

La ética del gobierno

¿debe codificarse?¹

Frederick Schauer*

Resumen

Numerosos países, entre modernos y en desarrollo, han reconocido la necesidad de tratar el tema de las normas de ética gubernamental. Este contempla tales asuntos como el conflicto de intereses de los autores de políticas, el nepotismo, los sobornos y el mal uso de propiedad pública con fines privados. Al abordar tales temas de ética, los estados han reconocido la importancia de poder recurrir a normas que restrinjan la actuación de funcionarios que, de otra forma, pudiese llegar a ser cuestionada. Sin embargo, al elaborar estas normas, surgen varias interrogantes sobre la forma en que deben ser comunicadas, promulgadas e impuestas dichas restricciones éticas. El presente trabajo está enfocado en este segundo aspecto de la ética gubernamental. En él se sostiene que un enfoque fuertemente basado en reglas para funcionarios estatales produciría un mundo en el que dichos funcionarios actuarían más bien en favor del interés público, a pesar del posible impacto negativo en sus propios intereses, y en el cual el público comprenda, internalice y esté dispuesto a promulgar dichas normas de ética profesional.

■ Frederick Schauer, J. D. de la Universidad de Harvard, B.A. y M.B.A. de Dartmouth College, es actualmente Decano Académico y Frank Stanton Profesor de la Primera Enmienda de la John F. Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard. Entre sus publicaciones relacionadas con el tema de este artículo destacan el libro *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge University Press, 1982) y el artículo "Uncoupling Free Speech" publicado en el *Columbia Law Review*, en 1992.

¹ Frank Stanton Professor of the First Amendment and Academic Dean de la John F. Kennedy School of Government, Universidad de Harvard, Cambridge, Massachusetts 02138 USA. Este artículo es la versión escrita de la conferencia del 30 de octubre de 1995 en el Programa de Magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Agradezco a mis comentaristas, Enrique Correa y José Zalaquett, por sus valiosos aportes, a los profesores Patricio Meller y Eduardo Engel por coordinar mi visita, y a la Fundación Mellon por ayudar a financiar ésta y la versión escrita de la conferencia.

* FREDERICK SCHAUER, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge, Massachusetts 02138, Estados Unidos., Fax: (1) (617) 495 1996, E-mail: fred_schauer@harvard.edu

Una de las contribuciones del gran filósofo del derecho H.L.A. Hart es la distinción entre las normas primarias y secundarias². Según Hart, las normas primarias son aquellas que regulan el comportamiento de los ciudadanos, por ejemplo, las normas que fijan los límites de velocidad en las carreteras y las que prohíben la violación, el homicidio y la estafa. Las normas secundarias, en cambio, son normas respecto de otras normas, y pueden dividirse en tres subcategorías: aquellas que especifican cómo han de cambiar las normas primarias (normas de cambio); aquellas que especifican de qué manera deben resolverse las incertidumbres en la interpretación y aplicación de las normas primarias (normas de adjudicación), y aquellas que establecen cómo deben determinar los ciudadanos y autoridades cuáles normas primarias regulan legítimamente su accionar en el hecho (normas de reconocimiento). Para Hart un sistema legal maduro estaba marcado por la existencia de normas secundarias, así como por la vinculación de normas primarias y secundarias en algo que sea plausible llamar un sistema.

Creo que el tema de la ética gubernamental puede caracterizarse de manera similar. Naciones o sistemas políticos poco desarrollados se caracterizan por la presencia de funcionarios públicos que operan solamente de acuerdo a estándares análogos a las normas primarias de Hart. En ocasiones actúan solamente en beneficio de sus intereses personales, políticos o financieros, o solamente para maximizar su propio poder. Otras veces son menos interesados y actúan conforme a lo que ellos perciben como los mejores intereses del país o su propio electorado. Pero, ya sea que estos funcionarios gubernamentales de sistemas políticos poco desarrollados actúen en beneficio propio o ajeno, su accionar no se ve limitado por normas secundarias que regulen la forma en que ellos deben buscar la realización de sus metas principales.

En la mayoría de las democracias desarrolladas o en vías de desarrollo existen normas secundarias que definen y limitan las normas primarias que las autoridades aplican, y a menudo estas normas secundarias se denominan normas éticas. Cualquiera sea el contenido de las normas primarias, las normas éticas especifican las maneras legítimas en que aquéllas pueden cumplirse, y en ocasiones especifican las consecuencias negativas de su incumplimiento. Algunas veces, estas normas éticas tratan directamente con cuestiones de legitimidad democrática, y designaríamos como no éticas aquellas prácticas que, por ejemplo, no ponen suficiente atención a las preferencias del público o a la ley escrita, o a los resultados de una elección formal³. Otras veces las normas secundarias que llamamos normas éticas se refieren a las responsabilidades personales de los funcionarios públicos. A nuestro juicio, las normas que prohíben el cohecho, el nepotismo, los conflictos de intereses y la apropiación indebida de

² H.L.A. Hart, *El concepto de la ley* (Oxford: Clarendon Press, 1961).

³ Un tratamiento más completo de esta cuestión aparece en Dennis F. Thompson, *Ética política y cargos públicos* (Cambridge: Harvard University Press, 1987). Ver además la obra de Robert Dahl, en especial *Dilemas de la democracia pluralista* (New Haven: Yale University Press, 1962), y *Controlando las armas nucleares: democracia versus tutoría* (Syracuse, Nueva York: Syracuse University Press).

propiedad estatal se encuentran entre las normas éticas más típicas⁴. Además, suelen existir reglas no escritas que caen en la misma categoría, como las que se refieren a la probidad y la fidelidad a la palabra empeñada⁵. En todos estos casos, la cuestión no se relaciona tanto con lo que las autoridades deben hacer como con la forma en que deben hacerlo. Un concepto amplio de normas éticas, que incluiría todos los ejemplos especificados, lleva implícita la idea de que el actuar bien pero de mala manera sigue siendo malo⁶, y ésta es la razón por la que siempre establezco una conexión entre estas normas y las normas legales secundarias identificadas por Hart.

Una vez que hemos identificado las normas éticas como secundarias o de segundo orden⁷, deseo llevar esta distinción un paso más allá y referirme a las características secundarias de las normas secundarias⁸. Es decir, no hablaré aquí del contenido sustantivo de las normas éticas, no me referiré a si una sociedad determinada debería contar con tales o cuales normas respecto de conflictos de intereses, de la publicación de información financiera, del electorado relevante de los legisladores o de la mantención de la palabra empeñada. Quiero referirme a la forma antes que al contenido de las normas éticas, y al diseño institucional de su promulgación y aplicación obligatoria. Ya que se trata de cuestiones de segundo orden sobre normas de segundo orden, podríamos llamarlas cuestiones de tercer orden. Sin embargo, como resultará evidente, incluso estas cuestiones de tercer orden poseen en sí mismas una dimensión ética innegable.

