P. 15960
México, D.F. Edificio I, nivel 2

 Tel. 5036-0000
exts. 58140 y 58141

 cedip@congreso.gob.mx
www.diputados.gob.mx/cedip

LA IMPORTANCIA DE LA ÉTICA JURÍDICA EN LA LABOR LEGISLATIVA

Dr. José Antonio Sánchez Barroso*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reflexiones en torno al bien y al “buen legislador”. 3. La ética de la responsabilidad en la función legislativa. 4. La deliberación y sus razones en la función legislativa. 5. La función legislativa al servicio de la libertad individual. 6. Consideraciones finales.

1. Introducción

En el marco de las conferencias mensuales organizadas por el Comité y Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, se presenta este análisis sobre uno de los temas de gran relevancia para el ejercicio del poder público en la función legislativa, el relativo a la ética.

En nuestros días todo conflicto social, económico, político, etc. puede traducirse como un conflicto de valores, lo que hace necesario contar con pautas racionales que proporcionen soluciones prudentes y vinculantes para todos. De este modo, la ética se convierte –una vez más– en la columna vertebral del comportamiento humano ante el fracaso del positivismo, principalmente en el terreno jurídico.

Este estudio pretende dar respuesta a las siguientes preguntas que se consideran esenciales al momento de plantear la vinculación de la ética con la labor legislativa: 1) Desde una reflexión ética, ¿cuál es el bien que debe perseguirse en la función legislativa? 2) ¿Cuál es el papel de la ética en la función legislativa? Y 3) ¿a quién podemos llamar “buen legislador”?

2. Reflexiones en torno al bien y al “buen legislador”

Aunque los acontecimientos sociales, políticos y económicos nos pudieran demostrar lo contrario, la ética tiene plena vigencia en nuestra vida, tanto en el orden social como en el estrictamente individual. La pregunta que Aristóteles en el siglo IV a. C. consideraba esencial para la ética: ¿cómo debo actuar?,¹ sigue siendo en nuestros días un cuestionamiento real que, consciente o inconscientemente, rige nuestro comportamiento.

Siempre que el ser humano tenga la capacidad de ver el mundo no sólo como es, sino también como puede ser tendrá, además, la capacidad de cuestionar su actuar y el de los demás.

* Doctor en Derecho, Catedrático por Oposición de la Facultad de Derecho de la UNAM, Profesor-investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana y Candidato del Sistema Nacional de Investigadores.

¹ Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, 1103b 30, Gredos, Madrid, 2008, p. 162.

Pero antes de saber cómo se *debe* actuar es necesario conocer el fundamento del deber, el criterio objetivo que le da contenido al deber, es decir, el bien: lo bueno o lo correcto.²

Así como todo pensamiento y toda elaboración teórica están siempre orientados a buscar y conquistar la verdad (el fin del conocimiento no es conocer lo que es falso, sino conocer lo que es verdadero), toda decisión o elección humana está siempre encaminada a buscar y conquistar la bondad (el fin del comportamiento humano está fijado por lo que es bueno, no por lo que es malo). Esto no es otra cosa que la aplicación del principio de no contradicción a la epistemología y a la ética, pues de lo que es falso no se deriva lo que es verdadero, ni de lo que es malo se deriva lo que es bueno. En ambos casos ocurre al revés, ya que está en la naturaleza humana tanto la pretensión de verdad como afán de bondad.

De este modo, surge el primer principio de razón práctica de la ética: “*Se debe hacer el bien y se debe evitar el mal*”.

Esto lo explica Aristóteles a través del concepto “tendencia” al decir que el bien es aquello hacia lo que las cosas tienden y que el concepto de bien es idéntico al concepto de fin.

“Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parece tender a algún bien... el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden...”³

“Pero volvamos de nuevo al bien objeto de nuestra investigación e indaguemos qué es. Porque parece ser distinto en cada actividad y en cada arte... ¿Cuál es, por tanto, el bien de cada una? ¿No es aquello a causa de lo cual se hacen las demás cosas? Esto es, en la medicina, la salud; en la estrategia, la victoria; en la arquitectura, las casas... y en toda acción y decisión es el fin, pues es con vistas al fin como todos hacen las demás cosas...”⁴

La tendencia, según el diccionario de la Real Academia Española,⁵ se define como una propensión o inclinación de los hombres o de las cosas hacia determinados

² Desde una perspectiva moral lo correcto y lo bueno coinciden; en cambio, en el terreno técnico o artístico tienen un sentido distinto. En el segundo caso, se puede hacer algo técnicamente correcto, pero que sea malo en sentido moral. En razón de que la ética juzga las acciones de un ser humano, no las acciones de un simple médico, abogado, empresario, etc. y de la unidad de vida moral (tener buenas intenciones y obrar correctamente), no es conveniente distanciar lo correcto de lo bueno. Cfr. Rhonheimer, Martín, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. José Carlos Mardomindo, Rialp, Madrid, 2000, pp. 32 y 33. Distinguir moralmente lo bueno y lo correcto da lugar a algunas corrientes filosóficas opuestas entre ellas. Así, el *consecuencialismo*, cuya versión más conocida es el utilitarismo, es la teoría ética que le da prioridad a lo bueno sobre lo correcto. Lo correcto en este caso consiste sencillamente en maximizar lo bueno, de tal suerte que no hay límites en la persecución de lo bueno. Se pretende buscar el mejor medio que produzca la mayor cantidad del fin al menor costo. Por otro lado, está el *deontologismo* que le da prioridad a lo correcto sobre lo bueno. No cualquier conducta que maximice la felicidad es correcta; es decir, establece restricciones a la persecución de lo bueno. Algo más importante que la consecución del fin es cómo la persona, en tanto que agente moral, se relaciona con la consecución del fin. Cfr. Farrell, Martín, “La ética de la función judicial”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 150-151.

³ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro I, 1094a 1-5, *op. cit.*, p. 131.

⁴ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro I, 1097a 20, *op. cit.*, p. 141.

