

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

CAPÍTULO PRIMERO

UNA INDAGACIÓN SEMÁNTICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. JUICIO E IMPARCIALIDAD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *Imparcialidad y virtud: la vía aristotélica*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ *Ibidem*, 1134 a 2-6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Ley e imparcialidad: la vía kantiana

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵¹ *Ibidem*, p. 105.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

⁶² *Ibidem*, p. 69.

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

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

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

⁶³ Véase el capítulo segundo del presente estudio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁹ *Ibidem*, p. 145.

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

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

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

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

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

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

3. Características generales del concepto de imparcialidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. IMPARCIALIDAD Y JUSTICIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁸ Lombardi sostiene que la reciprocidad como criterio constitutivo de la justicia conmutativa es el correlativo de la autoridad como criterio constitutivo de la justicia distributiva (cfr. Lombardi Vallauri, L., *CORSO DI FILOSOFIA DEL DIRITTO*, Padua, CEDAM, 1981, pp. 216 y 217).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁴ *Instit.* 1, 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *La igualdad y la justicia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Diferencia y justicia

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ *Ibidem*, 1133 b 30-33.

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

acepciones del mérito según Aristóteles despiertan una cierta perplejidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. *El problema de la división*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²¹ A propósito, *cfr.* Viola, F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Turín, Giappichelli, 2000, pp. 1-13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. UNA PROPUESTA DE DEFINICIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Imparcialidad, intersubjetividad, universabilidad y generalidad*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Objetividad y desapasionamiento*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. LA IMPARCIALIDAD EN EL DEBATE JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *Imparcialidad como despersonalización*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Éticas imparciales y perspectiva contractualista*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ponde a la presuposición de la imparcialidad como principio normativo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 50.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 458 y ss.

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

3. Imparcialidad en la justificación y la argumentación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La imparcialidad como injusticia: la crítica del feminismo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³⁶ *Ibidem*, p. 375.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁴³ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵³ *Idem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

7. *La imparcialidad tras la virtud*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 19.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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