I

Los debates actuales en filosofía moral, social y política suelen incluir la conocida distinción entre los enfoques consecuencialistas (o utilitaristas) y los no consecuencialistas⁹. Por supuesto que no es mi intención reabrir el debate sobre este punto, pero vale la pena hacer notar la

⁴ Thompson (*op. cit.* nota 3, pp. 97-99) se refiere a esta categoría de restricciones como "ética minimalista", en contraste con las consideraciones éticas que aluden a la gama completa de responsabilidades de quienes hacen las políticas.

⁵ Ver Graham Allison y Lance Liebman, "Mentir en el ejercicio de un cargo público", en Amy Gutmann y Dennis Thompson, eds, *Ética y Política* (Chicago: Nelson Hall, 1984), pp. 38-49.

⁶ Para una discusión más completa de este tema en el contexto de la ética profesional, ver Alan H. Goldman, *Las bases morales de la ética profesional* (Totowa, New Jersey: Rowman y Littlefield, 1980). Ver aspectos más generales en Alan Donagan, *La teoría de la moralidad* (Chicago: The University of Chicago Press, 1977).

⁷ Respecto de las normas como restricciones de segundo orden, ver especialmente la obra de Joseph Raz, sobre todo *La razón práctica y las normas* (Princeton: Princeton University Press, ed. rev., 1990) y *La autoridad de la ley: ensayos sobre legislación y moralidad* (Oxford: Clarendon Press, 1979).

⁸ Aunque no corresponde al programa de este trabajo, podríamos aplicar la estructura de Hart a las normas éticas de una manera más directa, imaginando que tenemos normas éticas primarias que limitan el accionar oficial y normas secundarias respecto de las primeras que fueran paralelas a los tipos de normas secundarias que observamos en un sistema legal maduro. Cuando las normas éticas primarias se unen a normas secundarias de cambio, adjudicación y reconocimiento, tenemos lo que podríamos llamar un sistema ético.

⁹ Hay una buena introducción al tema en J.J.C. Smart y Bernard Williams, *Utilitarismo: a favor y en contra* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973). Un enfoque consecuencialista podría buscar maximizar consecuencias distintas de la utilidad y en ese sentido el utilitarismo es un subconjunto del consecuencialismo. Para mayor familiaridad, sin embargo, me referiré principalmente a utilitarismo.

importante conexión que existe entre estos debates y el concepto de ética gubernamental. En un principio, resulta claro que, desde un punto de vista estrictamente utilitario, en los actos de la moralidad política la cuestión de la ética gubernamental ni siquiera se plantea. Para el utilitarista fáctico o utilitarista en los actos, toda oportunidad para actuar debe evaluarse de acuerdo al estándar que producirá el mayor incremento de la utilidad agregada¹⁰. Como el tipo de valores que son objeto de la ética gubernamental —probidad, evitar los conflictos de intereses y similares— no son intrínsecamente placenteros o dolorosos, el utilitarista fáctico consideraría cada oportunidad para ser honesto, o cada oportunidad para evitar o participar en un conflicto de intereses, solamente si esa oportunidad incrementa la utilidad total. Es cierto que el utilitarista fáctico refinado consideraría hasta qué punto ese acto haría más o menos probable que los actores tomen decisiones erróneas en el futuro. Con todo, el estándar de error seguiría siendo el estándar de maximización de la utilidad y no un estándar ético de veracidad, mantención de la palabra empeñada o prevención de conflictos de intereses¹¹. Para este utilitarista, la decisión ética es simplemente la decisión que maximiza la utilidad, y el reconocimiento de otros valores —aun si en ciertos casos estos valores determinan los resultados— inevitablemente se hará a expensas de la utilidad y, por lo tanto, con algún sacrificio ético. Para el utilitarista fáctico la ética se agota con la sustancia utilitaria, y así desaparece cualquier concepción de ética sustantiva gubernamental.

Sin embargo, el utilitarista normativo no ve las cosas tan claras¹². Aunque hay quienes se preguntan si el utilitarismo normativo es una postura coherente desde la perspectiva de un actor que a cada decisión establece al mismo tiempo las normas y decide si las va a seguir¹³, ésta no es la concepción de utilitarismo más útil ni la más plausible. El utilitarismo normativo comienza a tener sentido una vez que nos damos cuenta de que en la mayoría de las situaciones de la vida real los que hacen las normas no son los únicos que las siguen, que generalmente las normas surgen en una instancia en que dos (o más) partes actúan de hacedor de normas y seguidor de normas, y que en dichos casos¹⁴ resulta errado suponer que cada una de las distinciones imaginadas por quien hace las normas podrá ser puesta en práctica por quien las obedece.

Reconocer la distinción entre hacedor de normas y quien las obedece, y por tanto reconocer la posibilidad de que algunas personas pueden ser o no especialmente efectivos como calculadores utilitaristas, conduce a la versión más plausible del utilitarismo normativo¹⁵. Desde este

¹⁰ Importantes puntos de vista utilitaristas fácticos se incluyen en Michael D. Bayles, ed., *Utilitarismo contemporáneo* (Garden City, Nueva York: Doubleday, 1968).

¹¹ Una explicación benigna de un refinado utilitarismo fáctico se encuentra en la obra de Donald H. Regan, *El utilitarismo y la cooperación* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

¹² Los enfoques del utilitarismo normativo se discuten extensamente en Michael Bayles, *op.cit.*

¹³ Para obtener el más destacado ejemplo de dicho argumento, ver David Lyons, *Formas y límites del utilitarismo* (Oxford: Clarendon Press, 1965).

¹⁴ Pace Lyons y otros.

¹⁵ Ver, por ejemplo, R.M. Hare, *El pensamiento moral: sus niveles, métodos y objetivo* (Oxford: Clarendon Press, 1981).

punto de vista, los valores, disposiciones o normas de segundo orden pueden ser necesarios para maximizar la utilidad en el mundo subóptimo que habitamos. De este modo, mientras el utilitarista fáctico cree que mentir puede ser deseable si genera una mayor utilidad que decir la verdad, el utilitarista normativo sabe que las personas muchas veces sobrevaloran equivocadamente el beneficio de la mentira. Así, el utilitarista normativo podrá buscar imponer una norma cumplible contra la mentira, consciente de que ello producirá a veces resultados menos que óptimos, pero que aun así puede maximizar la utilidad del total de casos posibles, pues sin la norma habría más casos de mentiras equivocadas que los casos de verdades equivocadas que habría bajo el imperio de la misma (desde una perspectiva utilitaria)¹⁶.