⁵ <http://lema.rae.es/drae/?val=tendencia> Consultada el 12 de julio de 2012.

finés. Desde un ángulo filosófico, es “dirigirse naturalmente a algo” o “ir en pos de algo”.⁶

Si el bien es el fin de toda decisión o elección humana, el bien es aquello a lo que tiende el hombre en su actuar. La tendencia así entendida supone tres características:

1) *Una inclinación natural, no cultural o histórica.*

La tendencia del ser humano hacia el bien no es producto del acuerdo social en una determinada época dada la conveniencia para todos de estar movidos por el bien y hacia el bien. Hacer el bien y evitar el mal no es algo que en esencia sea convencional, más bien es natural. Así como el ser humano, dada su naturaleza racional, tiene la capacidad de ver las cosas como son y como pueden ser; también, por esa misma naturaleza, está inclinado, movido o dirigido al bien.

Lo anterior no significa que en virtud de la naturaleza racional el ser humano es bueno o malo por naturaleza,⁷ pues la tendencia sólo es una predisposición natural que debe ser completada por algo más.

2) *Una intencionalidad.*

Ese “algo más” que necesita la tendencia es la intencionalidad, es decir, el querer.

El querer es un tender guiado por la razón. Lo que realmente y en el fondo queremos es precisamente aquello que es lo único a lo que podemos tender racionalmente, pues “querer” en última instancia significa “tender bajo la dirección de la razón”.⁸ En este orden de ideas, la voluntad es la tendencia guiada por la razón.⁹

De hecho la palabra “intención” significa la determinación de la voluntad en orden a un fin.¹⁰

Que el actuar humano sea de carácter intencional quiere decir que el actuar siempre apunta a algo. Y para referirnos a aquello a lo que apuntamos en cada caso necesitamos determinar lo bueno. Finalmente, lo que parece bueno y es lo que nos mueve a actuar deberá estar definido por la razón del sujeto.

En suma, para la voluntariedad de una acción son necesarias dos cosas: *i*) que la acción surja de un acto de tender y no de una violencia procedente de fuera y, *ii*) que quien actúa posea el saber o conocimiento necesario acerca del fin.¹¹

⁶ Cfr. Rhonheimer, Martín, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

⁷ “...pero no somos buenos o malos por naturaleza...” Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro II, 1106a 5 10, *op. cit.*, p. 168. “...ninguna de las virtudes éticas se produce en nosotros por naturaleza...” Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro II, 1103a 20, *op. cit.*, p. 160.

⁸ Rhonheimer, Martín, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

⁹ *Ibidem*, p. 70.

¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=intenci%C3%B3n> Consultada el 13 de julio de 2012.

¹¹ “Parece, pues, que cosas involuntarias son las que se hacen por la fuerza o por ignorancia...”. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro III, 1109a 1, *op. cit.*, p. 180.

3) *Un dinamismo o sentido práctico.*

La definición de tendencia nos indica que ésta no es de ningún modo estática. Ese “*ir en pos de algo*” determinado por la razón implica movimiento, *praxis*.

La ética es filosofía práctica; es decir, la ética reflexiona sobre la *praxis* y apunta hacia ella. Dicho en otros términos, la ética reflexiona sobre el bien que debemos hacer y apunta a que hagamos el bien.¹² Esto no es otra cosa que la experiencia práctica o la experiencia de sujetos en acción.¹³

El bien, en tanto que correlativo de tendencia natural, necesita del obrar: “*tender hacia un bien*”.

Pero para comprender realmente lo anterior es preciso distinguir *praxis* y *poiesis*, o bien actuar y producir, ya que en ambas categorías de acción cabe la idea de bien.

Un médico produce la salud de sus pacientes, un arquitecto construye casas, un legislador hace leyes, etc. Cuando el médico, el arquitecto o el legislador mueran, el producto de su actividad –la salud, las casas, las leyes, etc.– no se verá afectado. Al resultado de esa producción se le llama *actividad transeúnte*, porque su resultado permanece fuera de quien las ejecuta. De este modo, podemos llamar buen arquitecto al que hace buenas casas, o buen legislador al que hace buenas leyes.

Pero aludir al buen arquitecto o al buen legislador puede hacerse también en otro sentido. En esta segunda acepción, “bueno” no alude a la capacidad de elaborar un producto, sino al resultado de la *praxis* en la que esa elaboración se enmarca; es decir, el resultado de la *praxis* no es una propiedad de las casas o leyes producidas, sino del arquitecto o del legislador como personas. Lo bueno en este caso es el resultado que permanece en el sujeto mismo que actúa, pues forma parte de su vida. La *praxis* así entendida se le denomina *actividad inmanente*.

La distinción entre actividad transeúnte y actividad inmanente ya la hacía Aristóteles de manera muy clara resaltando las tres características del bien en la *praxis* o, si se prefiere, del bien en las acciones conforme a la virtud.

“...las cosas producidas por las *artes* tienen su bien en sí mismas; basta, en efecto, que, una vez realizadas, tengan ciertas condiciones; en cambio, *las acciones*, de acuerdo con las virtudes, no están hechas justas o sobriamente si ellas mismas son de cierta manera, sino si también el que las hace está en cierta disposición al hacerlas, es decir, en primer lugar, si sabe lo que hace; luego, si las elige, y las elige por ellas mismas; y, en tercer lugar, si las hace con firmeza inquebrantablemente...”¹⁴

En este sentido, el bien –como tendencia natural del hombre– se refiere a la *praxis* no la *poiesis*; lo moralmente relevante no es tanto que las casas o las leyes sean buenas, sino que se haya realizado bien la acción de construir casas o hacer leyes. El fin último del arquitecto no es construir casas ni la del legislador hacer leyes, en ambos

¹² Rhonheimer, Martín, *op. cit.*, pp. 31-33.

¹³ *Ibidem*, p. 44.

