

ARTICULOS

LA PARADOJA DE LA IRRELEVANCIA MORAL DEL GOBIERNO Y EL VALOR EPISTEMOLOGICO DE LA DEMOCRACIA

CARLOS SANTIAGO NINO

1. Se han dado muchas respuestas distintas a la pregunta sobre la justificación moral de la democracia, en el sentido de regla de la mayoría. Algunas respuestas se centran en características intrínsecas que tendría el sistema democrático de toma de decisiones y que le conferirían un valor moral del que carecen otros sistemas que no poseen tales características. Por ejemplo, se sostiene que la democracia permite el ejercicio de la soberanía popular o que asegura el consentimiento de los gobernados respecto de las medidas que adoptan los gobernantes. Aunque el tema no puede ser desarrollado aquí¹, es necesario hacer el comentario general de que las respuestas de esta índole que se han ensayado son insatisfactorias, porque o bien las propiedades que se toman en cuenta no son atributos genuinos de la democracia, o, si no, ellas se materializan de un modo que hace dudoso que efectivamente le confieran valor. Por ejemplo, la idea de soberanía popular es atractiva en cuanto es una forma de aludir a la materialización de la autonomía o del autogobierno, pero una vez que aclaramos los diversos conceptos de pueblo que pueden estar involucrados en esa idea, se advierte que, salvo que hipostasiemos al pueblo como una entidad diferente de los individuos que lo componen, la democracia no asegura que coincida la voluntad de los gobernantes con la de cada uno de los gobernados. Tampoco puede haber consentimiento con los dictados de un gobierno cuando no se da la alternativa de no verse sometido a la obligación de obedecer esos dictados en el caso de no consentirlos.

Otro grupo de respuestas apuntan a las consecuencias beneficiosas que trae aparejadas la forma democrática de gobierno: por ejemplo, el hecho de que ella incrementa las oportunidades de los individuos para ejercer su autonomía, o que promueve el autorespeto y el espíritu independiente, o que asegura la satisfacción de mayor número de preferencias. Creo que algunas de estas respuestas efectivamente proveen razones para asignar valor a la democracia. Sin embargo, me parece que esas razones son relativamente débiles si no son acompañadas por justificaciones de otro carácter. En primer lugar, este tipo de justificación depende de circunstancias contingentes, que es-

1 Véase mi libro *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1984, cap. VIII, punto II.

tán sujetas a grandes variaciones, y de un cálculo de consecuencias muchas veces incierto; ello hace que el valor de la democracia resulte mucho más condicionado que lo que nuestras intuiciones asumen. Por otra parte, la apreciación de las consecuencias benéficas de la democracia se suele hacer en forma holística, considerando el beneficio para la sociedad en conjunto; esto plantea problemas de distribución: por ejemplo, ¿por qué el incremento de la autonomía de la mayoría de la población que se obtiene a través de la vigencia del sistema democrático justificaría la posible restricción de la autonomía de grupos minoritarios?

Estas deficiencias de las justificaciones corrientes, que pretenden detectar directamente el valor subyacente a los rasgos intrínsecos o a las consecuencias de la democracia, sugieren la conveniencia de un cambio de estrategia: tal vez sea más fructífero inquirir primero por la justificación de la existencia de algún gobierno, para determinar luego si esa justificación requiere condiciones que sólo son satisfechas por un gobierno democrático.

¿Cómo podemos proceder para justificar la existencia de un gobierno? Una forma de encarar la cuestión es formularse la pregunta diferente pero conexa acerca de la obligatoriedad de las normas jurídicas, o sea las reglas que dictan y hacen efectivamente aplicar quienes tienen el cuasi-monopolio de la coacción en una sociedad². Hay muchos que suponen que esta pregunta es trivial, pues las normas jurídicas son "inherentemente obligatorias". Esto puede significar cosas diversas, pero en ningún caso se muestra en realidad la trivialidad de la pregunta: (i) si se alega que las normas jurídicas son inherentemente obligatorias porque expresan que ciertas conductas son obligatorias, siempre cabe la pregunta de por qué es obligatorio hacer lo que ellas expresan; (ii) si se aduce que las normas jurídicas son inherentemente obligatorias, porque hay otras normas jurídicas que expresan que es obligatorio obedecer las primeras, es por supuesto ineludible preguntarse acerca de la obligatoriedad de estas últimas normas; (iii) si se argumenta que las normas jurídicas son inherentemente obligatorias porque son eficaces, o sea son de hecho obedecidas y aplicadas, debemos preguntarnos necesariamente acerca de cómo pasamos de la comprobación de este *factum* a su justificación normativa, o sea a la determinación de que existen razones para la decisión de obedecer o aplicar una norma jurídica (por supuesto tanto esta decisión como su opuesta son compatibles con el hecho de que la norma sea generalmente obedecida y aplicada).

Esto nos indica que la pregunta acerca de la obligatoriedad de una norma jurídica no es trivial y que la respuesta debe satisfacer ciertas condiciones: ella debe mostrar que la obligatoriedad deriva de otras normas cuya propia obligatoriedad no depende a su vez de normas ulteriores o del hecho de que sean obedecidas o reconocidas. Esta es la característica distintiva de los prin-

2 Véase ob. cit. cap. VIII, pto. IV.

cipios morales. En otras palabras, cuando preguntamos por la obligatoriedad de las normas jurídicas, estamos preguntando por su obligatoriedad moral, o sea por los principios morales que, bajo ciertas condiciones a esclarecer, prescriben que debemos obedecer tales reglas. Esta obligatoriedad moral de obedecer las reglas que un gobierno dicta y hace aplicar está aparentemente conectada con la justificación, también moral, de ese gobierno: el hecho de que un gobierno sea moralmente legítimo parece que es una razón (que a veces es desplazada por otras) para que sus dictados sean obligatorios (aunque quizá pueda haber otras razones que fundamenten la obligación de obedecer algunas reglas de un gobierno moralmente ilegítimo)³.

De este modo, nuestra pregunta inicial nos conduce al siguiente interrogante: ¿Hace alguna diferencia respecto de las normas jurídicas el hecho de que ellas se originan en un proceso democrático?