Este enfoque explica una parte significativa de las normas que se agrupan bajo el rótulo de “ética gubernamental”. Si Lord Acton tenía razón al creer que la tentación de actuar en interés propio era mayor para aquellos con más poder¹⁷, entonces podemos aceptar que la clase de los funcionarios públicos puede ser una clase de individuos para quienes, bajo ciertas circunstancias, la probabilidad de un cálculo utilitario errado podría ser especialmente alta. Y si consideramos el conjunto típico de estándares de ética gubernamental, podemos explicarlos –o por lo menos el utilitarista normativo podría explicarlos– en términos de tratar de excluir aquellos factores para los cuales podemos predecir que los cálculos utilitaristas serían especialmente equívocos. Esto, claramente incluye aquellos casos en los que existe un interés propio involucrado, porque ese interés probablemente producirá una mayor distorsión en los cálculos. Puede haber ocasiones en las que aceptar un soborno, y lo que deba hacerse a cambio del soborno, aumenten el bienestar general. Pero no podemos esperar que el receptor putativo del soborno sea el más calificado para determinar si esto es así y en qué momento se da el caso. Además, una vez que definamos el interés personal en un sentido más amplio –para incluir el interés por hacer lo que se desee con la menor resistencia posible– entonces el interés personal puede expandirse a uno de tipo financiero, a sobornos, conflictos de intereses, actividades comerciales paralelas, nepotismo y así sucesivamente, lo que involucra factores tales como la honestidad y la mantención de la palabra empeñada.

Pero en todos estos casos las normas se dictan y se ejecutan precisamente para prevenir el cálculo caso por caso. Por lo tanto, desde una perspectiva utilitarista las normas pueden generar resultados menos que óptimos cuando se las compara con un cálculo utilitario no errado en un caso particular. Puede suceder, por ejemplo, que el cuñado de alguien sea efectivamente el mejor contratista para construir un edificio público, o que el marido de alguien sea el mejor empleado, pero las normas estándares contra el nepotismo impedirán su contratación. De hecho, podría pasar que

¹⁶ Ver por ejemplo, Larry Alexander, “Buscando el bien, indirectamente”, *Ética*, vol. 95 (1985), pp. 315-332; Richard B. Brandt, “Teorías de la ética desde la equidad a la optimización indirecta”, *Ética*, vol. 98 (1988), pp. 341-360.

¹⁷ “El poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente”, John E.E. Dalberg-Acton, carta al obispo Mandell Creighton, 5 de abril de 1867.

alguien que acepte un soborno use ese dinero para alimentar a los pobres o para otra causa noble, y que incluso el hecho de prohibir los sobornos produzca en algunos casos una pérdida neta en la utilidad. Pese a ello, mientras rechazamos que sea el potencial receptor de un soborno quien determine si aceptarlo maximizará la utilidad total, y mientras nos mostremos reticentes a permitir que un funcionario público con autoridad como contratante determine que su cuñado es el mejor contratista para un proyecto de obras públicas, el utilitarista normativo cree, con bastante justificación, que ciertas normas prohibitivas nos proporcionarán una mayor utilidad en el largo plazo.

Así, las normas que exigen la revelación de información financiera por parte de los formuladores de políticas son un ejemplo particularmente bueno de este enfoque, porque el hecho de exigir que se revele esa información —contrariamente a lo que sucede con las prohibiciones concretas o tipos especiales de comportamiento— solamente se justifica por razones instrumentales.

Al ver las cosas desde este punto de vista, la diferencia operativa entre el utilitarista normativo y el no utilitarista es relativamente pequeña. Por supuesto, los no utilitaristas no perciben lo equivocado de las cosas que normalmente se perciben como equivocadas en términos de su alejamiento de la utilidad total o promedio. Para el no utilitarista, mentir es simplemente incorrecto (aunque no necesariamente no anulable)¹⁸, y el acto de mentir no se vuelve menos equivocado si la mentira aumenta la utilidad¹⁹. Asimismo, lo incorrecto de aceptar sobornos o del nepotismo no reside en el hecho de que estas conductas lleven a que se tomen decisiones menos eficientes o de menor maximización de la utilidad de las que de otro modo se hubieran tomado. Para el no utilitarista lo errado reside en la injusticia del soborno y el nepotismo, que privan a las personas de una oportunidad para competir por la obtención de contratos gubernamentales o cargos en el gobierno. Como algunos códigos éticos gubernamentales protegen al delator, una defensa no utilitaria de esa protección podría basarse en las dimensiones no utilitarias y de autoexpresión de los conceptos de libertad de expresión y de opinión.

Por lo tanto, para efectos del debate acerca de la ética gubernamental, la distinción legal entre los enfoques utilitarista normativo y no utilitarista es de escasa importancia, porque desde ambos puntos de vista las normas éticas hacen inelegibles otras opciones de primer orden que sí son elegibles en relación con políticas públicas deseables. Pero la similitud

¹⁸ Es importante distinguir la fuente de un derecho, obligación, norma o factor, de la fuerza de ese derecho, obligación, norma o factor. Aunque Kant desarrolló una teoría de imperativos absolutos no utilitaristas, la relación entre ambos es contingente y no necesaria. Puede haber, y de hecho los hay, derechos, obligaciones, normas y factores no utilitaristas que pueden contrarrestarse ya sea por otros derechos, obligaciones, normas o factores, o simplemente por un monto especialmente grande de utilidad esperada. Ver Frederick Schauer, "Un comentario acerca de la estructura de los derechos", *Georgia Law Review*, Vol 27 (1994), pp. 415-434.

¹⁹ Ver Bernard Williams, *Moralidad: una introducción a la ética* (Cambridge: Cambridge University Press, 1972).

entre ambas perspectivas destaca lo que es importante: el hecho de que la ética gubernamental es mejor vista como una limitación de segundo orden a la consecución de políticas de primer orden. En este sentido, la ética gubernamental es análoga, en un sentido específico de su papel, a los derechos humanos. Al igual que éstos, sea que se los desarrolle por razones utilitaristas normativas o por razones no utilitaristas, imponen cartas de triunfo (como diría Ronald Dworkin)²⁰ o limitaciones laterales (para usar la terminología de Robert Nozick)²¹ a la maximización de la utilidad o el bienestar. En el ámbito de la ética gubernamental, tal como en el ámbito de los derechos humanos, hay cosas que no está permitido hacer, aun cuando el hecho de realizarlas incremente la utilidad total o promedio y contribuya al bienestar general.

II

Aunque la ética gubernamental puede asimilarse a la idea de los derechos humanos —puesto que ambos imponen limitaciones de segundo orden a la consecución de primer orden de una política sustantiva—, existe una importante diferencia. Por lo general, se considera que los derechos humanos son universalmente limitantes, aun cuando algunas limitaciones institucionales puedan restringir a su vez su exigencia. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe a los gobiernos, no a los individuos o las corporaciones, practicar la tortura; sin embargo, la tortura es siempre mala, aunque el torturador sea una empresa, una asociación o un individuo. Asimismo, la mayoría de los textos constitucionales prohíbe a los gobiernos restringir la libertad de expresión, pero en muchos países, y especialmente en Estados Unidos, el discurso de la libertad de expresión se refiere además a las actividades supuestamente censuradoras de las universidades —cuando disciplinan a estudiantes o miembros de sus facultades por sus actividades comunicacionales—, a radios o estaciones de televisión cuando se niegan a transmitir programas que algunas personas pudieran considerar ofensivos, y a las medidas tomadas por los distribuidores minoristas cuando se niegan a vender libros o grabaciones cuyo contenido político les resulta repugnante. En éste y muchos otros casos, vemos una concepción de los derechos humanos que es universal, una concepción de la violación de los derechos humanos que no distingue entre categorías de violadores y, por lo tanto, una concepción de derechos humanos aplicable a todos por igual.