¹⁴ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro II, 1105a 30, *op. cit.*, pp. 166-167.

casos –como cualquier otra persona– es el bien en sí mismo, lo que Aristóteles llama felicidad.¹⁵

De acuerdo con esta perspectiva de la *praxis*, con la mención de buen arquitecto o buen legislador se quiere aludir a alguien que de algún modo es bueno como persona.¹⁶

En definitiva, la *praxis* permite la realización del bien en el sujeto de la persona que actúa.

3. La ética de la responsabilidad en la función legislativa

En el siglo XX figuran dos modelos éticos que se contraponen entre sí: el primero es llamado *ética de la convicción* y; el segundo, *ética del poder por el poder* o *ética del éxito*. El primero identifica la vida moral con la aplicación de principios y reglas sin considerar las consecuencias ni las circunstancias del caso concreto; en tanto que en el segundo, los mejores resultados y las consecuencias más provechosas son las que han de fijar la bondad moral de las acciones sin mediar ninguna clase de principio o regla.

Ante tal situación el filósofo alemán Max Weber (1864-1920) propone un punto intermedio como alternativa a esos modelos extremos la cual denominó *ética de la responsabilidad*, que se caracteriza por otorgar la misma importancia en las decisiones morales tanto a las consecuencias como a los principios, es decir, a la generalidad de los deberes y a la concreción de las circunstancias.

En 1919 Weber pronunció dos conferencias en la Asociación Libre de Estudiantes de Munich tituladas: “La ciencia como profesión” o “La ciencia como vocación”, y “La política como profesión” o “La política como vocación”,¹⁷ en las que pone de manifiesto la importancia que tiene para él la idea de *beruf* o vocación.

La vocación o la profesión, según el pensamiento de Weber, es una forma de responder a la llamada a realizar ciertos valores en la vida de una persona. De tal suerte, la ética consiste en la fidelidad a esa llamada ante ciertos valores que se imponen como fundamentales.

En razón del tema que ahora tiene nuestra atención solamente se ha de exponer lo relativo a “La política como profesión” o “La política como vocación”.

El “reino de los fines”, del que hablara Kant,¹⁸ sólo es posible mediante la vía de la actividad política en el pensamiento weberiano. Él afirma que el que hace política

¹⁵ “...la felicidad es algo perfecto y suficiente, ya que es el fin de los actos”. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, libro I, 1097b 20, *op. cit.*, p. 143.

¹⁶ *Cfr.* Rhonheimer, Martín, *op. cit.*, pp. 53-56.

¹⁷ Weber, Max, *El político y el científico*, trad. Raymond Aron, Alianza, Madrid, 2007.

¹⁸ La ética de la responsabilidad de Weber sólo se comprende dentro del contexto de la filosofía neokantiana que surge como consecuencia de la crisis del movimiento idealista. Como lo apunta Diego Gracia, conoció perfectamente el neokantismo propio de las escuelas de Marburgo y Gotinga; sin embargo, él estuvo influido por un tercer grupo, el de Baden. *Cfr.* Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. No obstante, hay quien considera que Weber no está adscrito al neokantismo. *Vid.* Torre

aspira al poder ya sea como “medio” para la consecución de ciertos fines o, bien por el poder mismo. Así, distingue al político que vive “para” la política del que vive “de” la política.

Hay dos formas de hacer de la política una profesión. O se vive “para” la política o se vive “de” la política. La oposición no es en absoluto excluyente. Por el contrario, generalmente se hacen las dos cosas, al menos idealmente y; en la mayoría de los casos, también materialmente. Quien vive “para” la política hace “de ello su vida” en un sentido íntimo; o goza simplemente con el ejercicio del poder que posee, o alimenta su equilibrio y tranquilidad con la conciencia de haberle dado un sentido a su vida, poniéndola al servicio de “algo”. En este sentido profundo, todo hombre serio que vive para algo vive también de ese algo. La diferencia entre vivir para y el vivir de se sitúa, pues, en un nivel mucho más grosero, en el nivel económico. Vive “de” la política como profesión quien trata de hacer de ella una fuente duradera de ingresos; vive “para” la política quien no se halla en este caso.¹⁹

Quien viva “para” la política debe ser económicamente libre sus ingresos no deben depender de aquello que la política puede proporcionarle. Esa premisa plutocrática significa lo siguiente: que una persona viva “para” la política no significa que, además, viva “de” la política y utilice la dominación política para sus intereses económicos privados; hacer lo primero sin lo segundo es algo que nunca se ha hecho. Que el político (profesional) sea libre se traduce en que no está obligado a recibir una remuneración por sus trabajos políticos, en cambio sí lo está quien carece de medios. Quien busca el poder económico y político no tiene vocación para la política.

En consecuencia, el político (profesional) que vive “de” la política debe ser un simple funcionario a sueldo. El funcionario es aquel trabajador intelectual altamente especializado mediante una larga preparación cuya tarea consiste en auxiliar al príncipe, al presidente o al parlamento en la administración de los medios materiales necesarios en toda empresa de dominación. Sin embargo, existe una latente lucha entre la autocracia y el funcionario profesional. Para Weber, el auténtico funcionario si quiere ser fiel a su verdadera vocación no debe hacer política, sino limitarse a “administrar”, sobre todo imparcialmente. Está impedido para hacer todo aquello que le corresponde al político.²⁰ Los funcionarios con un alto sentido ético son malos políticos, irresponsables en sentido político y, por tanto, éticamente detestables.

Del funcionario se aprecia su capacidad de ejecutar precisa y concienzudamente una orden de la autoridad superior a pesar de que la pudiese objetar o formular algunas observaciones.

El hombre que vive “para” la política debe tener ciertas cualidades que le permitan estar a la altura del poder y responsabilidad que se depositan sobre él. En este sentido, solamente quien está pura y simplemente al servicio de una “causa” tiene “personalidad”, la cual implica tener ciertas cualidades:

Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, UNAM – III, México, 2005, pp. 79- 80.

¹⁹ Weber, Max, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

²⁰ A quien vive “de” la política siempre será etiquetado como “escritor a sueldo” u “orador a sueldo” y estará incapacitado para darse a sí mismo una respuesta adecuada ante esas acusaciones, está destinado a un camino de grandes tentaciones y terribles desilusiones. *Ibidem*, p. 153.