Pero cuando intentamos responder a este interrogante, advertimos que el planteo anterior conduce a una aparente paradoja que puede presentarse en estos términos: si para decidir o no obedecer las normas jurídicas necesitamos recurrir a principios morales que determinan si ellas son o no obligatorias —o lo que es lo mismo, si debe o no realizarse lo que ellas disponen— ¿para qué son necesarias tales normas jurídicas? ¿por qué no nos quedamos simplemente con los principios morales que determinan el comportamiento a realizar? Lo paradójico de este planteo es que parece que, para que las normas jurídicas sean operativas, para que provean o completen razones para actuar, es necesario recurrir a principios morales; pero esos principios indican por sí mismos cómo debemos conducirnos, lo que hace superfluas a las normas jurídicas.

A este planteo se le podría replicar aduciendo que él presupone falsamente que los principios morales que legitiman a un gobierno y que, por lo tanto, determinan la obligatoriedad de las normas jurídicas que ellos convalidan indican por sí mismos qué conductas son debidas o valiosas. Este problema no aparecería si de los principios que justifican normas jurídicas no se infirieran pautas de comportamiento. ¿Pero cómo pueden los principios morales convalidar las normas jurídicas sin referirse a su contenido sustantivo, o sea a las conductas que ellas deben prescribir? He aquí varias posibilidades:

(i) Los principios morales en cuestión pueden ser de índole procedimental, o sea legitimar al gobierno, no por su obra, por el contenido de las normas jurídicas que dicta, sino por su origen o por la forma en que dicta las normas jurídicas. Por supuesto que si la democracia es moralmente valiosa un gobierno democrático goza de este tipo de legitimidad, y hay una razón para obedecer sus normas que se apoya, no en el contenido de éstas sino en el procedimiento de su sanción y en el origen del gobierno que las dicta.

3 Véase ob. cit. cap. VIII, pto. IV.

Sin embargo, recuérdese que creíamos necesario para determinar el valor moral de la democracia explorar primero la justificación moral de que exista algún gobierno. ¿Puede esto establecerse sin entrar en consideraciones que determinan en última instancia qué comportamientos son correctos o incorrectos haciendo superfluas las normas jurídicas? Esto lo seguiremos explorando en el último apartado. Por ahora observemos que es difícil imaginar algún principio que legitime a un cierto gobierno sólo por su origen, sin presuponer la necesidad de que exista algún gobierno, salvo tal vez el que declara un derecho divino de ciertos hombres a mandar a otros (en cambio, teorías como la del derecho de los más fuertes a mandar a los más débiles, presuponen consideraciones de las que se infieren pautas substantivas de comportamiento correcto); pero esta concepción del derecho divino de ciertos gobernantes está tan protegida de toda evaluación crítica racional que tiene que ser dejada de lado en este análisis.

(ii) Una segunda posibilidad de que los principios morales que convalidan las normas jurídicas no las hagan superfluas es la que proporciona el utilitarismo de reglas: Según esta posición, los principios morales —en este caso el principio de utilidad— no se refieren directamente a acciones sino a reglas; las acciones se juzgan por su concordancia con las reglas, y éstas se valoran por sus efectos en el incremento de la utilidad general. De este modo, del principio de utilidad no se podría inferir qué acciones se deberían realizar sin determinar previamente que ciertas reglas son más favorables que otras para la utilidad general; esto hace que las reglas nunca sean superfluas. La evaluación de esta concepción implica incurrir en consideraciones muy complejas, por lo que debo ser bastante dogmático para llegar a una conclusión en el espacio del que dispongo aquí. Hay que distinguir el utilitarismo de reglas ideales del utilitarismo de reglas sociales. El utilitarismo de reglas ideales es reducible, como se ha alegado ⁴, al utilitarismo de actos combinado con el principio de universalización: él valora a las acciones según su utilidad en el caso de que sean realizadas por todos los que están en las mismas circunstancias; este tipo de principio tiene implicaciones respecto de la conducta correcta con independencia de las normas jurídicas que de hecho se dicten, por lo que no evita su carácter superfluo. En cambio el utilitarismo de reglas sociales valora a las normas jurídicas vigentes y a las conductas sólo por su relación con ellas. La objeción principal de que ha sido objeto este tipo de concepción se mantiene en pie: por supuesto que las normas jurídicas son objeto de valoración moral, pero de acuerdo a principios que o bien tienen por principal contenido ciertos actos (en el caso de una ética deontológica) o asignan valor a ciertos estados de cosas e indirectamente prescriben conductas que los promueven (en el caso de una ética teleológica). No se ve razón alguna de índole meta-ética para suponer que los

4 Véase David Lyons, *Forms and Limits of Utilitarianism*, Oxford 1970.

principios morales tienen como objeto único a ese tipo complejo de comportamientos que constituyen las normas sociales en general y las normas jurídicas (en un sentido descriptivo ⁵) en especial, excluyendo a cualquier otra clase de conductas. Tan pronto admitimos que, si bien la existencia de ciertas normas sociales es extremadamente beneficiosa desde el punto de vista social, ello lo es de acuerdo a principios que se refieren no sólo a los actos involucrados en su sanción y cumplimiento sino también a otras clases de actos, nos encontramos con que esos principios pueden aplicarse directamente a los actos sin la interposición de las reglas.

(iii) Queda por ver una alternativa que es la más corriente cuando se justifica a un gobierno con independencia del contenido de las normas que dicta: ella es la justificación del gobierno sobre la base de valores sociales que podríamos llamar "formales" como el orden, la paz, la seguridad, la previsibilidad. Por cierto ésta es la justificación hobbesiana de la necesidad de que exista algún gobierno: sin él reinaría el caos y la anarquía y los más fuertes o astutos impondrían la satisfacción de sus intereses a costa de los más débiles y tontos; se podría agregar que, aún los primeros muchas veces verían frustrados sus intereses por problemas de coordinación como los que ocurren entre otras, en situaciones del tipo del "dilema de los prisioneros"⁶. Sin embargo, es obvio que la no frustración de intereses no es en sí misma un fundamento suficiente de los valores de orden, de paz, etc., y por consiguiente de la necesidad de un gobierno ya que la existencia de un gobierno que asegure el orden, la paz, etc. implica la satisfacción de algunos intereses y la frustración de otros. Por lo tanto, cuando se recurre a este tipo de consideraciones no se alude a la necesidad de no frustrar intereses brutos sino a la de no frustrar intereses que sean dignos de protección (quizá como en el utilitarismo ello depende sólo de la cantidad e intensidad de esos intereses.) Esto presupone principios morales que determinen qué intereses son legítimos y cuáles no, con independencia de los valores de orden, de paz social, etc. Por eso es que estos valores morales tienen un rango secundario ya que dependen de otros: ellos están dados sólo por la vigencia efectiva de principios de justicia que determinan la legitimidad de ciertos intereses. De más está decir que una vez que tenemos que recurrir a estos principios enfrentamos de nuevo el problema de que ellos nos pueden indicar el comportamiento a seguir con independencia de lo que prescriba el orden jurídico.