Cuando pensamos en la ética gubernamental, sin embargo, las cosas se ven muy distintas. Por lo general, aunque no universalmente, aquí pensamos en las obligaciones de cierta clase de ciudadanos, sólo respecto de ciudadanos que son empleados del gobierno y muchas veces solamente dentro de ciertos segmentos del gobierno. Cuando los camareros o taxistas aceptan propinas por su buen servicio, pensamos que es parte de su trabajo. Cuando los jueces o policías hacen lo mismo, lo llamamos soborno y mandamos a prisión a quienes los dan o los reciben. Cuando los individuos

²⁰ Ronald Dworkin, *Tomar en serio los derechos* (Londres: Duckworth, 1977).

²¹ Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* (Nueva York: Basic Books, 1974), pp. 29–34.

son amables con sus amigos o parientes, tendemos a pensar lo mejor de ellos. Pero cuando los ministros de gobierno otorgan contratos gubernamentales a sus parientes lo llamamos nepotismo y los medios de prensa gozan revelando estas situaciones. Para varios casos centrales de ética gubernamental, por lo tanto, la obligación ética no es universal, sino que existe solamente en tanto se ocupa algún cargo en particular.

La cuestión de la ética gubernamental inevitablemente implica el importante concepto de “moral del rol”, el concepto de que existen obligaciones morales que no son de aplicación universal, sino que concierne exclusivamente a quien cumple alguna función y sólo en virtud de desempeñar ese cargo o ese papel²². La importancia de la “moral del rol” radica en la diferencia entre esta moralidad y lo que yo denomino moral universal (y David Luban “moral común”). En ocasiones, las obligaciones morales específicas de un papel determinado pueden requerir un comportamiento no exigible a los demás, como cuando los jueces deben rechazar los regalos que camareros o taxistas pueden aceptar. Asimismo, a veces la “moral de rol” puede permitir formas de comportamiento que por lo común están prohibidas, como cuando los abogados alegan autorización moral para realizar una conducta engañosa en interés del sistema penal acusatorio, y cuando los periodistas alegan autorización moral para mentir si se trata de obtener información para una noticia sobre un ilícito mayor.

Una vez que reconocemos que el gobernar es en sí una profesión²³, podemos considerar la posibilidad de que haya conductas prohibidas a los formuladores de políticas que no están prohibidas por la moralidad común —como el nepotismo—, así como un comportamiento exigible a estos formuladores de políticas que no lo sea por la moralidad común, como revelar amplia información financiera, aun frente a argumentaciones respecto de la privacidad que en sí mismas tienen una base moral. Sin embargo, al reconocer que la mayoría de las limitaciones importantes de segundo orden ligadas al comportamiento de los funcionarios públicos son específicas del cargo, también admitimos que poseen escaso contenido moral intrínseco, en oposición al contenido moral instrumental. Existen obligaciones morales específicas de un rol —las obligaciones de un padre de familia, por ejemplo—, pero la mayoría de las obligaciones morales son universales; la no universalidad de una obligación es una señal no concluyente de que nos encontramos en el mundo de lo instrumental y no de lo fundamental.

Utilizo deliberadamente el término “instrumental” para destacar el hecho de que las normas y obligaciones instrumentales tanto pueden ser parte de una estructura moral deontológica o no consecuencialista como de una estructura consecuencialista. Por ejemplo, aunque la tortura es inaceptable desde el punto de vista no consecuencialista, aún habrá normas y obligaciones que apliquen de manera instrumental un valor moral

²² Respecto de la idea de la moral de rol, ver especialmente David Luban, *Abogados y justicia* (Princeton: Princeton University Press, 1984).

²³ Ver Dennis Thompson, *La ética en el Congreso: de la corrupción individual a la corrupción institucional* (Washington D.C., Brookings, 1995).

primario y no consecuencialista, como las normas que establecen el castigo por el incumplimiento de ese valor moral, las que determinan qué instituciones harán cumplir dicho valor y las que podrían excusar a los incumplidores bajo ciertas condiciones. Todas estas reglas son instrumentales, y su valor depende exclusivamente de qué tan bien (una pregunta empírica, no moral) sirven a dicho valor moral primario.

Lo mismo es válido para las normas de comportamiento oficial de segundo orden a las que me refiero como normas éticas. Pero éstas —que en su mayor parte limitan a los funcionarios públicos y no a toda la población— son igualmente muy instrumentales, puesto que su valor es una función de hasta qué punto promueven (una cuestión empírica) valores de primer orden, sean tales valores de primer orden consecuencialistas o no. También nuestra indagación acerca de las características deseables de dichas normas éticas de segundo orden puede proceder de una manera derechamente instrumental, y proceder de ese modo no nos compromete en ningún sentido con la veracidad o falsedad de estructuras morales consecuencialistas o no consecuencialistas de envergadura.

III

Existen muchas vías para indagar acerca de las características deseables de las normas éticas de segundo orden. Una línea de investigación podría centrarse en la naturaleza de la ejecución de dichas normas, evaluando los méritos relativos de fiscales independientes o agencias especiales de ejecución que se ocupasen exclusivamente de la corrupción política, en comparación con la ejecución de la norma a través de las herramientas e instituciones ordinarias del derecho penal. Otra línea podría centrarse en las penalidades; aquí podrían alegar algunos que la caída en desgracia de un funcionario encontrado culpable de una violación ética es una penalidad sustancial en sí misma, a tal punto que el monto de una multa o una condena de reclusión sería menor que el que se impone a un ciudadano particular hallado culpable de una ofensa similar. Otros podrían oponerse a esta argumentación aduciendo que las obligaciones y los privilegios especiales del funcionario público implican también responsabilidades especiales, y que los funcionarios públicos tienen un "rol modelo", simbólico, de cara al país. En vista de ello, algunos alegan que las penas para funcionarios públicos encontrados culpables de cometer ofensas éticas no deberían ser menores que las impuestas a ciudadanos privados culpables de ofensas similares, sino mayores. Otra línea más de indagación podría examinar la fuente de normas éticas concretas, buscando las ventajas relativas de unas normas establecidas por comisiones independientes, paneles de expertos (lo que conlleva la importante pregunta de cómo se manifiesta la experiencia en estas materias) o por un parlamento en legislatura ordinaria.

Aunque todas estas líneas de investigación —y otras— son importantes e interesantes, aquí me concentraré en una sola: la estructura y el carácter de las normas éticas que acotan el comportamiento de los funcionarios públicos. Quiero examinar especialmente el estilo de las

normas que podrían utilizarse para enunciar estándares éticos y que después proporcionarían las bases para su ejecución²⁴.