Puede decirse que son tres las cualidades decisivamente importantes para el político: Pasión, sentido de la responsabilidad y mesura. Pasión en el sentido de “positividad”, de entrega apasionada a una “causa”... La pasión no convierte a un hombre en político si no está al servicio de una “causa” y no hace de la responsabilidad para con esa causa la estrella que oriente la acción. Para eso se necesita “mesura”, capacidad para dejar que la realidad actúe sobre uno sin perder el recogimiento y la tranquilidad, es decir, para guardar la distancia con los hombres y las cosas.²¹

En este contexto, Weber señala dos pecados mortales en el terreno de la política: La ausencia de finalidades objetivas y la falta de responsabilidad.

Su ausencia de finalidad objetiva le hace proclive de buscar la apariencia brillante del poder en lugar del poder real; su falta de responsabilidad lo lleva a gozar del poder por el poder, sin tomar en cuenta su finalidad.²²

Así, la *ética del poder por el poder* es típica del hombre que vive “de” la política, que carece de “personalidad” y, por tanto, de principios, convicciones y responsabilidad; solamente se sirve de la política para realizar sus intereses económicos personales. No existe la entrega a una “causa” ni alguna otra finalidad que no sea la el máximo provecho personal. Lo que caracteriza a esa ética es que el poder deja su carácter instrumental y se convierte en valor esencial, es decir, el poder que en principio permitía la consecución de determinados fines o la realización de ciertos valores ahora ya se considera como el fin último de toda acción humana y, además, fundamento de la axiología y de la ética.

Lo opuesto a la política del poder por el poder es la política como servicio a una “causa”. La política con finalidad correcta es aquella que tiene como objetivo la realización de los valores. El hombre sin principios es típico del primer modelo ético, en tanto que el hombre con convicciones es propio del segundo. Sólo este último, a decir de Weber, tiene vocación para la política.

El hombre que tiene vocación política ha de tener fe, es decir, creen en un “reino de los fines”, en la necesidad de realizar unos valores que puedan ser compartidos por todos los seres humanos y que les permitan vivir de un modo digno.

La causa para cuyo servicio busca y utiliza el político el poder es ya cuestión de fe... nacionales o humanitarias, sociales y éticas o culturales, seculares o religiosas... Lo que importa es que siempre exista alguna fe.²³

Esa fe conlleva invariablemente una ética, pues la fe en unos valores y la tarea de realizarlos mediante la acción política es lo que Weber define como *ética de la convicción*. La acción política para ser digna necesita de esos valores, de esas convicciones; además, no se trata del uso del poder como vía para la realización de valores, sino del modo en que deberían imperar en una sociedad bien ordenada. La “ética de la convicción” surge así como el polo opuesto de la “ética del poder por el poder”.

Al respecto, Weber postula un modelo ético intermedio entre la ética del poder por el poder y la ética de la convicción, la cual llamará *ética de la responsabilidad*.

²¹ *Ibidem*, p. 154.

²² *Ibidem*, p. 156.

²³ *Ibidem*, pp. 157 y 158.

Tenemos que ver con claridad que toda acción éticamente orientada puede ajustarse a dos máximas fundamentalmente distintas entre sí e irremediamente opuestas: puede orientarse conforme a la “ética de la convicción” o conforme a la “ética de la responsabilidad”. No es que la ética de la convicción sea idéntica a la falta de responsabilidad, o la ética de la responsabilidad, a la falta de convicción. No se trata en absoluto de esto. Pero sí hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la ordena (religiosamente hablando) “el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios”, o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción.²⁴

Según Weber, cuando una acción es realizada conforme a la ética de la convicción y las consecuencias son malas quien la realizó no se siente responsable, por el contrario, responsabiliza a los demás. En cambio, si se realiza conforme a la ética de la responsabilidad se tomarán en cuenta todos los defectos del hombre medio asumiendo las consecuencias propias de su acción. La quiebra moral de la convicción radica en el problema de sobreponer los medios al fin.

Lo realmente opuesto a la ética de la responsabilidad es aquella que únicamente atiende a los medios o solamente considera los resultados.

La ética del poder por el poder consiste en la conversión de los medios en fines en sí mismos, en tanto que la ética de la convicción es aquella que condena toda acción que no utilice unos medios determinados. La ética de la responsabilidad, por el contrario, es la única que otorga un lugar para ambos elementos, buscando la realización de fines a través de los medios disponibles.

En suma, la ética de la responsabilidad que propone Weber cree tan importantes los principios como las consecuencias debido a que la razón humana no es de todo capaz para adecuarse a la realidad y construir abstracciones que en todo caso tengan consecuencias buenas, precisamente por ello es fundamental analizar las circunstancias y consecuencias concretas que no pudieron ser considerados en un concepto racional, general y abstracto. El político responsable no es aquel que busca realizar unos valores a toda costa, sino que tiene en cuenta las circunstancias de cada situación y pondera cuidadosamente las consecuencias de sus actos antes de decidirse por una opción u otra.

4. La deliberación y sus razones en la función legislativa

Los problemas morales en los que el derecho está llamado a pronunciarse mediante leyes no pueden ser resueltos por una simple elección democrática, más bien exigen proponer, escuchar, negociar, debatir, discutir, concertar e, incluso, cambiar de opinión a fin de realizar el bien que le es común a toda la sociedad.

Jon Elster,²⁵ por ejemplo, sostiene que cuando un grupo de individuos iguales tienen que tomar una decisión acerca de una cuestión que les concierne a todos y cuando la distribución inicial de opiniones no obtiene consenso, pueden sortear el obstáculo de tres maneras diferentes: *a)* discutiendo, *b)* negociando y *c)* votando. De tal forma que los grupos pueden llegar a una decisión empleando uno de los tres

²⁴ *Ibidem*, pp. 164 y 165.