De modo que parece que no podemos evitar la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del orden jurídico mediante el recurso de justificarlos moralmente sobre la base de principios de los que no se infieren pautas de comportamiento que harían a aquéllos superfluos:

Esta paradoja no es, por cierto, nueva; ella está subyacente al atractivo

5 Véase mi libro *La validez del derecho*, Buenos Aires, 1985. Cap. IX.

6 En *Ética y derechos Humanos*. Cap. II.

moral que presenta el anarquismo. La paradoja en cuestión consiste, en definitiva, en la dificultad de justificar el pasaje de la autonomía que es propia de la moral a la heteronomía que es distintiva del derecho: el hecho de que un gobierno nos ordene algo no justifica moralmente que lo hagamos (aunque lo puede justificar prudencialmente y, por ende, excusar moralmente). La de obedecer a un gobierno es una decisión autónoma que debemos fundarla en un principio moral libremente aceptado. Pero, entonces, ¿en qué medida estamos realmente obedeciendo al gobierno o nos estamos autogobernando? Y si siempre nos autogobernamos ¿para qué necesitamos que exista un gobierno?

Por supuesto que esta paradoja incide directamente en la justificación de la democracia, dado que si cualquier gobierno es moralmente superfluo, da lo mismo que sea democrático o no. La democracia carecería de fundamento moral porque aquéllo de lo que ella se predica no tendría relevancia moral.

2. Pero antes de endosar esta aparente paradoja, que pareciera conducir al anarquismo, advertamos que ella tiene una serie de presupuestos que son obviamente cuestionables. Cuando se plantea la situación en la que alguien tiene que decidir si obedecer o no una norma jurídica y para ello recurre a una norma moral, con lo que la norma jurídica se vuelve superflua para guiar su conducta, se está asumiendo (i) que el individuo desea tomar en cuenta principios morales y actuar en consecuencia; (ii) que sabe qué disponen esos principios; (iii) que tales principios siempre estipulan una solución para cualquier situación en la que el individuo se encuentra. Si no se diera alguno de estos presupuestos la paradoja no se presentaría. Veamos, entonces, si ellos son o no necesarios.

(i) El presupuesto de que un individuo que enfrenta la decisión de obedecer o no una norma jurídica desea actuar de acuerdo a principios morales parece obviamente falso en cuanto hipótesis general: en muchas situaciones los individuos son indiferentes frente a los reclamos de la moral; para eso es que existe, precisamente el derecho (o sea que lejos de desplazar la moral al derecho, el derecho es operativo cuando la moral no lo es).

Sin embargo, se podría pensar que esta objeción al planteo de la paradoja es errónea: por supuesto que hay mucha gente que no está motivada a actuar de acuerdo a principios morales, pero esa gente no se preocupa tampoco por la justificación del gobierno y por la justificación de la democracia; excepto por lo que hace a razones prudenciales, al hombre inmoral tanto le da que haya o no gobierno y que, de haberlo, éste sea o no democrático. Cuando nos preguntamos por la justificación moral del gobierno, como paso previo al interrogante sobre la legitimidad del sistema democrático de toma de decisiones, estamos asumiendo el punto de vista del hombre moral y percibiendo la realidad a través de sus ojos: así llegamos a la aparente conclusión de que el gobierno es moralmente superfluo.

No obstante parece que la réplica anterior no toma en cuenta un dato tan

obvio como decisivo: si bien es cierto que, cuando nos preguntamos por la legitimidad moral del gobierno y de la democracia, debemos situarnos en la perspectiva del hombre moral, es erróneo suponer que para el hombre moral la única conducta que está en juego es la suya propia. Por supuesto, el hombre moral está también interesado en la conducta de sus congéneres. Es evidente que tiene que presuponer que muchos de ellos, por mala voluntad o por ignorancia, se comportarán inmoralmente, y es precisamente para incidir en el comportamiento de éstos, que el hombre moral recurrirá al gobierno y a sus normas jurídicas, a quienes considerará moralmente justificados en la medida en que las prescripciones dirigidas a los descarriados se ajusten a principios morales.

Sin embargo, el crítico tiene una nueva réplica a su disposición que puede formularse en estos términos: la respuesta anterior se apoya en una ambigüedad de la referencia a la necesidad de gobierno: por supuesto que el hombre moral admitirá que el gobierno es necesario para guiar a los inmorales, proveyéndoles razones prudenciales para actuar; pero con esto él quiere decir que es necesario que alguien monopolice la coacción y formule las prescripciones correspondientes. No quiere decir, en cambio, que es necesario que haya alguien que decida independientemente de él cómo los inmorales deben actuar. En esto, el hombre moral sigue siendo el "legislador supremo" no sólo para sí mismo sino también para los demás, ya que lo que dispone quien ejerce la fuerza sólo será moralmente válido en la medida en que coincida con su propio juicio. Por lo tanto, lo más que puede admitir el hombre moral es que alguien sea su portavoz, y, que ejerza la coacción como él la ejercería, o sea como si fuera su delegado. En este punto, parece claro que más que conducir al anarquismo la paradoja del pasaje de la autonomía a la heteronomía parece conducir a la autocracia. Esto es efectivamente así en la medida en que desde la perspectiva del hombre moral enfoquemos no sólo su propia conducta sino también la de los demás (esto está determinado por la necesidad que tiene el hombre moral de universalizar sus juicios). No obstante, si bien la paradoja no parece conducir a la justificación moral del anarquismo sino de la autocracia; la aceptación efectiva y generalizada de esta posición conduciría de hecho al anarquismo, ya que todos los hombres morales, por diferentes que sean sus respectivas concepciones éticas, se sentirían con derecho a imponerlas a los demás.