Cuando me refiero al estilo de las normas, aludo principalmente a la cuestión de la codificación y, en especial, al grado de codificación que sería más apropiado. Así pues, comenzaré dando un vistazo a un ejemplo mundano, extraño al ámbito de la ética gubernamental: la fijación de límites de velocidad para caminos y carreteras. Presumiblemente establecemos estos límites de velocidad en interés de la seguridad, y para minimizar el número de accidentes de tráfico²⁵. De acuerdo con el enfoque estándar, determinamos el límite de velocidad apropiado para minimizar u optimizar el número de accidentes, y luego lo fijamos. Digamos que establecemos el límite de velocidad para un cierto tramo de la carretera en 100 kilómetros por hora. Al hacerlo, sin embargo, hacemos surgir dos fenómenos: la subinclusión y la sobreinclusión. La *subinclusión* se produce cuando una norma no prohíbe una actividad que idealmente estaría prohibida por las justificaciones o racionales que subyacen a la misma norma. Así, cuando fijamos el límite de velocidad en 100 km/h podremos estar subrestringiendo ciertos actos de conducción bajo esa velocidad. Bajo malas condiciones de conducción, por ejemplo, o en el caso de conductores poco hábiles, 100 km/h podría ser demasiada velocidad, pero la rigidez de la norma limita el grado de adaptabilidad a estas circunstancias. Tenemos un caso de subinclusión cuando una norma no prohíbe comportamientos que sí prohibiría una aplicación directa de los fundamentos de contexto que justifican dicha norma (seguridad en el tránsito).

Por el contrario, se produce *sobreinclusión* cuando una norma rígida prohíbe actividades en circunstancias bajo las cuales una aplicación directa de los fundamentos que subyacen a la norma no las prohibiría. Aunque el límite de velocidad de 100 km/h puede ser óptimo en relación con el conjunto total de las condiciones del camino, del tráfico y de todos los conductores, por la misma razón no producirá los mejores efectos en cada individuo. En el caso de un conductor experimentado y particularmente cuidadoso, que conduzca de día claro con poco tráfico, el límite establecido puede resultar demasiado bajo; hay sobreinclusión, pues se prohíbe un comportamiento que una restricción más individualizada no prohibiría.

²⁴ Para mis propios comentarios más generales acerca de la naturaleza de las normas, ver Frederick Schauer, *Jugando de acuerdo a las normas: examen de la toma de decisiones de base normativa en la ley y la vida* (Oxford: Clarendon Press, 1991).

²⁵ Es muy posible que el número óptimo de accidentes de tránsito sea superior a cero. Como existe una ejecución imperfecta de cualquier norma, sin importar el método de ejecución, y dado que existe un conocimiento imperfecto de los contenidos de cualquier norma, cualquiera inducirá en algunos de sus destinatarios, especialmente entre los menos dados al riesgo, un alto grado de cautela. En muchos casos este exceso de cautela existirá a expensas de alguna conducta beneficiosa. En el caso de los límites de velocidad, por ejemplo, altas penas por la violación de la norma –combinadas con la incertidumbre acerca de los contenidos de la prohibición– llevarían a que algunos, o muchos conductores, conduzcan demasiado lento. Cuando esto sucede, una valiosa actividad económica o de otro tipo se llevará a cabo con menos frecuencia o no tan rápido como sería ideal y la máxima eficiencia, en términos generales, sólo podrá alcanzarse si se ignora el cumplimiento del límite de velocidad. Pero entonces podemos encontrar que la eficiencia se maximiza a través de la aceptación de algunos hechos dañinos, como por ejemplo accidentes de tránsito.

Existe una solución obvia al doble problema de subinclusión y sobreinclusión, pero tiene su precio. Supongamos que eliminamos el límite de 100 km/h y lo sustituimos por la aplicación directa de los fundamentos utilizados para definir la norma. En lugar de un límite de velocidad planteado en términos específicos, podríamos tener algo como “conduzca con cuidado” o “conduzca a una velocidad razonable” o “conducir a velocidad excesiva para las condiciones del camino es ilegal”. Si las prohibiciones se plantean en estos términos, la mayor parte de los problemas de subinclusión y sobreinclusión desaparecería. Las condiciones desfavorables de conducción producirían una conclusión de manejo descuidado o no razonable, o de velocidad excesiva, incluso a velocidades que no serían ni descuidadas ni excesivas en mejores condiciones. Asimismo, condiciones especialmente favorables de conducción podrían producir la legalidad al conducir a velocidades consideradas excesivas bajo condiciones normales o menos favorables. Si la prohibición se enmarca en estándares lo suficientemente flexibles como para tomar en cuenta variables contextuales, reduciríamos o eliminaríamos los problemas de subinclusión y sobreinclusión²⁶.

Sin embargo, este beneficio no es gratuito. Como conductor, yo sé si estoy conduciendo a más o menos de 100 kilómetros por hora, pero estaría mucho menos confiado en mi juicio de que estoy conduciendo de manera segura, razonable o no, a una velocidad excesiva, y aún menos confiado de estar conduciendo del modo que un ejecutor o intérprete desconocido para mí estime cuidadoso o razonable a una velocidad excesiva. Por lo tanto, el reemplazo de una norma menos precisa por una más precisa efectivamente reduce la subinclusión y sobreinclusión de una norma, porque la norma menos precisa posee una flexibilidad que permitirá a algún intérprete o ejecutor definir a la medida la aplicación al contexto, y de esa manera minimizar las ocasiones de subinclusión y sobreinclusión. Al eliminar tales errores, sin embargo, la estrategia de la norma menos precisa incrementa la discrecionalidad del ejecutor (en el límite de velocidad, por ejemplo, por lo general este ejecutor sería el oficial de policía, y el magistrado o juez en el siguiente nivel). Además, aumenta la incertidumbre del destinatario de la norma, haciéndole más difícil planificar su comportamiento y posiblemente provocando un patrón de comportamiento socialmente inferior al nivel óptimo.

²⁶ Parte de los autores de la filosofía legal, de leyes y economía hacen una distinción entre normas y estándares, según la cual las normas son restrictivas y precisas –como un límite de velocidad de 100 km/h– y los estándares, amplios y vagos, como la indicación de conducir razonablemente. Ver Larry Alexander y Emily Sherwin, “La naturaleza engañosa de las normas”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142 (1994), pp. 1191-1225; Jason Scott Johnston, “Negociación bajo normas versus estándares”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 11 (1995), pp. 256-81; Louis Kaplow, “Normas versus estándares: un análisis económico”, *Duke Law Journal*, vol. 42 (1992), pp. 557-603; Duncan Kennedy, “Forma y contenido en la adjudicación en el derecho privado”, *Harvard Law Review*, vol. 89 (1976), pp. 1685-1778; Kathleen M. Sullivan, “Las justicias de las normas y estándares”, *Harvard Law Review*, vol. 106 (1992), pp. 22-81. Evite esta terminología porque sugiere una distinción nítida y bipolar entre normas y estándares en lugar de la distinción escalada que de hecho existe, con un grado de precisión que distingue entre las prescripciones que imponen una leve limitación a quienes toman las decisiones, y aquellas que restringen a quien toma la decisión a un pequeño número de factores fácilmente identificables y aplicables.