²⁵ Cfr. Elster, Jon (Comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona. 2001, pp. 13 y ss.

procedimientos, combinando dos de ellos, o los tres a la vez; no obstante, advierte que la discusión y la negociación constituyen formas de comunicación, son actos de habla; mientras que la votación, no lo es.

Esta tricotomía se relaciona con otra, ya que en un proceso de toma de decisiones colectiva las preferencias de los miembros están sujetas a tres operaciones: *i)* agregación de preferencias, *ii)* transformación de preferencias y *iii)* tergiversación de preferencias.

El primero, es sinónimo de votación, incluye el canje de votos por lo que se considera como una forma de negociar; la segunda, es el objetivo de la discusión a través de la deliberación racional y; la tercera, puede ser inducida por cada uno de los tres procedimientos de toma de decisiones.

Según el autor en comento, *la discusión* pura se observa en los jurados al estilo norteamericano en los cuales se requiere la unanimidad; *la negociación*, se da al tipo de algunos juegos en los cuales los participantes efectúan ofertas y contraofertas sucesivas, el resultado se determina por el mecanismo de negociación y por el poder de negociación de las partes, es decir, por los recursos que les permiten formular amenazas y promesas creíbles; finalmente, *la votación* pura, es la concepción roussoniana de la toma colectiva de decisiones, los ciudadanos tenían que definir sus preferencias aislados unos de otros para evitar ser contaminados por la elocuencia y la demagogia.

Si el objetivo es determinar el procedimiento que produzca los mejores resultados, oponer negociación a discusión, o bien negociación a votación simplemente no tiene sentido. La deliberación como procedimiento para la toma de decisiones no consiste solamente en elegir entre alternativas dadas, sino también en generar nuevas alternativas.

Esto nos obliga a plantearnos las siguientes preguntas: ¿cuáles son las razones que tienen el legislador para deliberar antes de tomar una decisión en lugar de limitarse a votar o emplear alguna otra regla decisoria que no implique discusión? O bien, ¿cuál es el sentido de la deliberación antes de crear una norma jurídica?

Para James D. Fearon,²⁶ la deliberación alude a una clase especial de discusión que aplica la seria y atenta ponderación de razones a favor y en contra de alguna propuesta, o bien a un proceso interior en virtud del cual un individuo sopesa razones a favor y en contra de determinados cursos de acción. En esta dirección, dicho autor propone seis argumentos principales para discutir o deliberar un asunto antes de tomar una decisión:

1) Revelar información privada o de los resultados probables.

²⁶ Fearon, James D., “*La deliberación como discusión*”, en Elster, Jon (Comp.), *op. cit.*, pp. 65-93. La deliberación tuvo su origen en la Grecia clásica, particularmente con Aristóteles, pero últimamente se ha desarrollado sobre todo en el medio político, la relacionan necesariamente con la idea de democracia en la toma de decisiones en el ámbito político. Los trabajos elaborados al respecto habla muchas veces de modo indistinto de discusión, debate, deliberación, negociación e, incluso, consenso. Bajo estas circunstancias James D. Fearon prefiere hablar de discusión, pero que puede ser entendida sin ningún problema como deliberación, ya que los resultados, la finalidad y el funcionamiento es el mismo.

Para tomar una buena decisión el órgano legislativo, en este caso, puede requerir la revelación de información privada, además de ser informado de las consecuencias de aprobar un proyecto de ley. La comisión encargada del proyecto de ley generalmente posee información acerca de sus consecuencias probables y es su deber compartirla para sea objeto de análisis.

2) Disminuir o superar la racionalidad limitada.

Para una gran cantidad de decisiones colectivas un problema significativo no es que la gente posea información privada acerca de las preferencias o de las consecuencias probables, sino más bien que es difícil deducir la mejor línea de conducta a causa de lo complicado del problema.

En este apartado la importancia de la deliberación se da por dos razones: la primera, podría ser acumulativamente valiosa porque una segunda persona podría pensar en alguna posibilidad que no se le había ocurrido a la primera, y viceversa; la segunda, podría ser valiosa porque en el transcurso del procedimiento se pensarían en posibilidades o problemas que no se habían tenido en cuenta al principio. Esto es lo que él denomina: “tormenta de ideas”. Como medio para superar la racionalidad limitada, la deliberación, en lugar de la simple votación, podría ser muy conducente y dar lugar al uso de la inteligencia, incluso cuando se sabe que entre las personas existen intereses en conflicto. Si bien los sistemas de votación pueden en ciertos casos constituir medios idóneos para extraer información privada, es muy improbable que funcionen del mismo modo para superar la racionalidad limitada.

3) Forzar o estimular un modo particular de justificar demandas o reclamos.

Cabe advertir que incluso las mayorías suelen justificar sus actos en términos del bien común y no en los estrechos intereses de grupo. Los debates públicos son en principio más factibles y comunes dentro del órgano legislativo (no entre los ciudadanos quienes son muy numerosos) en los que rara vez hacen uso del sufragio secreto y anónimo movidos por el deseo de asegurar la rendición de cuentas. En la medida en que las personas tengan la motivación a fin de sostener un debate público, en lugar de seguir un procedimiento de votación más mecánico, se alentarían las justificaciones y propuestas de espíritu cívico que podrían redundar en beneficios para todos.

4) Legitimar ante el grupo la elección definitiva.

La justificación potencial para tener deliberación, y no tan sólo proponer y votar proyectos sería asegurar de que todo el mundo tuviese oportunidad de decidir lo suyo, con lo cual se hallaría más predispuesto a aceptar o a apoyar el resultado. Si la deliberación tiende a producir mayor consenso en virtud de cualquiera de los tres mecanismos anteriores, entonces quienes participan en este procedimiento pueden sentirse más dispuestos a apoyar la implementación de lo decidido simplemente porque muchos de ellos están de acuerdo en que eso es lo correcto. Dicho de otro modo, un grupo podría querer debatir un problema, en lugar de solo votar, no simplemente sólo porque la deliberación podría mejorar la calidad de la decisión en sí, sino también porque, como consecuencia de una mejor decisión, más miembros del grupo llegarán a estar de acuerdo y por eso un número mayor de ellos trabajarían juntos para implementar la decisión correctamente o acatarla en forma voluntaria. Es obvio que

deliberar antes de tomar una decisión colectiva dependerá de las propias tradiciones y convenciones acerca de cómo deben tomarse esas decisiones, y no hay razón para que en algún caso concreto estas convenciones no consideren a la deliberación como lo más apropiado.