Pero todavía el objetor cuenta con una réplica que parece decisiva: no es cierto que el hombre moral sólo considere que las prescripciones del gobierno son moralmente válidas cuando coinciden con sus propios juicios. Aún cuando en ocasiones el gobierno, como es inevitable, se desvíe de ese juicio, sus prescripciones tienen que ser obligatorias para la gente inmoral, ya que si no lo fueran, el gobierno desaparecería y sería peor que los descarriados no se vean constreñidos por sus dictados; vale decir: es menos disvalioso que de vez en cuando la gente inmoral se vea constreñida a hacer lo

que no tendría obligación de hacer si no fuera por la conclusión de este mismo razonamiento que el que se vea libre de actuar como les plazca. Esto depende, por supuesto, de que el gobierno cometa menos errores que aciertos o de que los errores se refieran a cuestiones menos importantes que en las que hay coincidencia con el juicio del hombre moral. Incluso, este razonamiento tiene consecuencias que inciden en el propio comportamiento del hombre moral: en la medida en que su conducta pueda tener efectos, por vía de ejemplo o por otros medios en el comportamiento de los inmorales, él mismo tiene, en muchas ocasiones, la obligación de acatar las prescripciones jurídicas que se desvían de su propio juicio.

No obstante la fuerza de esta réplica, creo que ella tiene un efecto limitado. En primer lugar, no implica que el hombre moral deba poner en balance sus principios morales con otro tipo de consideraciones, como las que están relacionadas con la necesidad de orden, de paz social, etc. Estas últimas son también consideraciones de tipo moral, cuyo peso *vis á vis* otras exigencias de conducta está determinado por los principios que el hombre moral adopta. Lo que la réplica establece es que una vez que el hombre moral acepta la existencia del gobierno y de las normas jurídicas para guiar la conducta de la gente inmoral, esa existencia se convierte en un dato fáctico que aquél debe tomar en cuenta en su propio razonamiento moral; la vigencia de un orden jurídico es una circunstancia que puede incidir en las conclusiones del razonamiento moral. Pero este mismo hecho indica la limitación de la réplica que estamos considerando: como dato fáctico que es, la existencia de un gobierno y la vigencia de sus normas sólo puede afectar a los juicios morales derivados, no a los principios morales últimos —como los que establecen los derechos humanos básicos— que no están condicionados por ninguna circunstancia fáctica. Por otro lado, el tipo de consideraciones que llevan al hombre moral a justificar que los demás, y a veces él mismo obedezcan leyes injustas son de amplia aplicación pero de una importancia menor desde el punto de vista moral: ellas requieren que el gobierno coincida generalmente o en las cuestiones más importantes con el juicio del hombre moral y están basadas en la circunstancia de que, si a la gente se la deja desobedecer las leyes cuando son injustas, lo harán también cuando sean justas, circunstancia que puede eventualmente circunscribirse.

En definitiva, el primer presupuesto de la paradoja es parcialmente cierto: debemos partir del punto de vista del hombre moral, quien recurre a principios morales para guiar su propia conducta y la de los demás, y para quien el derecho es sólo relevante para justificar esa conducta en la medida en que no estén en juego principios básicos, y en que los casos en que el derecho se desvía de sus juicios morales sean más o menos importantes que los casos en que coincide y es, por lo tanto moralmente superfluo.

(ii) Pero la paradoja tiene un segundo presupuesto que también parece falso a primera vista: que el individuo que debe decidir si obedece o no a u-

na norma jurídica sabe cuáles son los principios morales aplicables a la situación. Es obvio que en muchos casos el individuo en cuestión está dispuesto a actuar y a juzgar a las acciones de los demás según principios morales pero no sabe cuáles son esos principios. En estas situaciones, el hombre moral puede acudir a las autoridades y a sus normas jurídicas en busca de orientación moral, de modo que en este caso el derecho no sería superfluo. Las autoridades jurídicas funcionarían como autoridades epistémicas, proveyendo razones para creer que está moralmente justificado actuar de cierto modo.

¿Pero por qué el hombre moral debería recurrir a una autoridad, cuyo rasgo distintivo es el cuasi-monopolio de la coacción, en busca de sabiduría ética? ¿No debería acudir preferentemente a un filósofo o a un sacerdote para que le ilumine el camino moral? ¿Estas dudas no mostrarían que tampoco la falta de conocimiento ético es una buena razón para fundamentar la relevancia moral del gobierno y de sus normas?

Por otra parte, recordemos que nos planteamos la cuestión de la justificación del gobierno y de la obligación moral de obedecer sus normas con la esperanza de que la respuesta a esa cuestión presupusiera condiciones que sólo son satisfechas si el tal gobierno y las reglas que él dicta tienen un origen democrático. La hipótesis de que el gobierno y las normas jurídicas pueden tener relevancia como guía moral de quienes padecen de incertidumbre ética amenaza con probar exactamente lo contrario: esto es así porque parece más eficaz como guía moral, un gobierno aristocrático que uno democrático; parece que un gobierno que estuviera formado por los miembros más ilustrados y racionales de la sociedad tendría menos probabilidad de equivocarse en materia moral que una mayoría que puede estar compuesta por individuos con un bajo cociente intelectual promedio y con un medio-bajo nivel de educación.

Luego vamos a volver especialmente sobre este punto. Pero por ahora, parece que no podemos tampoco salir de la paradoja de la irrelevancia del derecho para el hombre moral por vía de cuestionar el presupuesto de que él sabe cómo se debe actuar desde el punto de vista ético.

(iii) Sin embargo, todavía nos queda por analizar otro presupuesto dudoso de la paradoja: el de que el sistema moral ideal al que recurre el individuo que desea justificar su obediencia al derecho tiene una solución para cada caso concebible. Si esto no fuera así, la relevancia del derecho estaría ampliamente fundada en la necesidad de proveer soluciones para los casos en que la moral guarda silencio.

