Teorías contemporáneas de la justicia

INTRODUCCIÓN Y NOTAS CRÍTICAS

RODOLFO VÁZQUEZ

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Cinco enfoques teóricos sobre la justicia (2019), *Teorías contemporáneas de la justicia* (2019, 2024) y *No echar de menos a Dios* (2021). Ha editado y compilado numerosas obras, entre las que cabe mencionar: *Derecho y moral* (1998), *Bioética y derecho* (1999, 2012), *Tolerancia y pluralismo* (2005), *Laicidad* (2007), *¿Qué hacer con las drogas?* (2010), *Normas, razones y derechos* (2011) y *Estado de derecho, democracia y educación ciudadana* (2018).

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA

Introducción y notas críticas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 1025

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Rogelio Flores Pantoja
Coordinación editorial

Tania Mariel Farfán García
José Isidro Saucedo González
Cuidado de la edición

Miguel López Ruiz
Apoyo editorial

Estephanía Martínez Pineda
José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Diseño y elaboración de portada

RODOLFO VÁZQUEZ

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA

Introducción y notas críticas

Segunda edición
corregida y aumentada

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
México, 2024

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información

Nombres: Vázquez, Rodolfo, autor.

Título: Teorías contemporáneas de la justicia : introducción y notas críticas / Rodolfo Vázquez.

Descripción: Segunda edición corregida y aumentada. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2024. | Serie: Serie Doctrina jurídica ; núm. 1025.

Identificadores: LIBRUNAM 2238587 (impreso) | LIBRUNAM 2238619 (libro electrónico) | ISBN 9786073091701 (UNAM) (impreso) | ISBN 9786078908127 (IECEQ) (impreso) | ISBN 9786073091718 (UNAM) (libro electrónico) | ISBN 9786078908134 (IECEQ) (libro electrónico).

Temas: Justicia.

Clasificación: LCC JC578.V39 2024 (impreso) | LCC JC578 (libro electrónico) | DDC 320.011—dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

ITAM

Primera edición: mayo de 2019
Segunda edición (primera edición en coedición): 22 de julio de 2024

DR © 2024. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN (libro impreso): 978-607-30-9170-1
ISBN (libro electrónico): 978-607-30-9171-8

www.juridicas.unam.mx

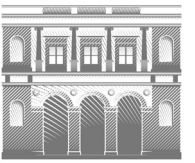
DR © 2024. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN (libro impreso): 978-607-8908-12-7
ISBN (libro electrónico): 978-607-8908-13-4

Impreso y hecho en México



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Carlos Alberto Alcaraz Gutiérrez
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Rector
Leonardo Lomelí Vanegas



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora
Mónica González Contró

Secretario Académico
Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones
Wendy Vanesa Rocha Cacho

A Jorge Cerdio, Pablo de Larrañaga,
Pedro Salazar Ugarte, Roberto Gargarella,
Pablo Navarro, Mónica González Contró
y Juan Antonio Cruz Parcero

A Manuel Atienza, Marta Lamas,
Ulises Schmill y José Woldenberg

CONTENIDO

Prólogo XVII

Prólogo a la segunda edición XXV

PRELIMINARES
MORAL, JUSTICIA Y DERECHO 1

I. Relación entre moral, justicia y derecho 1
II. Superación de los enfoques tradicionales 7
III. Un antes y un después en la teoría de la justicia 15
IV. *Praeludium.* Un problema jurídico… y moral: ¿castigo prudencial o garantista? 16
1. Ética de la convicción o modelo "Cleón-absolutista" 17
2. Ética de la responsabilidad o modelo "Diódoto-consecuencialista" 19
3. Ética de lo razonable o modelo "Pericles-objetivista" 22
4. ¿Castigo prudencial o castigo garantista? 24

CAPÍTULO PRIMERO
JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD 29

I. Acercamiento a las propuestas rawlsianas 29
1. Concepción de la persona moral 32
2. Rasgos distintivos del contrato hipotético 34
3. Los principios de justicia 36
4. Apunte en torno al segundo principio y los deberes positivos del Estado 38
5. La secuencia de cuatro etapas 40

II. Importancia del liberalismo igualitario 41
Liberalismo igualitario y laicidad 42
III. Algunas críticas internas. 44
IV. *Excursus.* Los filósofos de la tercera vía: equilibrio reflexivo y derecho 48

CAPÍTULO SEGUNDO
JUSTICIA COMO CONTRATO, AUTOPROPIEDAD, MÉRITO Y EFICIENCIA 57

I. Premisas del liberalismo libertario 57
1. Individualismo atomista, contrato y autopropiedad. 58
2. Libertad negativa y neutralismo axiológico 61
II. Relevancia del mérito 64
III. Análisis económico del derecho y criterio de eficiencia 67
Réplica a algunos enunciados del AED 71
IV. *Excursus*. Derecho a la libertad de expresión o equidad electoral . 76

CAPÍTULO TERCERO
JUSTICIA COMO COMUNIDAD Y VIDA BUENA 83

I. Justicia como comunidad 83
II. … y vida buena 90
III. Autonomía personal y vínculos sociales 94
IV. *Excursus.* Derechos liberales o derechos comunitarios 97
1. El argumento del individualismo ético 102
2. El argumento de la imparcialidad 104

CAPÍTULO CUARTO
JUSTICIA COMO DISPOSICIÓN CONSERVADORA 109

I. ¿Qué es ser conservador? 109
1. Crítica al racionalismo y disposición conservadora 110
2. Mercado, tradición, autoridad, justicia y religión 113
3. Virtud y educación 116

II. Algunas críticas liberales 119
III. Una polémica clásica 121
IV. *Excursus.* Derechos de la niñez: a la educación y a una vida en familia 124
1. Derecho a la educación 124
2. Derecho a una vida en familia 129

CAPÍTULO QUINTO
JUSTICIA COMO PLURALIDAD CULTURAL 135

I. Debate en torno al pluralismo cultural 136
II. Hacia un pluriculturalismo moderado 139
III. Derechos sociales y derechos etnoculturales 146
IV. *Excursus.* Migración, fronteras y refugiados 152