5) *Mejorar las cualidades morales o intelectuales de los participantes.*

Mantener discernimientos daría como resultado el desarrollo de ciertas habilidades y, quizás, virtudes de los participantes. Según lo señala Fearon, la deliberación es una especie de programa de entrenamiento para desarrollar virtudes humanas y cívicas. Por ejemplo, la elocuencia, habilidad retórica, empatía, alteridad, cortesía, imaginación y capacidad de razonar. Si las personas tienen la expectativa de participar en discusiones públicas acerca de lo que hay que hacer, se sentirán alentadas a invertir más tiempo y energía preparándose: reuniendo información, pensando sobre el problema, etc.

6) *Hacer lo correcto independientemente de cualquier consecuencia de la discusión.*

Se podría pensar que se trata de un punto puramente deontológico, pero en realidad lo que busca es en que las personas decidan en su propia consciencia. Por ejemplo, la decisión del legislador no deberá de estar condicionada por factores externos a la decisión, como ganar o perder popularidad con el electorado.

Las seis razones propuestas por Fearon (que aquí sólo se mencionaron brevemente) ayudan a clarificar el contenido de la deliberación y permiten aplicarla a la toma de decisiones en el proceso legislativo.

5. La función legislativa al servicio de la libertad individual

Para Hayek es esencial diferenciar entre mandato y ley. El *mandato* es una orden específica que no da lugar al individuo de hacer otra cosa que no sea lo que le es ordenado con detalle máximo, convirtiéndolo en mero instrumento que le impide utilizar su propio juicio y reflexión. En cambio, la *ley*, en su forma ideal, es una orden dictada de una vez y para todos, prescindiendo de cualquier circunstancia particular, por tanto, se deja a los individuos la ejecución en detalle de acuerdo con las circunstancias concurrentes, es decir, de acuerdo con su propio conocimiento.

En este sentido, las leyes sirven, o deberían de servir, para ayudar a los individuos a formar planes de acción cuya ejecución tenga posibilidades de éxito.²⁷ Dicho en otros términos, las leyes proveen meramente un marco dentro del cual el individuo ha de moverse de acuerdo con sus propias decisiones.

²⁷ Hayek, Friedrich August von, *The constitution of liberty*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, pp. 156 y 157. En toda organización cuyos miembros no sean instrumentos del organizador mediante mandatos sólo se determinarán las funciones que debe desarrollar cada miembro, lo fines que hay que conseguir y ciertos aspectos generales de los métodos a emplear, dejando en manos de los individuos la decisión de los detalles sobre la base de sus respectivos conocimiento y habilidad. Hayek, Friedrich August von, *Law, legislation and liberty*, vol. 1, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1973, pp. 46-48.

La finalidad del derecho no es ser medio para todo fin, sino sólo una condición para que la mayor parte de los fines individuales puedan ser perseguidos con eficacia. Entre los instrumentos que sirven a varios fines, el derecho es probablemente, después del lenguaje, el que sirve a una mayor variedad de fines individuales.²⁸

El que el legislador se limite a formular reglas generales antes que mandatos particulares es la consecuencia de su insuperable ignorancia de las circunstancias particulares en las que las leyes se aplicarán. Al fijar a los hombres solamente algunas de las condiciones de sus acciones, el legislador suministra oportunidades y posibilidades, pero nunca certezas de lo que respecta a los resultados de los esfuerzos individuales.²⁹ La tarea del legislador no consiste en establecer un orden particular, sino sólo en crear las condiciones en virtud de las cuales puede establecerse un orden e incluso renovarse a sí mismo.³⁰

De este modo, las reglas o leyes abstractas son instrumentales, son medios puestos a disposición del individuo y proveen parte de la información que, juntamente con el conocimiento personal de las circunstancias particulares de tiempo y lugar, puede utilizar como base para sus decisiones personales. Cuando decimos que la ley es instrumental, apunta Hayek, queremos significar que al obedecerla el individuo persigue sus propios fines y no los del legislador.

Que una ley sea general y abstracta³¹ significa que ha sido promulgada con independencia de su aplicación particular: una ley verdadera no debe nombrar ninguna particularidad ni destacar especialmente ninguna persona determinada o grupo de personas.³²

Una ley que contenga mandatos específicos y sea denominada como tal sólo porque emana de autoridad legislativa es el principal instrumento de opresión.

Al respecto, Hayek sostiene que la legislación o creación deliberada de normas ha sido justamente calificada como una de las invenciones humanas de más profundas consecuencias y vastos efectos, más aún de lo que fuera el fuego y la pólvora en su tiempo. A diferencia del propio derecho, que en este sentido jamás ha sido inventado, la invención legislativa se produjo relativamente tarde en la historia de la humanidad. La actividad legislativa proporcionó a los hombres un instrumento extraordinariamente

²⁸ *Ibidem*, p. 113.

²⁹ Hayek, Friedrich August von, *The constitution of liberty*, *op. cit.*, pp. 158 y 159.

³⁰ *Ibidem*, p. 161.

³¹ La vida social moderna depende de que nuestra conducta sea normada; estas normas, a decir de Hayek, deben ser abstractas, es decir, no se siguen para lograr un resultado particular, sino que son un marco que nos hace posible la vida social y sus ventajas. Caridad Velarde a este respecto opina que las notas de generalidad y abstracción constituyen la forma que debe adoptar la norma justa. La justicia de la norma se deriva de su acomodación a una serie de principios legitimadores, entre los cuales ocupa un lugar primordial el de igualdad en sentido liberal, es decir, no una igualdad fáctica sino una igualdad ante la ley. La universalidad de las normas constituye la prueba de su justicia ya que una norma sólo es justa cuando es aplicable a todos por igual. Velarde, Caridad, *Hayek. Una teoría de la justicia, la moral y el derecho*, Civitas, Madrid, 1994, p. 155.