Hay por lo menos dos tipos de circunstancias que pueden explicar la falta de soluciones morales unívocas para ciertas situaciones. La primera está dada por la posibilidad de que haya empates morales, o sea casos en los que hay razones de igual peso para realizar una conducta y su opuesta. Como

he alegado en otro lugar ⁷, no hay fundamentos a priori para excluir la posibilidad de estos empates, y no es el rechazo de esa posibilidad sino la defensa de la posibilidad de que haya situaciones en las que sí hay soluciones morales unívocas lo que caracteriza a una posición no relativista.

La otra clase de circunstancias que determina la falta de soluciones morales unívocas está dada por la posibilidad de que haya casos de indiferencia moral: por ejemplo, el sentido de circulación del tránsito; no parece haber razones morales, por ejemplo para sostener que es mejor circular a la derecha que por la izquierda. En realidad fuera de los casos de inmoralidad que se procura desalentar, las situaciones más importantes en relación a las cuales se suele justificar la necesidad del derecho son situaciones en que hay problemas de coordinación que no necesariamente tiene relevancia moral.

Sin embargo, es sumamente difícil determinar qué tipo de razones para actuar provee el derecho en aquellos casos en que no hay razones morales subyacentes o hay razones opuestas de igual peso. Se suele decir, por ejemplo, que los problemas de coordinación se resuelven por altruismo, convención o coacción. Pero el altruismo supone que hay razones morales unívocas en favor de un curso de acción; la convención no parece que constituya una fuente autónoma de justificación sino que se apoya o bien en razones morales o en razones prudenciales vinculadas a la coacción; y la coacción si bien proporciona razones prudenciales a su víctima potencial, sólo está justificada si quien la ejerce tiene razones morales para hacerlo, cosa que estamos suponiendo que está ausente en estos casos. Claro está que siempre puede alegarse la conveniencia o utilidad general de prescribir jurídicamente un curso de acción en estas situaciones de empate o de indiferencia moral. Pero esta respuesta tiene al menos dos problemas: el primero es que la conveniencia o utilidad de la sociedad en general es en sí misma una razón valorativa o moral en sentido amplio, por lo que cuando es aplicable este tipo de consideraciones no parece que sea cierto que estamos frente a un caso de indiferencia moral. El segundo problema aparece al pretender resolver el anterior: es cierto que hay una razón moral para que el derecho fije una solución cualquiera; pero no hay siempre una razón moral para que adopte una cierta solución (por ejemplo, conducir por la derecha): es respecto de esto que la moral es indiferente. El problema, es que cuando esto ocurre no se ve cuál es el tipo de razón que debería incidir en la elección de una u otra solución. La dificultad es aquí similar a aquella en la que se encontró el burro de Buridan, el que se dejó morir de hambre por no encontrar razones para preferir un fardo de heno a otro.

Por lo tanto, es por lo menos oscuro que el derecho cuente con la capacidad, que sería casi mágica, de fabricar razones que no preexistían o de jerarquizar tales razones. Recuérdesse que estamos investigando la justificación

⁷ Ob. cit. cap. III.

moral del gobierno, y en especial el gobierno democrático, y que lo que debemos encontrar entonces, son razones morales para obedecer las normas jurídicas. En los casos en que esas normas jurídicas no se apoyan en razones morales que las hacen superfluas, hay un hiato entre las razones morales que indican que debe haber alguna norma de este tipo y el dictado de una cierta norma; no se advierte cómo ese hiato puede ser cubierto sin convertir al caso en uno en que la norma jurídica es de nuevo superflua.

En definitiva, resulta sumamente dudoso que el derecho y el gobierno puedan resultar moralmente relevantes en aquellos casos en que no hay una solución unívoca en nuestro sistema moral.

De este modo debemos concluir que los tres presupuestos de la paradoja de la imposibilidad de pasar de la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho parecen ser válidos, por lo que resultaría confirmada la superfluidad moral del gobierno, con las consecuencias anárquicas ya mencionadas.

3. No obstante la conclusión de la sección anterior, debemos examinar si la paradoja que estamos analizando no tiene presupuestos todavía más profundos que puedan cuestionarse de forma tal de encontrar una salida al problema planteado.

Creo que, efectivamente, hay dos presupuestos ulteriores de índole meta-ética que están subyacentes a la conclusión de que el gobierno y el orden jurídico son irrelevantes para el hombre moral: el primero es que hay un sistema moral independiente de las prácticas sociales involucradas en la constitución, reconocimiento y ejercicio del gobierno, de modo que el ciudadano moral, cuando recurre a él para justificar el gobierno o sus normas, puede llegar a conclusiones sobre lo que debe hacer sin tomar en cuenta aquellas prácticas. Aludiré a este presupuesto de un orden moral independiente con las siglas "OMI". El segundo presupuesto profundo de la paradoja tiene una formulación semejante a la anterior pero se refiere al plano epistemológico y no al ontológico: consiste en asumir que se puede acceder cognitivamente a ese orden moral independiente de las prácticas sociales involucradas en la existencia del gobierno también en forma independiente de tales prácticas. Este presupuesto de conocimiento moral independiente será aludido en adelante con las siglas "CMI". Vamos a examinar cada uno de estos presupuestos por separado.

Si no hubiera un orden moral independiente del derecho, éste no sería superfluo para la configuración de razones para actuar.

Por cierto que esto podría suceder porque, como lo sostiene el nihilismo moral, no hay en absoluto un orden moral, sea independiente o no de las prácticas sociales involucradas en el gobierno. Pero esta respuesta contradice al objetivo de nuestra pregunta: el problema se plantea precisamente porque buscamos razones morales para justificar al derecho, ya que admitimos al comienzo que éste no se autojustifica, o sea no provee por sí mismo razones operativas para actuar por el hecho de estar constituido por prescrip-

ciones o de que éstas sean eficaces. Este nihilismo moral no debe confundirse con el subjetivismo moral: la posición de que el sistema moral al que recurrimos para justificar en última instancia nuestras acciones depende de nuestras preferencias subjetivas. El subjetivismo moral presenta problemas muy serios para justificar cualquier institución o práctica social, como la democracia (principalmente el que no tiene forma de demostrar la superioridad de la preferencia a favor de la democracia sobre la preferencia en contra de ella). Pero lo relevante aquí es que esta posición, cuando asume la modalidad individualista (según la cual decir que algo es bueno es equivalente a decir que el que habla aprueba o prefiere ese algo) no niega el presupuesto OMI. Las preferencias individuales son lógicamente (aunque a veces no genéticamente) independientes de las prácticas sociales involucradas en el gobierno.