CAPÍTULO SEXTO
JUSTICIA COMO IGUALDAD SOCIALISTA 159

I. Teoría crítica y anhelo de justicia 160
II. Igualdad y *ethos* comunitario 167
III. Consenso socialdemócrata 172
IV. *Excursus*. Marxismo y filosofía del derecho 179
1. El derecho tiene un carácter clasista 182
2. El derecho es un fenómeno histórico 182
3. El derecho desempeña un papel subordinado 183
4. El derecho tiene un carácter ideológico 183
5. Rechazo al modelo tradicional de ciencia jurídica 184
6. Desconfianza o al menos sospecha frente a los "valores" de justicia y derechos humanos 184

CAPÍTULO SÉPTIMO
JUSTICIA COMO DERECHOS, CAPACIDADES Y NO SOMETIMIENTO . . . 187

I. Justicia como derechos y recursos 189
II. Justicia como capacidades 192

Necesidades y capacidades 193
III. Igualdad como no arbitrariedad o igualdad como no sometimiento . 197
IV. *Excursus.* Igualitarismo y "sala de máquinas" de la Constitución . . 202

CAPÍTULO OCTAVO
JUSTICIA COMO NO DOMINACIÓN 213

I. Dominación y opresión 215
II. Virtudes cívicas para un republicano y para un liberal igualitario 219
1. Pluralismo. 223
2. Imparcialidad 223
3. Tolerancia. 224
4. Responsabilidad 226
5. Solidaridad 228
III. Hacia una república deliberativa 230
IV. *Excursus.* El fenómeno de la corrupción 233

CAPÍTULO NOVENO
JUSTICIA COMO EMPODERAMIENTO Y EMANCIPACIÓN 241

I. Olas feministas 241
II. Crítica feminista al liberalismo. 245
1. Crítica al enfoque de la autonomía 245
2. Crítica al punto de vista masculino 246
3. Crítica al punto de vista tradicional 248
4. Crítica a la distinción entre lo público y lo privado 249
5. Crítica a la neutralidad. 250
III. Igualdad y diferencias. 251
Mercado, cuerpo, privacidad e intimidad 253
IV. *Excursus.* Derechos de las mujeres y aborto. 260
1. Derecho a la privacidad 262
2. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. 265
3. Derecho a un trato digno 266
4. Derecho a una igualdad diferenciada. 269

CAPÍTULO DÉCIMO
JUSTICIA COMO PROCEDIMIENTO (DEMOCRÁTICO) Y DELIBERACIÓN 271

I. Justicia como procedimiento 273
II. Razón y espacio público. 279
III. Valor epistémico de la democracia deliberativa. 282
Principios normativos y deliberación democrática 285
IV. *Excursus.* Justicia constitucional y democracia. 289
Los derechos humanos como precondiciones de la democracia . . 296

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO
JUSTICIA GLOBAL. PLURALISMO Y COSMOPOLITISMO 299

I. Los "felices noventa" 299
II. Crisis de la globalización y mito del progreso 303
III. Desilusión cosmopolita y brecha de desigualdad 310
IV. Irrupción del populismo. 321
V. *Finale con brío.* ¿Es posible una justicia global? Cinco exigencias impostergables 325

APÉNDICE
IGUALDAD Y EDUCACIÓN EN LA ERA DIGITAL 333

I. "El títere y el titiritero" o una nueva forma de dominación 334
II. Complejidad, creatividad e interdisciplinariedad 342
III. Educación igualitaria y democrática 350
IV. Otra vuelta de tuerca al liberalismo 354

Guía de lecturas. 359

Bibliografía 375

PRÓLOGO

En varios pasajes célebres de *La montaña mágica*, Settembrini y Naphta debaten airadamente sobre dos visiones del mundo, antagónicas. Uno por la defensa de la modernidad ilustrada, la racionalidad y el cosmopolitismo; el otro cercano al romanticismo, a la irracionalidad y a un nacionalismo inevitablemente endógeno. Hay otros personajes en la novela de Mann que eluden el debate, intentando subir la montaña, ubicándose en una tierra de nadie, "desde arriba"; o manteniéndose a ras de suelo, en un hedonismo desbordante y suicida, "desde abajo". Son los personajes de Castorp y Peeperkorn, que tienen en común el deseo por Clawdia, inteligente, sutil y escurridiza. Se trata sin duda de un mosaico de caracteres humanos que le permite a Mann ironizar en los contrastes: entre la solemnidad y la ridiculez, entre la seriedad y la frivolidad, entre la euforia y el delirio. Todo ello bajo un trasfondo enfermizo que es finalmente un microcosmos de la condición humana: un sanatorio en Davos, enclavado en los Alpes suizos, en un tiempo que preludia el inicio de la Gran Guerra.

En una obra tardía de Shakespeare, *el Bardo,* en pleno Renacimiento isabelino —tan escépticamente bello—, al igual que Mann, contrasta el mundo de Ariel con el de Calibán; y Tucídides confronta la retórica de Cleón con la de Diódoto en el famoso debate sobre Mitilene, exquisitamente comentado por nuestro jurista y filósofo Ulises Schmill. Y de nueva cuenta hay aquí, también, otros personajes quizás no tan exultantes, pero muy atractivos: Próspero y Pericles.

Puestos a elegir, elegiría a Settembrini, Ariel y Cleón —los erizos a los zorros—, pero quisiera acompañarme de los dones de Clawdia y de las habilidades de Próspero y Pericles. Ni montañas ni pantanos, simplemente los valles.

En el amplio mundo de las teorías de la justicia, acotado a un periodo que en este libro se circunscribe entre la publicación de *Teoría de la justicia* de Rawls hasta *La idea de justicia* de Sen, unos años menos o unos años más, el libro que el lector tiene en sus manos intenta ofrecer otro caleidoscopio de personajes tan poderoso y fascinante como el del mundo de la literatura o de la historia. Filósofos del derecho, de la moral, de la política o de la eco-

nomía que han puesto en el centro de su atención el tema y los problemas relacionados con la justicia. Y por supuesto, aparecerán también contrastes y antagonismos entre las teorías. Intentaremos exponer cada una de ellas en su mejor expresión, pero —debo decirlo desde este prólogo— asumiré deliberadamente no el punto de vista del "observador externo", neutral y avalorativo, sino el punto de vista del "participante", crítico y propositivo. No se trata de un manual de consulta universitario, sino de una toma de posición que dialoga y debate: una introducción crítica a las teorías contemporáneas de la justicia.