Apliquemos ahora este conjunto de consideraciones al diseño de normas éticas. Supongamos que hemos decidido prohibir el nepotismo, los conflictos de intereses financieros, el abuso de un subordinado, el uso de fondos públicos para fines privados, el uso de propiedades e instalaciones del gobierno para fines privados y otros, diseñando todas estas normas para asegurar que los funcionarios públicos se dediquen por entero al bien público.

Con este objetivo en mente, una posibilidad sería una norma mínimamente precisa, por ejemplo una que indique que "cualquier funcionario gubernamental que utilice su cargo público para un fin distinto del bien público será culpable de una violación ética y castigado a través del debido proceso legal, de acuerdo con la severidad de la ofensa". Otra posibilidad sería un conjunto de normas ligeramente más precisas, organizadas alrededor de tópicos pero aún bastante abiertas: por ejemplo, que prohíban "conflictos de intereses públicos financieros entre el bien público y el interés privado", y "contratos y convenios con personas tan cercanamente vinculadas al funcionario público como para crear en los hechos o en las apariencias una injusticia en el otorgamiento de contratos de empleo". Las recientes propuestas de normas éticas para la Asamblea Nacional Sudafricana son un buen ejemplo, ya que la parte introductoria establece: "Para lograr un orden político verdaderamente abierto, transparente y responsable en Sudáfrica (...) resulta esencial que los líderes electos mantengan los más altos estándares de probidad, de tal manera de asegurar que su integridad y la de las instituciones políticas en las cuales sirvan estén más allá de cualquier reproche"; y la segunda sección dice: "...ninguna persona regida por este código debe situarse en una posición que entre en conflicto con sus responsabilidades como representante público en el Parlamento, ni podrá tampoco sacar partido, beneficiarse o tomar ventaja del cargo de miembro"²⁷. Las proposiciones agregan algo de especificidad, pero para efectos del tema que tratamos es útil considerar la posibilidad de que estas dos secciones existan independientemente y, por lo tanto, que puedan parecerse a las prescripciones hipotéticas que acabo de mencionar.

Si contáramos con normas éticas de esta amplia y abierta variedad, la posibilidad de subinclusión o sobreinclusión se vería casi eliminada. Como las normas mismas son tan imprecisas y, por lo tanto, tan flexibles, no existe razón para suponer que la autoridad ejecutora inicial o un tribunal ejecutaría la norma sin que se produjera algún mal que sacrificara o comprometiera de alguna manera el bien público. Por lo tanto, puesto que la idea de dichas normas era prohibir todas y solamente aquellas conductas oficiales que comprometieran o sacrificaran el bien público, serían suficientemente flexibles como para que no hubiera razón para esperar que se cometieran errores de subinclusión y sobreinclusión.

²⁷ Informe del comité de normas de la Asamblea Nacional y el Senado respecto del Código de Conducta en Relación con Intereses Financieros, República de Sudáfrica, [C] de 1996.

En el contexto de las normas éticas, este tipo de normas importarían una ventaja que no resulta tan evidente en otros contextos. Si los funcionarios públicos se rigieran por ellas, les correspondería meditar con seriedad si acaso sus actuaciones sirven o no al interés público, o si fueron o parecieron injustas. Precisamente porque tales estándares no son aplicables a uno mismo, sus destinatarios tendrían que llevar a cabo un proceso regular y complicado de introspección respecto de la corrección de su conducta. Sin la heurística que proporcionan las normas claras y precisas, los funcionarios públicos tendrían que recurrir a un severo autoanálisis, y es razonable suponer que a raíz de ello se convertirían en personas éticamente sensibles. Una norma formulada de manera directa en términos del contexto valórico forzaría al destinatario a reflexionar acerca de la naturaleza misma del bien público (“servir el bien público” o “prevenir la injusticia en la contratación y empleo”), una reflexión que posiblemente produciría una sensibilidad y conciencia mayores acerca de la idea de bien público y de equidad, y acerca de las dimensiones de su aplicación. Se puede aducir que esta mayor sensibilidad y conciencia con el tiempo haría surgir un grupo de funcionarios públicos que han interiorizado en forma adecuada los valores de su vocación y, como resultado, no sólo serían mejores autoridades públicas, sino quizás simplemente mejores personas.²⁸ El argumento, por lo tanto, es que normas restringidas y precisas, que casi por definición requieren menos meditación de sus destinatarios, son menos efectivas desde un punto de vista causal para producir lo que podríamos llamar una actitud o una *disposición ética*: que las regulaciones amplias y abiertas, que exigen a sus destinatarios y ejecutores realizar la mayor parte del trabajo moral en el punto de aplicación.²⁹

Este argumento causal podría probarse empíricamente. Imaginemos un experimento natural o controlado en el que localizamos o creamos una cohorte de destinatarios de un código ético abierto y una cohorte similar de destinatarios de un código ético fuertemente normativo. Luego, bajo condiciones similares de sanción esperada, tratamos de determinar cuál grupo comete el mayor número de violaciones éticas. A falta de una investigación empírica en esta materia, debemos depender de la especulación empírica, y es razonable esperar que los destinatarios de normas éticas tendrán más probabilidad de desarrollar una disposición

²⁸ Para la aplicación de este argumento a códigos éticos que limitan el comportamiento de los abogados, ver Heidi Li Feldman, “Códigos y virtudes: ¿pueden los buenos abogados ser buenos en deliberaciones éticas?”, *Southern California Law Review*, vol. 69 (1996), pp. 885-932.

²⁹ Puede haber buenos argumentos utilitaristas para interiorizar o inculcar una disposición de cierto tipo, incluyendo la disposición a no considerar ciertos tipos de utilidad, sino tomar en cuenta otros tipos de factores. El *Locus classicus* es el capítulo 5 de la obra de John Stuart Mill *Utilitarismo* (1863), que analiza el concepto de justicia en estos términos. Tratamientos más modernos del tema incluyen la obra de Robert Merihew Adams, “Utilitarismo de los motivos”, *Journal of Philosophy*, vol. 73 (1976), pp. 467-81; Phillip Pettit y Geoffrey Brennan, “Consecuencialismo restrictivo”, *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 64 (1986), pp. 438-55. En el contexto de los funcionarios públicos, podemos imaginar que producir una cohorte de funcionarios públicos que no consideran cuestiones de utilidad en la determinación de si es necesario decir la verdad o dar empleo a sus parientes, por ejemplo, sería la mejor estrategia para maximizar la utilidad.

ética³⁰ si las normas les imponen responsabilidades deliberativas, lo que no sucede con los imperativos éticos, que requieren una obediencia mecánica y no una deliberación seria.