³² El requisito de que los preceptos de la verdadera ley sean generales no obsta para que a veces se apliquen reglas especiales a diferentes clases de individuos siempre que se refieran a propiedades que solamente ciertos hombres poseen. Tal distinción ni es arbitraria ni sujeta a determinados grupos a la voluntad de otros, siempre que sea igualmente reconocida como justa por los que están dentro y fuera del mismo.

poderoso que ellos necesitaban para alcanzar ciertos objetivos, pero que los hombre no aprendieron a controlar con la suficiente perfección para evitar que produjeran graves daños. La actividad legislativa ha abierto al hombre un campo de posibilidades totalmente nuevo y le ha dado un nuevo sentido de poder sobre su propio destino.³³

En suma, la ley que promueva la libertad entre los individuos debe poseer ciertos atributos:

En primer lugar, puesto que el Estado de Derecho significa que el gobierno no debe ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida, ello constituye una limitación de todos los poderes de los gobiernos, sin excluir las asambleas legislativas.³⁴ Si una ley concede al gobierno poder ilimitado para actuar a su gusto y capricho, todas sus acciones serán legales, pero no encajarán ciertamente dentro del Estado de Derecho.³⁵ El Estado de Derecho, por tanto, es también más que el constitucionalismo³⁶ y requiere que todas las leyes se conformen con ciertos principios.

El imperio de la ley no es una regla legal, sino una regla referente a lo que la ley debe ser, una doctrina metalegal o un ideal político.

El principal medio de coacción a disposición del poder público es el castigo. Bajo el imperio de la ley, le es lícito, mediante los métodos punitivos, invadir la esfera privada que protege a determinada persona, si ésta ha quebrantado una regla general promulgada debidamente. El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, por tanto, la consecuencia más importante del Estado de Derecho.

El segundo atributo requerido por las verdaderas leyes es que sean conocidas y ciertas. Difícilmente puede exagerarse la importancia que la certeza de la ley tiene para el funcionamiento suave y eficiente de la sociedad libre. El punto esencial es la posibilidad de predecir las decisiones de los tribunales y no que todas las reglas que las determinan se puedan manifestar mediante palabras.

³³ Hayek, Friedrich August von, *Law, legislation and liberty*, vol. 1, *op. cit.*, p. 72.

³⁴ Para Hayek, la sociedad libre no es la que carece de normas, leyes y poderes estatales, sino aquella en que el mismo gobierno está limitado por normas previsibles.

³⁵ El concepto de gobierno sugiere dos funciones distintas que deben mantenerse separadas: La sanción de las normas generales de recta conducta (*nomos*) y la dirección de la organización creada para ofrecer diversos servicios a la colectividad de los ciudadanos (*thesis*). Su principal preocupación debe dirigirse no hacia necesidades particulares conocidas, sino hacia las condiciones para preservar un orden espontáneo que permita a los particulares satisfacer sus necesidades. *Cfr. Ibidem*, p. 131. y Hayek, Friedrich August von, *Law, legislation and liberty*, vol. 2, Routledge & Kegan Paul, London and Henley, 1976, p. 2.

³⁶ Una constitución es esencialmente una super estructura erigida sobre un sistema de normas preexistentes y encaminadas a organizar la sanción y aplicación de esas leyes. Es una sobreestructura diseñada para regular el continuo proceso de desarrollo del conjunto existente de leyes y evitar cualquier confusión entre poderes del gobierno para hacer observar las normas en que se basa el orden espontáneo de la sociedad y el uso de los medios materiales confiados a su administración para prestar servicios a los individuos y a los grupos. Hayek, Friedrich August von, *Law, legislation and liberty*, vol. 1, *op. cit.*, p. 134. Y el constitucionalismo significa gobierno limitado, sin embargo, es evidente que el intento por garantizar la libertad individual por medio de la constitución ha fracasado. *Ibidem*, p. 1. En este sentido, hace una fuerte crítica al decir que vivimos en una época de enorme transformación del derecho, que tal como lo conocemos ahora como la principal protección de la libertad individual, esta destinado a desaparecer ya que en muchos campos se han convertido los juristas en instrumentos no de justicia, sino de un aparato en el que el individuo debe servir a los fines de sus legisladores. *Ibidem*, pp. 66 y 67.

El tercer requisito de la verdadera ley es la igualdad. El que una ley se aplique igual a todos, no sólo significa que sea general en el sentido al que ya se ha hecho referencia. Una ley puede ser perfectamente general refiriéndose solamente a las características formales de las personas afectadas e, incluso, haciendo provisiones diferentes para las distintas clases de personas. El ideal de igualdad de la ley tiende a perfeccionar las posibilidades de ciudadanos todavía desconocidos y no a beneficiar o dañar a personas conocidas y de una manera predecible.

6. Consideraciones finales

Hacer el bien y evitar el mal constituye el primer principio de razón práctica de la ética independientemente de la época, sociedad o contenido que se le dé a la noción de bien. Todas las éticas, desde la aristotélica hasta las posmodernas, se rigen por ese principio. Es algo así como un axioma del cual depende la epistemología y la metodología de la ética.

El quiebre o la discrepancia surge al momento de pretender asignarle un contenido específico a lo que se denomina bien. De esto depende el tipo de ética que tengamos enfrente. Así, por ejemplo, el bien consiste en la felicidad, en el cumplimiento de unos imperativos incondicionales y universales, en la gestión de determinados valores, la maximización del placer y la minimización del dolor, la exaltación de la libertad, etc.