Desde las primeras páginas, como el lector podrá apreciar, no se escatimará en una aspiración a la corrección y universalidad kantianas, pero intentando moderarla con cierta sensatez empírica y cotidiana, en línea con la tradición hobbesiana. Entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad se propone una ética de lo razonable; entre el absolutismo y el subjetivismo morales, un objetivismo mínimo; entre el liberalismo y el socialismo a ultranza, un liberalismo igualitario o, si se prefiere, un socialismo democrático. Creo que Rawls ha dado con la expresión y la actitud correctas: "un equilibrio reflexivo". Y creo que Habermas y Garzón Valdés tienen razón cuando descubren en el derecho ese carácter bifronte, que lo ubica entre la facticidad y la validez, la seguridad y la legitimidad, haciendo del mismo, entre todos los saberes prácticos, uno de los más completos y ambiciosos.

¿Un libro más sobre la justicia? Y, además, ¿introductorio? Las preguntas son pertinentes, pero creo que puedo dar algunas respuestas. La primera tiene que ver con una mera necesidad de poner por escrito notas, reflexiones, ejercicios de discusión que fueron adquiriendo algún orden en los años dedicados a la impartición del curso de Filosofía del Derecho. No todo ha quedado bien ordenado, pero creo que no debemos ponernos tan exigentes con la pureza estructural y el afán de exhaustividad. No están todos ni todas las autoras que se esperarían; faltan libros; no aparece el "último debate"; no es el mejor caso judicial para ejemplificar y argumentar. Todo ello es cierto, pero sí creo que están los primeros auxilios y los equipos básicos para una excursión, que puede ser tan corta o tan larga como se lo proponga el o la lectora. Si el libro abre el apetito, su objetivo está más que cumplido.

La segunda respuesta tiene que ver con el perfil del posible lector. Es un libro escrito desde la ética, la filosofía política y la filosofía del derecho, pero pensado principalmente para juristas. En todos los capítulos, salvo el último, se harán referencias a "instrumentos jurídicos" —sentencias, amparos, ordenamientos jurídicos, algún texto doctrinal o alguna reseña de libro— que permita al lector aterrizar las diversas teorías de la justicia en la práctica o

en el quehacer jurídicos. Parto de la convicción de que atrás, o por debajo o por arriba de cualquier decisión judicial, iniciativa de ley, amparo, acción o controversia, lo sepa o no lo sepa el actor jurídico, hay una concepción del derecho y de la justicia que les da —o debería dar— cierto cuerpo, coherencia y consistencia. De nueva cuenta, si el libro sirve para hacer explícito lo implícito y un poco más claro u ordenado lo que en la superficie aparece oscuro o críptico, el libro también ha cumplido su propósito. En el apartado final se ofrece una Guía de lecturas con las recomendaciones y las selecciones pertinentes. Todas ellas asequibles.

La tercera respuesta tiene que ver también con el perfil del o de la jurista, pero concebido ahora de una forma integral. Siempre he pensado que la formación de un jurista queda incompleta si carece de una comprensión de la historia de las instituciones y si es incapaz de situarse política y socialmente en la realidad nacional y mundial que le ha tocado vivir. Estoy convencido también de que todo jurista debe familiarizarse con los pensadores clásicos para que pueda percatarse, con una buena dosis de humildad, de que las grandes preguntas han sido ya formuladas por cabezas pensantes que cimentaron o pusieron las bases de nuestra cultura contemporánea.

La enseñanza del Derecho debe imbricarse con los estudios históricos y con la lectura de clásicos, que alimenten la capacidad de asombro y la posibilidad de ejercitar la duda de forma inteligente. En el libro he incluido referencias a nuestros clásicos y en la misma Guía de lecturas se presenta una selección de los textos más significativos para acompañar a los autores contemporáneos. El criterio de selección ha sido privilegiar el lente con el que los clásicos han sido vistos y analizados por dichos autores, y mostrarlos de una forma viva, incorporándolos a las teorías y a los debates contemporáneos. Hubiera querido también dedicar varias páginas en cada uno de los capítulos al contexto histórico-cultural dentro del que se despliegan las propuestas de justicia. Esta es una deuda que queda pendiente y que espero y deseo cumplir en una futura publicación.

Finalmente, creo que es necesario y —en algún sentido— urgente familiarizar a nuestros estudiantes de Derecho con las teorías contemporáneas de la justicia, y hacerlo desde un enfoque filosófico: enseñar a pensar, argumentar y apasionarse con las diversas propuestas, y arriesgar una toma de posición crítica desde el mismo salón de clase y desde el primer día de clases, que les permita dar respuesta a un sinnúmero de problemas en las distintas áreas jurídicas. El libro no está pensado desde el subjetivismo y el escepticismo morales. Si algo hemos aprendido desde la publicación del libro de Rawls es que la justicia puede ser abordada con rigor desde un punto de vista racional; y que gracias —entre otros— a autores como Hart

o Dworkin, la justicia dejó de ser concebida como un patrimonio exclusivo de los moralistas y los politólogos, para incorporarse de lleno en los debates iusfilosóficos. Al igual que en los demás apartados, en la Guía de lecturas se ofrece una selección de textos de los autores contemporáneos, seleccionados y comentados en cada uno de los capítulos.

El libro inicia con unas Preliminares que quieren situar el problema de la justicia algunas décadas antes de la publicación del libro de Rawls, en 1971. Desfilarán en este apartado autores como Max Weber, Hans Kelsen, Alf Ross y Gustav Radbruch —un cuerpo compacto de pensadores básicamente de la primera mitad del siglo XX—; analizaré el debate clásico entre iusnaturalistas, iuspositivistas y realistas jurídicos; la revisión de este debate por autores como Herbert Hart, Norberto Bobbio y Eduardo García Máynez —que cubre la década de los sesenta—; y unas líneas iniciales para presentar la obra de Rawls y destacar la importancia de su irrupción en el amplio mundo de la filosofía práctica. Entre los clásicos es ineludible la lectura del capítulo V de la *Ética nicomáquea* de Aristóteles.