Sin embargo, no sería sorprendente que la hipótesis alternativa resultara verdadera. Existen buenas razones para creer que un código de normas concretas generaría una conciencia ética interiorizada y autoimpuesta con mayor certeza que el mandato abierto. En primer lugar, no está claro que el destinatario no dispuesto hacia una actitud ética vaya a ser impulsado por una norma abierta a desarrollar una. El argumento para que ello ocurra se basa en la forma en que dicha prescripción abierta *exigiría* a un destinatario realizar la conducta ética, pero es muy posible que éste no perciba en absoluto la necesidad de llevar a cabo ese tipo de conducta. Al igual que con el utilitarista fáctico, es improbable que el destinatario de una norma apoyada solamente en términos de un bien público comprenda la existencia o la importancia de las restricciones de segundo orden en sus propios juicios de primer orden, especialmente cuando se lo sitúa en un papel en el que debe crear y además ejecutar los juicios de segundo orden respecto de sí mismo. En tales circunstancias, los juicios éticos de segundo orden del funcionario pueden resultar demasiado vulnerables frente a la política de primer orden o juicios políticos de dicho funcionario, y la dimensión ética desaparecerá del todo.

Además, no es necesariamente cierto que la forma deductiva de aprendizaje o interiorización de la ética sea superior al modo inductivo. El cuadro en discusión presupone que el aprendizaje ético se lleva a cabo de la mejor manera cuando el aprendiz medita acerca de las razones que fundamentan el imperativo ético y luego aplica esas razones a las situaciones particulares que se presentan. A falta de un término mejor, pensemos que esto es aprendizaje deductivo, ya que las abstracciones y la deliberación anteceden al proceso de aplicación. Bajo un modelo inductivo de aprendizaje ético, sin embargo, primero hallamos la aplicación poco reflexiva de estándares éticos y, tras un período de aplicación obligatoria y, admitámoslo, no deliberativa, el destinatario puede generalizar de modo inductivo a partir de aplicaciones pasadas y aplicar estas generalizaciones a nuevos problemas. En algún punto, el destinatario es capaz de decir, utilizando la frase de Wittgenstein, “¡ahora puedo continuar!”³¹. Consideremos, por ejemplo, cómo podríamos enseñar a un niño a escribir notas de agradecimiento tras recibir un regalo³². Una posibilidad —la posibilidad deductiva— es que antes le enseñemos las normas morales básicas que subyacen a tal exigencia: tratar a los demás de la manera que

³⁰ Existen conexiones entre lo que yo llamo una actitud o disposición ética y lo que el filósofo Kurt Baier llama “el punto de vista moral”. Baier, *El punto de vista moral: una base racional para la ética* (Ithaca, Nueva York: Cornell University Press, 1958).

³¹ Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* (Oxford: Basil Blackwell, 1958), p. 154. Para leer un importante comentario acerca de las ideas de Wittgenstein acerca del entrenamiento, la enseñanza y la explicación, ver G.P. Baker y P.M.S. Hacker, *Wittgenstein: Comprensión y significado. Un comentario analítico sobre las Investigaciones filosóficas*, vol. 1 (Oxford: Basil Blackwell, 1960), pp. 70-75.

³² Mis agradecimientos al profesor Alan Wertheimer de la Universidad de Vermont por sugerir el ejemplo.

nos gustaría ser tratados, por ejemplo. Después le damos a conocer normas un poco menos generales, explicándole de qué modo reglas más específicas respecto del acuse de recibo y la devolución de las gentilezas sociales provienen de normas morales más básicas. Y, finalmente, nos sentaríamos satisfechos a esperar que fluyeran las notas de agradecimiento.

Sin embargo, hay que considerar una alternativa, la que de hecho adopta la mayoría de los padres. En la primera instancia, simplemente se obliga al niño a escribir notas de agradecimiento, posiblemente junto con darle explicaciones sobre el hecho de que las reglas de etiqueta lo exigen. Tras un período de práctica mecánica y no deliberativa, el niño interioriza la práctica, no piensa tanto en ella como una obligación impuesta sino como algo que simplemente hay que hacer, y puede seguir prácticas similares en diferentes contextos. Al comenzar con la conducta y no con las razones que la justifican, señalan muchos padres y profesores, la práctica se aprende de una manera más profunda.

Cuál de estos métodos funcionará mejor para las notas de agradecimiento es una pregunta abierta, como lo es la pregunta respecto del aprendizaje de los funcionarios públicos. Sin embargo, la plausibilidad, si no la demostrable superioridad, de lo que he llamado el enfoque inductivo sugiere un argumento adicional para el uso de normas moderadamente precisas en la promulgación de exigencias éticas. Este argumento (d) se suma a los otros que favorecen las normas precisas: a) el argumento que parte de la limitación de la discreción de ejecutores e intérpretes potencialmente influenciados, políticamente motivados o simplemente confundidos, b) el de las virtudes de decirle a las personas lo más clara posible y por adelantado lo que pueden y no pueden hacer, y c) el argumento de que normas precisas producen una comprensión compartida de lo que está prohibido y permitido, en lugar de dejar el asunto en manos de determinaciones individuales más variables (sean de los funcionarios, los reguladores o los otros funcionarios que ejecutan las normas).

El peso colectivo de estos argumentos le ha parecido suficiente a muchos gobiernos (y me lo parece a mí) como para contrapesar los costos de un enfoque normativo de la promulgación de normas éticas. Un enfoque basado en normas indudablemente implica algunos costos, y el principal de ellos es el costo de la subinclusión y la sobreinclusión que hemos visto. Normas más precisas producirán a veces resultados innegablemente menos que óptimos. Una norma fuerte contra el nepotismo, por ejemplo, no sólo prevendrá la designación de personas altamente capacitadas que por coincidencia son parientes de funcionarios designados o que están a cargo de la designación, sino que también impedirá en ocasiones el nombramiento de una persona que efectivamente puede estar mejor calificada para el trabajo. Además de esta posibilidad de sobreinclusión, la misma norma puede ser subinclusiva al no prohibir la designación de amigos cercanos o parientes lejanos, personas cuya contratación no está prohibida por la norma pero que de hecho son contratadas debido a esta relación, y que además no son las mejor calificadas para el cargo. Sin embargo, pese a estos riesgos, la experiencia en la mayoría de los países con limitaciones éticas poco estructuradas para sus funcionarios públicos es que

están dispuestos a aceptar los costos de la subinclusión y sobreinclusión para evitar los costos aún mayores de una guía insuficiente para aquellos cuyo comportamiento debe controlarse, y de una insuficiente restricción a la discrecionalidad de los ejecutores, intérpretes y adjudicadores, los cuales —especial en un entorno políticamente cargado— utilizan la existencia de normas éticas menos específicas como pretexto para castigar a sus oponentes políticos y ser condescendiente con las fallas éticas de sus aliados.

V

Todo lo anterior, parte de la base de que las fallas éticas serían tratadas como violaciones a la *ley*; pero acerca de este supuesto hay que decir algo más. Es especialmente útil considerar la posibilidad de que tratar la ética del formulador de políticas como una materia de ley tenga en sí mismo costos y beneficios independientes de los costos y beneficios de enmarcar las leyes de una u otra forma.