Distinto es el caso de la modalidad social del subjetivismo (la posición que sostiene que decir que algo es bueno es equivalente a decir que la mayoría lo prefiere o lo aprueba). Si esta posición metaética, que coincide parcialmente con el convencionalismo moral, fuera correcta, no sólo se explicaría la relevancia moral del gobierno democrático. Este gobierno depende, por definición, de las preferencias de la mayoría, por lo que el orden moral se iría constituyendo a través del ejercicio de la democracia. De este modo, el hombre moral no encontraría razones para justificar al gobierno que sean independientes de las decisiones de ese mismo gobierno y que las hiciera por lo tanto, moralmente superfluas. El gobierno democrático se autojustificaría porque las decisiones mayoritarias serían constitutivas de la verdad moral.

Sin embargo, son bien conocidas las graves deficiencias del subjetivismo ético en su variedad social: él hace falsa por definición la posición de la minoría, y así no puede explicar el progreso moral (que se da cuando una posición minoritaria pasa a ser mayoritaria), consagrando el conservadurismo ético más absoluto.

Hay otra posición que niega también el presupuesto OMI y que puede verse como una variedad más compleja y sutil del subjetivismo ético de índole social: me refiero a la tesis que a veces se identifica con un tipo de constructivismo ético y que sostiene que las razones morales se construyen a través del desarrollo del discurso moral. Los principios morales válidos son aquéllos a los que se arriba mediante un proceso de discusión sometida a ciertas restricciones formales (obviamente las restricciones no pueden ser morales si no se desea presuponer un orden moral independiente).

Si la discusión —a través de la cual se construirían los principios éticos— estuviera incorporada al origen y al ejercicio de un gobierno serían relevantes para la determinación de las razones para actuar, sin que ello implique abandonar la autonomía moral. Y, en la medida en que la democracia suele ser caracterizada como el gobierno de la discusión por excelencia, esta

variante lograría nuestro *desideratum* inicial de encontrar una concepción del gobierno que permita ver a la democracia como la única forma de gobierno legítima: en otras palabras, llegaríamos a la conclusión de que la democracia es la única forma de gobierno en que éste no resulta superfluo para quienes se guían autónomamente por la moral, ya que sólo la democracia incorpora al gobierno la discusión a través de la cual se constituye esa moral.

Pero ¿cuál es la relación entre la democracia y la discusión moral? Una explicación puede ser ésta: El discurso o discusión moral es la práctica social dirigida a obtener consenso unánime acerca de ciertos principios que sirven de justificación última de acciones e instituciones. En muchos casos se obtiene ese consenso entre quienes pueden estar afectados por una medida o curso de acción, y, de este modo, la práctica de la discusión cumple con su función social latente de evitar conflictos y facilitar la cooperación entre individuos con intereses parcialmente divergentes. Sin embargo, hay ocasiones en las que el discurso moral no es efectivo, porque hay un momento relevante para adoptar la medida o curso de acción y en ese momento no se ha alcanzado el consenso unánime; en tal situación seguir insistiendo en la necesidad de un consenso unánime implica favorecer al grupo, que bien puede ser minoritario, que está a favor del *statu quo*, de que no se adopte decisión alguna. Por lo tanto, en estos casos hay que fijar una oportunidad relevante para la decisión y exigir lo que más se aproxima al consenso unánime que es la simple mayoría (una mayoría calificada da poder de veto a una minoría). De esta manera, la democracia es un sucedáneo del discurso moral, o sea, se trata de una forma regimentada de la discusión a la que hay que recurrir cuando esta discusión no es operativa. Mientras el discurso moral es un procedimiento de justicia procesal pura perfecta (para emplear, completándola, la distinción rawlsiana⁸), ya que el único criterio de validez de sus resultados es que se hayan seguido sus reglas y éstas aseguran esa validez, la democracia es un procedimiento de justicia procesal pura pero imperfecta, porque sus reglas implican algún apartamiento del procedimiento ideal (del mismo modo que ocurre, por ejemplo, con el juego de la ruleta tal como se juega realmente en comparación con un juego ideal, en que no hubiera, por ejemplo, un desgaste en el disco). Esto hace que la validez moral de las decisiones que se toman a través del procedimiento democrático no sea plena, sino que esa validez tendrá mayor o menor grado en la medida en que haya un mayor o menor apartamiento de las reglas del discurso moral originario. De aquí se infiere que hay que maximizar las oportunidades del debate libre, reflexivo e informado y de participación de todos, para que las decisiones que se obtienen a través del procedimiento democrático alcancen el mayor grado de validez moral.

8 Véase John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1971.

Si esta concepción ética fuera adecuada se habría encontrado una salida a nuestra paradoja, ya que la autonomía moral no haría irrelevante al gobierno heterónomo, dado que, cuando su origen y funcionamiento es democrático, el gobierno contribuiría a la constitución de principios o razones morales. Esto no quiere decir que el hombre moral quede sometido totalmente al resultado de la decisión democrática; puede revisarla tomando en cuenta si hubo un apartamiento relevante de las reglas del discurso originario; pero no puede hacer caso omiso de las decisiones de un gobierno democrático, en la medida en que éste es un sucedáneo necesario y operativo de ese discurso.