El capítulo primero, Justicia como imparcialidad, está dedicado a una presentación de las principales ideas de Rawls desarrolladas en su libro *Teoría de la justicia.* Pongo un especial énfasis en las condiciones del contrato hipotético, en el enunciado de los principios de justicia y en la "secuencia en cuatro etapas", esta última de sumo interés para una justificación de la jerarquía normativa jurídica. Desde este primer capítulo he querido comenzar también con algunas de las críticas internas al pensamiento de Rawls, delineadas de manera general a través del pensamiento de Brian Barry. Estas críticas internas, pero también externas, irán apareciendo en los siguientes capítulos, denotando, entre otras cosas, la fecundidad de las ideas rawlsianas. Me pareció importante, ya desde este capítulo, poner algunas cartas sobre la mesa respecto a lo que se entiende por liberalismo igualitario y explicitar con ello, desde la ética y la filosofía política, uno de los hilos conductores del libro. El clásico que acompaña este capítulo es Immanuel Kant, especialmente el Kant de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.*

Dice muy bien Gargarella que las críticas al pensamiento de Rawls se encaminaron casi inmediatamente a mostrar sus insuficiencias, bien sea por el lado de la libertad (libertarios) o por el lado de la igualdad (igualitarios); y podríamos agregar, por el lado del procedimiento democrático. El capítulo segundo aborda el problema de la justicia desde el liberalismo libertario en autores como James Buchanan, Robert Nozick, Wojciech Sadurski y Robert Cooter. El acento está puesto en los criterios de contrato, autopropiedad, mérito y eficiencia. He seleccionado las versiones que me parecieron más moderadas dentro del amplio espectro libertario, con la idea, como decía

al principio, de presentar su propuesta en la mejor expresión. He dedicado algunas páginas más a la presentación de la justicia como eficiencia, de enorme impacto en el ámbito jurídico a través del Análisis Económico del Derecho (AED). Varios clásicos acompañan a los libertarios: Thomas Hobbes, John Locke, Jeremy Bentham y John Stuart Mill.

Desde un punto de vista externo, una de las primeras críticas a la propuesta de Rawls vino de la mano de los llamados comunitaristas. El debate generó una amplia literatura que ocupó la atención desde mediados de los setenta y durante toda la década de los ochenta. Por supuesto, sus argumentos trascienden las coordenadas temporales de la discusión y el propósito del capítulo tercero es presentarlos en las versiones de algunos de sus representantes más connotados: Charles Taylor, Michael Walzer y Michael Sandel. Intenté dar una respuesta crítica a esta concepción desde una comprensión de la autonomía personal y su relación con los vínculos sociales. Las referencias a los clásicos se centran en textos de G. W. F. Hegel, Karl Marx —el Marx de *La ideología alemana*— y Aristóteles.

El capítulo cuarto es un tanto anómalo en el conjunto del libro. No se trata de una teoría sobre la justicia, sino más bien de una actitud que ha acompañado algunas de las propuestas teóricas. Se trata de una actitud conservadora o, como prefiere llamarla uno de sus representantes más destacados, una "disposición". Los temas recurrentes para el conservadurismo oscilan desde las nociones de mercado, tradición y autoridad, hasta las ideas de religión, virtud, educación y la propia noción de justicia. Contrastaré la actitud conservadora con la liberal y ejemplificaré este contraste con una polémica paradigmática en filosofía jurídica y política, entre Patrick Devlin y Herbert Hart. Los autores seleccionados son Michael Oakeshoot, Alisdair MacIntyre, Harold Bloom y Roger Scruton, acompañados de clásicos como Edmund Burke y sus *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, y pasajes de *La democracia en América* de Alexis de Tocqueville y de *La Constitución inglesa* de Walter Bagehot.

En los años noventa y hasta nuestros días, en un contexto de globalización, buena parte del debate en torno a la justicia se ha centrado en el reconocimiento fáctico de la diversidad cultural y en la propuesta normativa de la multi o interculturalidad. Apoyado en los análisis de Isabel Wences y José María Sauca abordaré en el capítulo quinto el problema de la pluralidad cultural, desde las versiones moderadas de Luis Villoro, Seyla Benhabib y Will Kymlicka. Dedicaré un apartado especial a señalar los retos que presenta la diversidad etnocultural para una concepción universalista de los derechos humanos y su necesaria consideración para una concepción liberal robusta y más sensible al reconocimiento de las diferencias. Para este

capítulo he seleccionado algunos pasajes de *Ideas para una filosofía de la historia universal* de J. G. Herder y de *El espíritu de las leyes* de Montesquieu.

Las críticas a Rawls, por sus "insuficiencias igualitarias", objeto del capítulo sexto, se agrupan en torno a la obra de diversos autores y propuestas. Los criterios de justicia ponen el acento en los derechos o los recursos, las capacidades, el *ethos*, o bien, la idea de desigualdad estructural. Entre el liberalismo igualitario y el socialismo democrático hay varios puntos de convergencia que se harán explícitos, así como la propuesta de un diseño constitucional acorde con sus premisas. Estoy consciente de que haría falta en esta exposición un análisis de las ideas socialistas, y especialmente de la socialdemocracia. Sigo acumulando deudas para una futura publicación. Presento en este capítulo algunas de las ideas más relevantes de Ronald Dworkin, Amartya Sen y Martha Nussbaum, Gerald Cohen, Owen Fiss, Roberto Saba y Roberto Gargarella. Acompaño a estos autores con algunos clásicos como Thomas Paine, Adam Smith y Karl Marx —el Marx de los *Manuscritos*—.

Fenómenos como la apatía política, el individualismo consumista, la corrupción e impunidad de las autoridades, y la violencia y ruptura de la cohesión social, que se relacionan en buena medida con una globalización desbordada, sin esquemas regulativos y sin asideros socioculturales sólidos, abonaron para la llegada de un reclamo de justicia desde las premisas republicanas. En el capítulo séptimo se analizan algunas de estas premisas en términos de no dominación ni opresión, autogobierno y ciudadanía como ejes para el diseño de una república deliberativa, así como un comparativo entre las virtudes cívicas vistas desde el republicanismo y desde el liberalismo igualitario. He seleccionado para este apartado las propuestas de Philip Pettit, Iris Young y José Luis Martí, acompañándolos de los clásicos Nicolás Maquiavelo —el Maquivelo de los *Discursos*—, Adam Ferguson y Hannah Arendt.