En la medida que los estándares éticos para los funcionarios públicos se consagran en la ley formal, su violación se vuelve doblemente negativa, pues se trata de la violación de la ley además de la violación de las responsabilidades éticas de quien hace las políticas. Una obligación interiorizada y ejecutada de obedecer la ley en tanto ley³³ y, por lo tanto, de asignar obligaciones éticas a estas obligaciones independientes de la ley, probablemente establecerá con firmeza la obligatoriedad de las restricciones éticas.

Sin embargo, el status de la ley en tanto tal en relación con los imperativos éticos subyacentes que ella impondría es un tema paralelo a la discusión anterior sobre la subinclusión y sobreinclusión de normas particulares. La ley misma podría concebirse en esos términos, y podemos ver con claridad que la ley podría ser tanto subinclusiva como sobreinclusiva respecto de la gama de valores en los que pensamos en el contexto de la ética del formulador de políticas. Ello comporta un riesgo: que, dada la relevancia política, moral y social de la ley, autoridades y público entiendan que la legalización contiene toda la moral y la ética. Con demasiada frecuencia, especialmente en Estados Unidos, el hecho de que una conducta oficial no viole la ley se considera una señal de que esa conducta es deseable, apropiada o ética en el sentido amplio del término. “No he violado ninguna ley” es una defensa por desgracia demasiado recurrente ante un cargo de mal comportamiento. Mientras más dominante sea la ley en un sistema

³³ Es un punto controvertido el de si existe una obligación, ya que es plausible suponer que los funcionarios (y ciudadanos) deberían simplemente hacer lo moralmente correcto, y no supeditar su mejor juicio moral a los juicios morales erróneos de otros. Ver A. John Simmons, *Principios morales y obligaciones políticas* (Princeton: Princeton University Press, 1979); M.B.E. Smith, “¿Existe una obligación prima facie de obedecer la ley?”, *Yale Law Journal*, vol 82 (1973), pp. 950-76. Pero existe una distinguida tradición que se remonta a los argumentos de Sócrates en el *Critón*: allí afirma que existe tal obligación, y de hecho puede ser importante para el público enseñarla y conocerla aun si, desde el punto de vista del destinatario de la obligación, ésta no exista. No resulta sorprendente, porque aun si los agentes pueden tener interés en seguir su propio juicio moral, la sociedad puede tener un interés igualmente fuerte en dar a las personas razones prudentes para no confiar en su propio, y a su juicio equivocado, juicio moral.

político —y hay pocos sistemas políticos, si los hay, en que la ley sea tan dominante como en Estados Unidos—, más se entenderá que la ley permite y legitima aquello que no prohíbe y, por ende, crecerá ese fenómeno por el cual los funcionarios que se han comportado de manera reprochable reclaman su liberación de toda culpa o sospecha o alegan inocencia porque su comportamiento no violó ninguna ley formal. Así, pues, un riesgo de la legalización es que su necesaria subinclusión tendrá consecuencias morales indeseables en términos de la interiorización oficial de los valores éticos contextuales y la disposición ética que he mencionado. Mediante la legalización, los valores éticos se subsumirán a una posible disposición a obedecer la ley, y es menos probable que emerjan como una disposición independiente por derecho propio.

Además, la legalización puede ser sobreinclusiva de la misma manera que las normas particulares son sobreinclusivas. Puede provocar la prohibición de comportamientos que no son malos en concreto. Sin embargo, es probable sean pocas las sociedades dispuestas a castigar con dureza a sus funcionarios que técnicamente hayan violado la ley en servicio de lo que el público consideró *a posteriori* como la conducta adecuada al caso. Y aun cuando la sociedad y sus ejecutores formales sean reticentes a castigar a aquellos funcionarios, puede darse el caso de que la mayoría de las sociedades castigue con mayor severidad a aquellos que violan la ley en servicio de lo que el público considera *a posteriori* como malas políticas en lugar de a aquellos que no violan la ley pero sirven a políticas perversas. Si es así, y si los funcionarios no están seguros de antemano sobre lo que se considerará una buena o una mala política, un funcionario racional será más cauto cuando la buena política exija un comportamiento contrario a la ley que cuando no lo haga.

De hecho, el mismo fenómeno existe respecto de la opinión pública como ejecutora de normas éticas. En la medida que pueda operar con (o en lugar de) la ley en la ejecución de normas éticas, esa opinión pública será más crítica hacia aquellos cuyos errores de política violan valores morales que hacia aquellos cuyos errores de política no se consideren poco éticos. Es así, aunque la opinión pública no castigue a quienes se hallen involucrados en una conducta éticamente reprochable en servicio de lo que la misma opinión pública considera políticas sabias. Para el funcionario que opere *a priori*, la opinión pública será todavía menos predecible que las sanciones legales. En consecuencia, un funcionario neutral o con aversión al riesgo que perciba que algunas políticas serán peor recibidas por el público de lo que él creía tendrá mejores razones para evitar una conducta reprochable que si cree que la conducta éticamente cuestionable que produce una mala política será castigada con mayor severidad por la opinión pública que aquella conducta moralmente correcta que resulta de una mala política, aun si la conducta éticamente cuestionable que produce una buena política no sea castigada en absoluto.

Sin embargo, el papel de la opinión pública sugiere que consagrar las normas éticas en la ley no es la única manera en que esas normas pueden hacerse valer. No sólo pueden ejecutarse mediante la opinión pública, sino que pueden ser objeto de estudio para los formuladores de

políticas, del mismo modo que la enseñanza de la ética es una exigencia en estudios como el Magíster en Políticas Públicas de mi propia institución, la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard. Aunque esta educación puede ser vital en la asimilación de la disposición ética, volvemos al tema central de los valores éticos como restricciones de segundo orden a la aplicación de políticas de primer orden. Como ésta es la característica más importante de las consideraciones que llamamos éticas, inevitablemente se generarán instancias de presión —en la opinión pública y en el proceso educacional— contra la aceptación de dichas restricciones de segundo orden si aquélla frustra decisiones deseables de primer orden. Mientras sea éste el caso, *fijar firmemente* las normas éticas a través de la ley resulta importantísimo. Esta fijación no es tan necesaria cuando las normas ejecutadas, en el curso normal de su aplicación, reflejan los supuestos básicos de los miembros de la sociedad. Cuando las normas son restricciones de segundo orden, sin embargo, es poco probable que ello suceda.

VI

La cuestión de la responsabilidad ética de quienes hacen la ley posee, por cierto, implicaciones morales. Sin embargo, las consideraciones morales no agotan las áreas de interés respecto de dichas responsabilidades: la ejecución de sus requerimientos es también un problema de diseño institucional. Aunque me he concentrado en la cuestión de las normas y la legalización, y la consiguiente subinclusión y sobreinclusión de cada una, al hablar de materias de diseño institucional existen otros aspectos que se deben considerar. Con todo, una vez que hayamos analizado la dimensión relativa al diseño institucional de la ética de los formuladores de políticas estaremos en buena posición para entender, no sólo por qué esas responsabilidades existen, sino cómo hacerlas más efectivas.