Sin embargo cabe la pregunta acerca de si esta concepción ética es adecuada. La pregunta despierta dudas fundadas: La concepción en cuestión ve a los principios morales como el resultado del discurso o de la discusión moral, como el producto final que se obtiene una vez que la discusión alcanza un consenso unánime. Pero ¿acerca de qué versa la discusión? Se podría sostener que acerca de los intereses de los participantes. Sin embargo, cabe preguntarse qué aspecto de esos intereses es motivo de disputa. No puede ser la circunstancia fáctica de que la persona A tiene el interés X en el grado 1 y que la persona B tiene el interés $-X$ en el grado 2, ya que eso no es motivo de disputa y, en todo caso, no se ve cómo sobre esa base puede progresar la discusión; lo que se discute es la legitimidad de los intereses encontrados. Ahora bien, hablar de la legitimidad de los intereses implica suponer que hay principios morales cuya validez es independiente del resultado de la misma discusión. Y en efecto, es innegable que en el discurso moral se alude implícita o explícitamente a principios o teorías morales. A veces se defienden soluciones diferentes que presuponen principios morales contrapuestos y a veces se defienden directamente estos principios morales.

Por lo tanto, una discusión moral profunda y esclarecida debe terminar versando acerca de qué principios morales básicos son válidos.

¿Cuál es el criterio de validez que se presupone en el discurso o discusión moral? He sugerido en otro lugar ⁹ que ese criterio se basa en el hecho de la aceptabilidad hipotética del principio en cuestión, por todos los que puedan estar afectados por ese principio (cualesquiera sean sus intereses, planes de vida o características personales) en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento plenos.

Cuando en el contexto de una discusión moral alguien sostiene que su interés X es legítimo, lo que quiere decir —creo yo— es que X está amparado por un principio que aceptaría si fuera suficientemente imparcial, racional y sapiente (probablemente estas condiciones aseguran, por razones lógicas, la unanimidad —el que todos decidan como si fueran uno— lo que explicaría por qué intentamos satisfacerlas en la discusión real ¹⁰).

9 En *Ética y Derechos Humanos*. Cap. III.

10 Ob. cit. cap. III.

Pero si esto fuera así, habría que descartar esta concepción de la ética que ve a los principios morales como el resultado de la discusión real; en todo caso, los principios morales válidos son el resultado de un consenso ideal, al que se alude en esa discusión real.

¿Quiere esto decir que fracasa esta salida de nuestro dilema, que consiste en mostrar la relevancia que, para las razones morales, tiene la discusión y, por lo tanto, la democracia? No necesariamente. Lo que fracasa, aparentemente, es el constructivismo ontológico que ve en la discusión una forma privilegiada de conocer razones morales. Todavía podría defenderse el constructivismo epistemológico que concibe a la discusión como una forma privilegiada de conocer razones morales. Esto implicaría salir de nuestro dilema por vía de atacar, no la condición OMI (que existe un orden moral independiente de toda práctica social), sino la condición CMI (que tenemos acceso a ese orden moral en forma individual y aislada, o sea, de modo independiente a toda práctica social). La tesis de un constructivismo epistemológico sería que la discusión favorece el acceso a la verdad en materia moral.

¿Cuál puede ser el fundamento de esta posición? Este es —en mi opinión— que en la discusión moral pretendemos reproducir las condiciones para un consenso ideal y el acuerdo al que se llega, es presumiblemente una representación *prima facie* fiel de ese consenso ideal. Las reglas de la discusión imponen a cada uno de los participantes tratar de detectar qué principios aceptarían seres completamente racionales, imparciales e informados, cualesquiera sean sus intereses, proyectos e idiosincrasias, para resolver un conflicto como el que se les plantea a ellos. En la medida en que en la discusión participen muchos de quienes están involucrados en el conflicto, que ellos representen los intereses, planes de vida y rasgos contrapuestos que pueden haber generado el conflicto, que haya habido un amplio debate en el que se volcó la información relevante y se argumentó racionalmente, el consenso unánime alcanzado tiene a su favor una presunción muy fuerte de que coincide con el que hubieran logrado, en condiciones ideales, todos los que están involucrados en ese conflicto y otros análogos. La participación en la discusión de quienes pueden estar afectados por la adopción de un principio u otro, sobre todo cuando tienen intereses opuestos, es la mejor garantía de que, si las reglas de la discusión fueron aceptadas, el consenso real obtenido se aproxima al consenso ideal. Esa garantía no se da en la reflexión individual y aislada o en una discusión limitada a unas pocas personas con intereses coincidentes. Es especialmente importante tomar en cuenta que en una discusión así limitada, por más inteligentes e ilustrados que sean sus participantes, la exigencia esencial que se frustraría en mayor grado es la de imparcialidad, ya que la ausencia de muchos de los interesados hace probable que no se le dé el peso adecuado a sus intereses, debido a que, generalmente, el mejor juez de sus intereses es uno mismo ¹¹.

11 Véase John Stuart Mill en *On Liberty*.

Este enfoque del conocimiento moral no coincide, por cierto, con las conclusiones del convencionalismo ético: en primer lugar, no cualquier consenso unánime es válido, sino el que se alcanza luego de una discusión en que se maximicen las condiciones de participación amplia y heterogénea, argumentación racional, información, etc. En segundo término, como —de hecho— es imposible satisfacer estas condiciones en su grado máximo, el consenso tendrá sólo una presunción de validez que será tanto más fuerte cuanto en más alto grado se hayan satisfecho los requisitos de la discusión, pero que siempre puede ser revocada si se demuestra que, en condiciones ideales, se hubiera llegado a un resultado diferente.

Pero la discusión moral no es sólo un método de conocimiento ético, sino también un procedimiento práctico de poner fin a conflictos por medio de un acceso compartido a ese conocimiento, y, como vimos antes, el problema que se presenta es el de hacer coincidir la operatividad práctica de la discusión moral con el logro de ese conocimiento compartido que se refleja, presuntivamente, en el consenso unánime luego de una discusión libre y abierta. La necesidad de que la discusión sea operativa como procedimiento de resolución de conflictos, lleva a limitar la satisfacción de sus condiciones tanto en lo que hace a la participación en la discusión y a la profundidad de ésta, como en lo que se refiere al alcance exigido para el acuerdo que resulta de ella. Esto lleva a fijar un momento para terminar la discusión y tomar la decisión y a reemplazar el requisito del consenso unánime por el del acuerdo mayoritario; o sea, conduce al procedimiento democrático de toma de decisiones. Por cierto que estas restricciones debilitan la presunción de que el acuerdo alcanzado refleje el consenso unánime que se obtendría en condiciones ideales (la presunción se debilita más aún cuando pasamos de la democracia directa a la representativa ¹²). Pero no la destruyen del todo y la presunción en cuestión tendrá tanto más fuerza en la medida que más gente, con intereses e idiosincrasias contrapuestas, participen en la discusión y decisión, en que esa discusión sea lo más libre posible, en que la argumentación haya tenido un alto grado de racionalidad, en que se haya contado con la mayor información posible, etc. Desde ya que la presunción será también más fuerte cuanto más gente concurra a la misma conclusión en comparación a la que apoya conclusiones alternativas. Si, por ejemplo, un 80% de la gente apoya un curso de acción es de presumir que en el razonamiento que condujo hacia él, se habrá contemplado mayor cantidad de intereses divergentes que si sólo una mayoría del 51% hubiera apoyado el curso de acción (esto no quiere decir, como ya expresé, que hay que exigir una mayoría del 80% en lugar de una del 51% para que una decisión sea válida ya que ello implicaría que una minoría del 21% podría obligar a aceptar el *statu quo*). La obligatoriedad moral de una decisión que ha sido apoyada por una