Las demandas de igualdad de las mujeres y la elaboración teórica de las mismas, a partir de las sucesivas olas feministas, serán el objeto del capítulo octavo. Analizaré las principales ideas del feminismo liberal y las críticas al liberalismo —especialmente en la versión de Rawls— desde el llamado feminismo radical: a la noción de autonomía, al punto de vista masculino de la justicia, al enfoque tradicional, a la distinción entre lo público y lo privado y a la idea de neutralidad. Centraré una buena parte de mis comentarios en la propuesta de Marta Lamas, desde el feminismo de las diferencias, con una reflexión más detenida en las relaciones entre cuerpo, mercado, privacidad e intimidad. Los textos clásicos y las páginas seleccionadas que se proponen para este capítulo son de Condorcet, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, y de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo.*

El capítulo noveno aborda el problema de la justicia como procedimiento y como deliberación —otra insuficiencia en *Teoría de la justicia* de Rawls— centrado en el valor de la democracia. Analizaré en líneas generales los binomios democracia procedimental-democracia sustantiva, democracia representativa-democracia directa, para luego profundizar en el pensamiento de Rawls y su idea de "consenso sobrepuesto", y en el de Habermas, a partir de las condiciones de participación en el discurso ético-jurídico. Las diferencias entre uno y otro se harán explícitas en la presentación del debate en torno a las nociones de razón y espacio público. La propuesta de Nino tercia entre las ideas de Rawls y Habermas a partir de su concepción del valor epistémico de la democracia y la relevancia de la deliberación. A la presentación del pensamiento de John Rawls en *Liberalismo político*, de Jürgen Habermas en *Facticidad y validez* y de Carlos Nino en *La constitución de la democracia deliberativa* se añaden las reflexiones de Ernesto Garzón Valdés, Michelangelo Bovero, Luigi Ferrajoli, Luis Salazar, José Woldenberg y Chantal Mouffe. Los clásicos que acompañan este capítulo son Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant y Hans Kelsen con sus *Escritos sobre la democracia y el socialismo.*

Por último, en el capítulo décimo se trata el problema de la justicia global y el debate entre las concepciones pluralistas y cosmopolitas. Opté por presentar una suerte de narrativa que inicia en los noventa, después de la caída del Muro y de la fracturación del imperio soviético, y continúa hasta iniciada la segunda década de este siglo, después del derrumbe de las Torres Gemelas y la crisis financiera de 2008. Sucesos estos últimos —entre otros— de enorme simbolismo y de consecuencias impredecibles que cuestionaron seriamente las posibilidades de una convivencia mundial pacífica, con instituciones robustas y una expansión decidida de los derechos humanos. He calificado este periodo, hasta nuestros días, como la "desilusión cosmopolita" agravada por lo que varios autores han denominado la "brecha de desigualdad". Desde el punto de vista de los pluralistas he seleccionado pasajes de las obras de Michael Walzer, John Rawls en *El derecho de gentes*, Thomas Nagel, Jürgen Habermas, a partir de sus propuesta de un "sistema multinivel", y Boaventura de Sousa Santos; y por el lado de los cosmopolitas, de autores como David Held, Nancy Fraser, Thomas Pogge, Marcelo Alegre y Thomas Piketty. Marqué el contraste entre unos y otros seleccionando entre los clásicos a Thomas Hobbes y Carl Schmitt, por un lado, y a Immanuel Kant —el Kant de *La paz perpetua*— y Hans Kelsen, por el otro.

Desde las Preliminares se incluyen algunos apéndices —un *Praeludium,* varios *Excursus* dispuestos por capítulo y un *Finale con brio*— que cumplen con el propósito de dar concreción a las diversas teorías de la justicia, con

algún problema de actualidad o alguna reflexión intersticial. La selección de temas y problemas para estos apéndices —castigo, libertad de expresión, derechos humanos, bioética, migración y fronteras, corrupción, democracia, justicia constitucional, entre otros— ha respondido a un interés personal que sin duda muestra las obsesiones del autor y sus preferencias, pero que espero no resulte tan desencaminada y más bien estimule el debate y la curiosidad intelectual del lector.

En los inicios de este trabajo recibí el apoyo entusiasta de Erika Salas e Íñigo Lujambio. Al tiempo se fueron incorporando otras y otros colaboradores con sugerencias pertinentes, lecturas cuidadosas y recomendaciones, siempre sensatas y oportunas: Jorge Gaxiola Lappe, Patricio Gouk, Diego Romero, Farid Barquet, y de manera especial Paula Argüello Manzanos y Harnoldo Reyna. A todos ellos, así como al apoyo administrativo siempre eficiente de Rosa María Vargas, mi agradecimiento por su esfuerzo y el acompañamiento en este trabajo colectivo.

Agradezco a las instituciones que apoyaron la publicación del libro y me dieron la oportunidad de desarrollar cada uno de los capítulos que lo integran, en sus aulas o en seminarios. Al Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), al Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UNAM, a la Escuela Libre de Derecho (ELD), al Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD), al Instituto de la Judicatura Federal (IJF) y a quienes hicieron posible mi colaboración en esas instituciones: Jorge Cerdio, Pedro Salazar Ugarte, Jorge Gaxiola Moraila, Juan Martín Granados, Rogelio Flores, Michel Vargas y Ramón Ortega. Un especial agradecimiento al trabajo de corrección y cuidado de la edición a cargo del área de publicaciones del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro (IECEQ), así como del IIJ-UNAM y al equipo encabezado por Raúl Márquez y Wendy Rocha.

Mis deudas con amigas, amigos y colegas nacionales y de otras latitudes son infinitas. El listado sería interminable, pero no quiero dejar de agradecer una vez más, y siempre, a dos personas que encarnan el "sentido de justicia" tan anhelado y al mismo tiempo tan ausente en estos tiempos convulsos. Su ejemplo ha sido guía en toda mi actividad profesional y personal, Ernesto Garzón Valdés y Carlos de la Isla.

Finalmente, agradezco a Ana Galán las interminables horas de discusión y aprendizaje, y su inquebrantable tenacidad republicana. Inspiración para cada una de las páginas de este libro.

Ciudad de México, diciembre de 2018

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Para esta segunda edición de *Teorías contemporáneas de la justicia* se han hecho algunas correcciones menores en cada uno de los capítulos, un par de ampliaciones y reordenamientos temáticos, así como el agregado de un capítulo completo, "La justicia como igualdad socialista", y un apéndice, "Igualdad y educación en la era digital". Con respecto a las ampliaciones he incorporado algunos párrafos en el capítulo sobre "Justicia como empoderamiento y emancipación" para dar cuenta del llamado "posfeminismo" y de lo que algunas autoras han calificado como "cuarta ola feminista", sin dar todavía con algún calificativo definitorio. Asimismo, en el capítulo correspondiente a "Justicia global. Pluralismo y cosmopolitismo" abrí un inciso sobre la "Irrupción del populismo", su caracterización y su efecto disolvente en el seno de las democracias liberales contemporáneas.