Por ello una ética que tenga al menos un mínimo anhelo de racionalidad y universalidad ha de buscar e implementar los medios para descubrir lo objetivamente bueno, evidenciando en cada persona la necesidad de realizar ese bien y dotándola de los instrumentos teóricos y prácticos para tal fin.

Pero, dada la dificultad que esto implica, la filosofía moderna y contemporánea ha preferido destacar los límites y condicionamientos del conocimiento humano.

La desconfianza en la verdad, o bien la pérdida de la esperanza de poder recibir de la filosofía respuestas definitivas sobre el sentido y fundamento último de la persona y del mundo son las características propias de nuestro tiempo. La filosofía se conforma con verdades parciales y provisionales, sin intentar hacer preguntas radicales sobre el sentido y el fundamento último de la vida humana, personal y social.

Sin embargo, los acontecimientos actuales en materia política, económica, social, ecológica, jurídica, religiosa, etc. hacen urgente el replanteamiento de una ética racional y universal cuyo centro de gravitación sea la persona humana. De este modo, la función legislativa juega un papel relevante en la reconstrucción de la ética social.

Las personas que asumen democráticamente la función legislativa deben ser conscientes que el proceso de creación de leyes es un instrumento extraordinariamente poderoso tendiente a alcanzar unos objetivos comunes.

Como se ha dicho antes, la actividad legislativa ha abierto al hombre un campo de posibilidades totalmente nuevo y, por tanto, con un sentido de responsabilidad muy grande, pues se trata de un poder sobre su propio destino.

Por estas razones, la persona elegida por la sociedad para hacer leyes debe ser un “buen legislador”.

La idea de “buen legislador” lleva indefectiblemente a la idea de “buena persona”.

El “buen legislador” no sólo es aquella persona que domina la técnica jurídica y la técnica legislativa, el que redacta unas leyes de acuerdo con la perfección de su actividad; sino aquella persona que haciendo buenas leyes realiza en sí mismo, en su persona y en la de los demás, el bien.

Las buenas leyes son el fin inmediato del “buen legislador”, pero su fin último no es un producto sino el bien de su actividad. Es decir, procurase y procurar en los demás la realización de lo bueno, lo correcto, lo mejor.

En este orden de ideas, si el “buen legislador” es aquel que realiza el bien en su actividad (*praxis*) éste, además, debe ser una persona que “viva” para la política y no “de” la política. Es decir, que aspire a la función legislativa por el hecho de realizar unos valores en la sociedad a través de las leyes, pero no por el poder económico y político que conlleva esa actividad.

Quien busca el poder por el poder mismo no tiene vocación para la función legislativa y, en consecuencia, no es un “buen legislador”.

La vocación a la función legislativa estriba en realizar unos valores compartidos por todos los seres humanos para lograr una sociedad bien ordenada. Para lograr esto, las convicciones morales y políticas personales son fundamentales. Quien no posea esas convicciones tampoco podrá ser un “buen legislador”.

De acuerdo con lo que se ha dicho, la ética del “buen legislador” es la ética de la responsabilidad, ya que en su labor deberá atender primordialmente a sus convicciones sin olvidar las circunstancias y las consecuencias de su actuar.

Como se explicó en su momento, la tendencia natural del hombre a hacer el bien necesita, además, de la intención, es decir, del querer. Si la función legislativa fuera pura intencionalidad, puro querer, bastaría la ética de la convicción, o bien la ética de la intención. Pero la función legislativa demanda también un equilibrio entre principios y consecuencias, así como la tendencia, además del querer, requiere de la *praxis*.

En cuanto a la forma en que se toman las decisiones legislativas, hay que decir que cuando éstas incluyen cuestiones morales la simple votación no es suficiente: las leyes, como mínimos morales, no se votan, se fundamentan.

El modo idóneo de llegar a acuerdos, sobre todo en aquellos temas en que cada uno puede tener su propio punto de vista, es la deliberación. Este método, a diferencia de la votación y de la negociación, garantiza una decisión racional y prudente lo cual exige compromiso social, no indiferencia; argumentación, no votación; fundamentación, no liberalismo; inclusión, no discriminación; y prevención, no mera aceptación.

Un poder legislativo democrático supone, además de una libre elección de las personas que asuman esa función, una amplia discusión e intercambio de razones en aras a tomar la mejor decisión. Es por ello que tan autoritario es un sistema que no permita la participación social, como uno que imponga un criterio moral a través de las leyes mediante la simple y tiránica votación.

Otro principio de razón práctica consiste en que la mayoría ya sea parlamentaria o social no es criterio de moralidad: la coincidencia de todos los hombres en una misma opinión no da a esta un quilate más de bondad, esto en todo caso sólo proporciona una mayor tranquilidad y confianza subjetivas.

Por último, es preciso afirmar que las leyes no deben considerarse ni por el legislador, ni por ninguna otra autoridad estatal, como medio de opresión de la libertad individual.

La amenaza más grande que experimenta el ser humano en la actualidad no es contra su vida biológica al inicio o al final de la vida, ni en contra de su integridad física, patrimonial, emocional, etc.; sino en contra de su vida moral. Es decir, leyes cada vez menos generales y abstractas que regulan situaciones concretas y personas o grupos de personas particulares reducen –y en muchas veces aniquilan– la capacidad de reflexión ética.

Las leyes son instrumentos de los que se valen las personas para formar planes individuales de acción. Las leyes sólo debiesen proporcionar un marco ético dentro del cual cada persona tenga libertad de acción y, en consecuencia, asuma las responsabilidades que esto conlleva.

Las leyes, en lugar de querer abarcar el terreno de la ética, deben ser los causas por donde se lleve a cabo la deliberación individual o social de las cuestiones morales.

La actividad legislativa debe orientarse a establecer un equilibrio prudente entre el paternalismo jurídico que impone convicciones morales a los gobernados a través de las leyes y el autonomicismo que considera que no deben existir restricciones a la libertad individual. En definitiva, las leyes que promuevan la libertad y la vida moral del individuo deben orientarse conforme al Estado de Derecho, deben ser conocidas y ciertas, y deben promover la igualdad.