12 En *Ética y derechos Humanos*, Cap. VIII.

apretada mayoría no está fundada en su presunción de verdad moral (ya que hay pocas razones para pensar que una mayoría del 51% es más imparcial, racional e informada que una minoría del 49%) sino en el hecho de que si no reconociéramos la obligatoriedad de una decisión adoptada aún por una ligera mayoría, no se formarían mayorías más amplias que si gozan de la presunción de que se aproximan a la conclusión a la que se arribarían desde el punto de vista moral.

Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico como un método adecuado de conocimiento moral, ya que ella incluye esencialmente la discusión y el acuerdo mayoritario, que son formas de aproximarse a la verdad moral.

Por contraposición a lo que llevamos dicho, se infiere que un individuo que llega a una conclusión moral en forma irreflexiva o aún mediante una reflexión aislada, sin confrontación mediante discusión con otros individuos con intereses y rasgos distintos que pueden verse afectados por esa conclusión, tiene pocos títulos para presumir que esa conclusión habría sido aceptada unánimemente por todos los afectados en condiciones ideales. Aunque no imposible es muy difícil que alguien dé el debido peso a los deseos y necesidades de todos los afectados por un curso de acción sin una previa confrontación con ellos. También la discusión con otros suele poner de manifiesto nuestras deficiencias en la información y en el razonamiento que conduce a cierta posición moral.

Esto significa que, a diferencia de lo que supusimos al comienzo, el presupuesto (ii) es parcialmente falso como hipótesis general y su falsedad hace relevante la existencia de un gobierno siempre que éste sea democrático: el hombre moral generalmente está en la situación de que si bien quiere actuar por razones morales, no está seguro acerca de cuáles son ellas. El proceso de discusión democrática, reflejado en las decisiones de las autoridades de ese origen, pueden orientar al hombre moral hacia los principios morales válidos, aunque esa orientación tiene diferentes grados de certeza y ésta nunca llega a ser plena, quedando la posibilidad de revisar las decisiones de las autoridades sobre la base de la reflexión acerca del consenso ideal. De aquí se sigue que, en muchos casos, este tipo de razón para obedecer a las autoridades de origen democrático es bastante débil y debe ser complementada con otras probablemente de índole consecuencialista. Pero, en contraposición, la razón que aquí se analiza y que está basada en un rasgo intrínseco del proceso democrático, da algún sustento a la obligación de acatar los resultados de ese proceso cuando los argumentos basados en sus consecuencias benéficas son inciertos o difusos.

¿Cómo incide este enfoque en la paradoja de la aparente imposibilidad de pasar de la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho, y la consiguiente irrelevancia del gobierno? Pareciera que la resuelve, ya que la aceptación de las decisiones democráticas no implica someterse a un imperativo o

una prescripción, sino dejarse guiar por una presunción epistémica. De esto resulta que la democracia parece ser la única forma de gobierno en la que éste es moralmente relevante. Pero aquí aparece otro foco de tensión que afecta al concepto de autonomía: la tensión entre el conocimiento moral y la elección moral. Como algunos autores han señalado ¹³, si se llega a ciertos principios morales válidos por vía de métodos epistémicos (como, en este caso, la discusión y el acuerdo) ¿qué espacio queda para la elección libre de principios morales? En otras palabras, si la moral es materia de conocimiento, parece que no puede serlo también de elección autónoma. Tal vez la salida de este nuevo dilema requiera revisar el concepto de autonomía moral. Esta estaría dada, no por la mera elección intuitiva y aislada de un principio moral sino por la decisión de participar en una discusión lo más amplia y reflexiva posible, tendiente a lograr un consenso unánime o su sucedáneo que es el acuerdo mayoritario, sin perjuicio de revisar ese resultado toda vez que se pueda mostrar que él está en discordancia con el consenso ideal. La adhesión irreflexiva y ajena a toda discusión de un principio moral no sería, entonces, el resultado de la autonomía moral, sino del fanatismo y la soberbia. La autonomía moral sería una facultad que se ejerce, en parte, conjuntamente con otros. Esto no excluye, sin embargo, que el individuo conserve la capacidad de juzgar por sí mismo en qué grado se satisfacen las condiciones para que la discusión moral sea genuina (o sea en qué grado se respetan los derechos básicos); si el juicio es negativo, el resultado del procedimiento no gozará de ninguna presunción de legitimidad y el hombre moral deberá desconocerlo. Pero, no dándose este caso, ese hombre moral ejerce su autonomía al participar de la discusión y del consenso unánime o mayoritario y ateniéndose a sus resultados, como expresión presunta de la verdad moral.

El hecho de que las decisiones democráticas gocen de una presunción de validez moral, explica por qué tenemos razones morales para cumplir con prescripciones que indican comportamientos que, en ausencia de esas prescripciones, no tendríamos, según nuestro juicio individual, razones para ejecutar o, incluso, tendríamos razones para no ejecutar. El origen democrático de una norma, nos proporciona razones para creer que hay razones para realizar el contenido de la norma. En proporcionarnos esas razones reside la superioridad moral de la democracia, ya que tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer.

Universidad de Buenos Aires.

13 Véase Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982.