En cuanto al agregado de un capítulo y de un apéndice, la primera edición omitía injustificadamente el desarrollo de un capítulo completo sobre la igualdad socialista, y las pocas referencias dispersas en otros capítulos resultaban insuficientes para dar cuenta de ella. He querido remediar esa omisión reordenando algunas ideas y presentando algunas propuestas dentro de la amplia familia socialista que invitan a una reflexión explícita, desde un punto de vista normativo, sobre el tema de la justicia y los valores afines. El apéndice, que cumple las funciones de una reflexión final, aborda el tema de la educación en el contexto actual de la llamada "era digital". Analizo la educación a la luz del enfoque que he hecho explícito a lo largo de todo el libro, es decir, una filosofía política y jurídica liberal igualitaria, laica, democrática y deliberativa.

Agradezco al Departamento de Derecho del ITAM, especialmente a Joyce Sadka y Miguel Messmacher, su apoyo para llevar a buen término esta segunda edición, así como el acompañamiento siempre entusiasta de Paula Argüello Manzanos y Harnoldo Reyna, y el trabajo eficiente de Araceli Serrano. Un agradecimiento reiterado a las instituciones editoras, IIJ-UNAM y CEAD, a Mónica González Contró y Rogelio Flores, y a Wendy Rocha y todo su equipo, por el trabajo de corrección y cuidado de la edición.

Ciudad de México, marzo de 2024

PRELIMINARES

MORAL, JUSTICIA Y DERECHO

No resulta exagerado afirmar con Francisco Laporta que "el problema de las relaciones entre moral y derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del derecho *está*".[1] Mucha tinta ha corrido en torno a esta temática y, como bien señala Ernesto Garzón Valdés, "difícilmente se encontrará algún filósofo del derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones".[2] De igual manera, como afirma Carlos Nino: "Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia".[3] Por supuesto, el problema de la justicia, en cuanto valor moral y político, tendrá que ver con la posición que se adopte para dilucidar las relaciones entre moral y derecho en un sentido amplio. Dos son las posibilidades básicas concebibles respecto a esta relación: la tesis de la separación o la tesis de la vinculación.

I. RELACIÓN ENTRE MORAL, JUSTICIA Y DERECHO

Durante las primeras décadas del siglo XX se impuso la tendencia, no a la vinculación, sino a la separación entre la ética y las ciencias humanas y sociales. Esta tendencia puede percibirse claramente en tres ejemplos significativos: el de Lionel Robbins en economía con su libro *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica,* de 1935; el de Hans Kelsen en derecho con su *Teoría pura del derecho,* de 1934, y el de Julius Ayer en filosofía con su *Lenguaje, verdad y lógica,* de 1936,[4] sin olvidar, por supuesto, los trabajos que tiempo atrás ve-

[1] Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral,* México, Fontamara, 1993, p. 7.

[2] Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y moral", en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo,* Barcelona, Gedisa, 1998, p. 19.

[3] Nino, Carlos S., "Justicia", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta-CSIC, 1996, p. 467.

[4] Garzón Valdés, Ernesto, "La filosofía del derecho a fines del siglo XX", inédito.

nía realizando Max Weber en el ámbito político y social.Todos estos autores asumían con más o menos diferencias la postura que en ética se conoce como no cognoscitivista.

Para Weber existe una nítida diferencia entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, acorde con una moral de corte absolutista que ordena religiosamente hablando que "el cristiano debe obrar bien y dejar el resultado en manos de Dios"; o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tomar en cuenta las consecuencias previsibles de la acción humana.[5] Solo esta última es propia de una actitud explicativa o científica.

Por su parte, Robbins piensa que los juicios de valor de naturaleza ética debían ser desterrados del campo de la economía. Si se quiere hablar de una economía normativa, lo único que podía aceptarse era la formulación de reglas para el uso de recursos escasos, dentro del marco de un mercado libre, con miras a la obtención de fines dados de antemano o previamente establecidos. La justificación de estos fines superaría los límites de la razón.

En su *Teoría pura del derecho*, Kelsen aboga por una separación radical entre moral y derecho. Esta separación es la que aseguraría la "pureza" del derecho. A diferencia de la moral, cuyo sistema normativo es estático, el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas de actos volitivos dirigidos a la persecución de sus fines que, al igual que en Robbins, escapan a todo intento de justificación universalmente válida. Para Kelsen, si el positivismo jurídico quiere ser congruente, debe descansar en un relativismo axiológico. Como explica en su ensayo *¿Qué es la justicia?*, de 1953, ante un conflicto de valores o de intereses —que es el ámbito en el que hace su aparición el problema de la justicia— no hay posibilidad de ofrecer una respuesta objetiva, racional o científica: "En último caso es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, quien resuelve el conflicto".[6] Uno de los ejemplos para ilustrar este tipo de conflictos es el siguiente:

> […] a un esclavo o a un prisionero de un campo de concentración en donde la fuga es imposible, se le plantea el problema de saber si el suicidio es moral o no. […] La solución depende de la decisión que determina cuál de los valores, vida o libertad, es superior. Si la vida es el valor más alto, el suicidio es injusto, si lo es la libertad y si una vida sin libertad no tiene valor alguno, el suicidio

[5] Weber, Max, *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza Editorial, 1967, pp. 163 y 64.

[6] Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, p. 20.

> no es entonces tan solo permitido sino exigido. Es el problema de la jerarquía entre el valor de la vida y el valor de la libertad. En este caso solo es posible una solución subjetiva, una solución que únicamente tiene valor para el sujeto que juzga y que en ningún caso alcanza la validez universal que posee, por ejemplo, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este último es un juicio de realidad y no de valor.[7]

Para Ayer, los enunciados éticos o metafísicos no pueden ser verificados empíricamente y la filosofía debe limitarse a un riguroso análisis del lenguaje. Los juicios éticos, a su vez, se reducirían a expresiones de estado de ánimo de aprobación o de rechazo. En la filosofía del derecho, Alf Ross, digno representante del realismo jurídico escandinavo, recogería esta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el derecho y la justicia,* de 1958, en el que sostendría que:

> Las palabras "justa e "injusta" (o "correcta" o "incorrecta") tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. […] Pero aplicadas para caracterizar una regla general o un orden, las palabras "justo" e "injusto" carecen de significado. […] Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la "justicia", porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuación, no argumento.[8]

Hasta la década de los cincuenta, la posición no cognoscitivista fue la predominante en el pensamiento iusfilosófico.[9]

La Segunda Guerra Mundial provocó una enorme conmoción que se extendió desde la total desconfianza en la razón hasta el intento de buscar nuevas vías teóricas para superar el escepticismo ético. Una de estas vías se dio a partir de un renacimiento del iusnaturalismo que, desde 1945, se prolongó con fecundidad hasta principios de los setenta. Este clima de complacencia fue registrado por el filósofo del derecho español Luis Recaséns Siches en una de sus últimas obras:

---

[7] *Ibidem*, pp. 20 y 21.

[8] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 267.

[9] George Nakhnikian ofrece un buen análisis de estas corrientes éticas y su relación con el derecho en su libro *El derecho y las teorías éticas contemporáneas,* trad. de Eugenio Bulygin y Genaro Carrió, 1957, México, reed. por Fontamara, 1991.

> Es un hecho patente, pues está ahí entre nosotros que, en términos generales, la filosofía jurídica del siglo XX —en un gran número de sus producciones— se caracteriza por un vigoroso renacimiento de la axiología o estimativa; y que en sus desarrollos durante los últimos veinticinco años (1945-1970), además, se caracteriza, dentro de la estimativa, por un renacimiento de tesis de Derecho natural […] se ha producido en el siglo XX lo que puede llamarse el Segundo Renacimiento Iusnaturalista, lleno de ímpetu, y a la vez, de rigor filosófico, en nuevas meditaciones de ejemplar precisión mental y con plena conciencia estricta de los problemas y de los renovados métodos que se deben emplear para el enfoque y el tratamiento de estas cuestiones.[10]

Al pasar revista de los nombres representativos de este "Segundo Renacimiento Iusnaturalista", citados por Recaséns —Brunner, Messner, Verdross, Maihofer, Welzel, Maritain, Lecrecq, Villey, Bodenheimer, Fuller, Legaz y Lacamabra, Preciado Hernández, entre otros—,[11] uno no podría más que compartir el entusiasmo de un filósofo que, como el propio Recaséns, ve un futuro prometedor para la doctrina del derecho natural. La realidad, sin embargo, lo desmintió.[12] En no pocos casos, el iusnaturalismo ha terminado mostrando un carácter ideológico muy cercano a posiciones ético-religiosas que por lo general resultaron difícilmente coherentes con los postulados de doctrinas democrático-liberales. En otros casos, ha comulgado con lo que algunos autores han llamado iusnaturalismo ontológico, cuyos representantes no terminaron de superar ciertos problemas lógicos, como es el de la llamada "falacia naturalista", o bien, problemas epistemológicos, como la creencia en el carácter absoluto e inmutable de la verdad y de los principios morales.

Una versión menos rígida del iusnaturalismo, que podría denominarse "iusnaturalismo deontológico", que sin duda resulta más atractiva que el

---

[10] Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable",* México, FCE-UNAM, 1971, pp. 309 y 319.

[11] Recaséns Siches, Luis, *Pensamiento jurídico en el siglo XX,* México, Porrúa, 1963.

[12] A este respecto, véase el testimonio personal de Roberto Vernengo publicado en el número inaugural de la revista *Doxa,* Alicante, 1984, pp. 253-255. Cito un pasaje ilustrativo: "Ese mundo cristalino de esencias, regiones eidéticas, categorías y condiciones de posibilidad, se nos vino abajo, a principios de los cincuenta, con el simple y modesto ensayo de von Wright sobre la lógica deóntica. Carnap, Reinchenbach, Tarski, Wittgenstein comenzaron a resonar en la Facultad de Derecho, donde hasta ese entonces solo oíamos hablar de Kant, Husserl y Heidegger [...]. Por cierto, que Cossio y Gioja, partiendo de su formación fenomenológica, nos habían disuadido de tomar demasiado en serio las construcciones y la terminología del tomismo, y ello tanto más, cuando el jusnaturalismo tomista significaba en la Argentina, entonces y ahora, como en España por esos años, la versión oficial reaccionaria y oscurantista en el plano político".

iusnaturalismo de corte absolutista y confesional, es la que presenta Gustav Radbruch, quien ejercerá una gran influencia en un autor contemporáneo como Robert Alexy a partir del uso de la llamada "cláusula Radbruch", así como en decisiones judiciales como la del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso conocido como *Los guardianes del muro.*[13]

En un esfuerzo de síntesis se podría decir que los partidarios del iusnaturalismo ontológico aceptan, con más o menos énfasis, las siguientes premisas:

a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral.
b) Una ley, para ser válida, debe ser justa.
c) El derecho natural se deduce de la naturaleza humana.
d) Existe uno y solo un principio de ley natural que desde el punto de vista formal se formularía: "se debe procurar el bien y evitar el mal"; y desde el punto de vista material: "para todo *x*, *x* es moralmente recto si es un acto conforme a la naturaleza humana".
e) El último fundamento de validez de la ley natural es la ley eterna.

Por su parte, el iusnaturalismo deontológico partiría de los siguientes enunciados:

a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral.
b) No se sigue necesariamente que una ley, para ser válida, deba ser justa. Un derecho injusto sigue siendo válido, aunque sea una "corrupción de ley".
c) El derecho no se deduce de la naturaleza humana. El deber ser no puede inferirse del ser, a menos que se incurra en la falacia naturalista. La ley natural es el conjunto de principios prácticos autoevidentes que prescriben lo que debe ser.
d) Existe una pluralidad de principios prácticos de acuerdo con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos. Estas inclinaciones naturales, en cuanto bienes básicos, son inconmensurables y, por tanto, no susceptibles de jerarquización.

[13] Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfG EuGRZ 1996, 538, 24 de noviembre de 1996, en Guibourg, Ricardo, "De los guardianes del muro", *Teoría general del derecho,* Buenos Aires, La Ley, 2003, col. de Análisis Jurisprudencial.

e) Los principios prácticos normativos, en cuanto principios autoevidentes, no requieren de una ulterior fundamentación en la ley eterna.

De regreso con Radbruch, habría que distinguir diversos grados de injusticia, y no siempre el derecho positivo debe ceder ante una situación injusta:

> Siendo, por tanto, la seguridad jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Trátase de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia.[14]

Para Radbruch, como lo será para Alexy, y de acuerdo con una larga tradición,[15] la justicia consiste en "dar a cada quien lo suyo" —*suum cuique tribuere*—, por lo que el objeto de la justicia no abarca todo el ámbito de la moral, sino aquella parte que se ocupa de la distribución y de la corrección. Ambas corresponden al ámbito particular de la justicia que debe distinguirse de su carácter general o legal. La justicia distributiva tiene que ver típicamente con la asistencia social y los impuestos; mientras que la justicia correctiva comprende tres situaciones básicas: la relación entre pena y culpa; entre daño y restitución, y entre prestación y contraprestación, es decir, tanto las relaciones contractuales como las extracontractuales.[16]

En los años de posguerra, no mejor suerte que la del iusnaturalismo ontológico corrió el positivismo jurídico. En su vertiente ideológica ha pretendido justificar la obediencia incondicional al derecho a partir de la validez de las normas, favoreciendo, al igual que el iusnaturalismo extremo, posi-

---

[14] Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 1951, p. 44.

[15] Aristóteles, *Ética nicomaquea,* lib. V, v. 1130b-1131a, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1954: "De la justicia particular y de lo justo según ella, una forma tiene lugar en las distribuciones de honor o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse entre los miembros de la república, en las cuales puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro. La otra forma desempeña una función correctiva, en las transacciones o conmutaciones privadas. De esta, a su vez, hay dos partes, como quiera que de las transacciones privadas unas son voluntarias y otras involuntarias".

[16] Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trad. de José Antonio Seoane, Granada, Comares, 2005, pp. 55-57.

ciones abiertamente antidemocráticas. Su vocación neutralista con respecto a la moral lo condujo a un callejón sin salida para una posible justificación integral del derecho. Asimismo, desde el punto de vista teórico, el positivismo jurídico fue objeto de innumerables críticas —especialmente por los defensores del realismo jurídico— por su cercanía con una concepción estatista del derecho en un momento donde lo que se cuestionaba precisamente era el concepto cerrado de soberanía estatal.

Los juicios de Núremberg, que se llevaron a cabo del 20 de noviembre de 1945 al 1 de octubre de 1946, pusieron a prueba las diferencias entre las concepciones iusnaturalistas y positivistas, y la legitimidad de los mismos fue cuestionada severamente bajo el principio de no retroactividad y taxatividad en la aplicación de la ley penal internacional.[17]

Desde fines de los cincuenta y principios de los sesenta, con la obra de Norberto Bobbio y de Herbert Hart —y en México con Eduardo García Máynez—, se comenzó a tomar conciencia de la necesidad de superar críticamente los paradigmas tradicionales, suavizándolos o simplemente buscando nuevas alternativas. La polémica "dura" entre iusnaturalistas y iuspositivistas comenzó a diluirse para dar lugar a puntos de vista no solo más ajustados a la realidad, sino más fecundos en sus propuestas teóricas.

II. Superación de los enfoques tradicionales

Herbert Hart, en su libro *El concepto de derecho,* de 1961, intentó, entre otros propósitos, refutar la teoría de Austin y en parte la de Kelsen; y explicar la normatividad jurídica manteniendo la tesis de la separación entre moral y derecho. Más allá del éxito alcanzado por Hart en su doble propósito, lo cierto es que la rigidez en la confrontación entre iusnaturalistas y positivistas se suavizó apelando a la distinción entre "punto de vista interno" y "punto de vista externo" con respecto a las normas, y también con su propuesta de un "contenido mínimo de derecho natural", inspirada en el empirismo de Hume.

---

[17] Véase la recreación de los juicios de Núremberg que propone Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, España, Ariel, 2003, pp. 18-27, en la que pone a dialogar las diferentes concepciones del derecho, como en su momento (1949) lo hizo Fuller, Lon, *El caso de los exploradores de cavernas,* trad. de Genaro Carrió y Leopoldo Niilus, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, con base en "El caso de la Mignonette": *Reino Unido, High Court of Justice (Queen's Bench Division), Her Majesty The Queen vs. Tom Dudley and Edwin Stephens,* 14 Q.B.D. 273, 1884, en Gustav Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, trad. de Fernando Vela, España, Revista de Occidente, 1958.

Si bien Hart acepta la tesis de la separación entre moral y derecho como característica del positivismo jurídico en general, hay que distinguir esta tesis con respecto a otras, propias del positivismo utilitarista y del positivismo formalista. Hart identifica cinco significados de "positivismo":

a) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral.
b) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena hacer y algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales u otros.
c) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos (teoría imperativa de las normas).
d) La pretensión de que un sistema jurídico es un "sistema lógicamente cerrado" en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas de normas jurídicas predeterminadas por medios lógicos, sin referencia a propósitos sociales, estándares morales o líneas de orientación.
e) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías no cognoscitivistas).[18]

Si aceptamos estas premisas, Austin, por ejemplo, estaría de acuerdo con los tres primeros significados de positivismo, pero rechazaría los dos últimos; Hart aceptaría con Austin *a)* y *b)* y el rechazo de *d),* pero se aparta con respecto a *c)* y propone además una postura intermedia entre el cognoscitivismo y el no cognoscitivismo. El positivismo jurídico, entonces, debe matizarse.

Con respecto al "punto de vista interno", vale preguntarse si para Hart este supone un punto de vista moral, no solo en términos de un nexo contingente, sino sobre todo necesario. Si se admite que el "punto de vista interno" es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo y se distingue de un "punto de vista externo", y ambos se refieren a las razones que se pueden tener para obedecer al derecho, entonces debe

[18] Hart, Herbert, "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", *Harvard Law Review*, 1958, trad. de Genaro Carrió, *H. L. A. Hart: Derecho y moral, contribuciones a su análisis,* Buenos Aires, Depalma, 1962.

aceptarse que las razones prudenciales corresponden al "punto de vista externo", y las morales o críticas al "punto de vista interno". Esta interpretación parece confirmarse en las propias palabras de Hart:

> Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva con respecto a ciertas pautas de comportamiento como un criterio común y que esto se manifieste en crítica (incluyendo la autocrítica), en pedidos de conformidad y en el reconocimiento de que tal crítica y exigencias estén justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología de "debe", "tiene que" y "debería", "correcto", "falso".[19]

Por lo que hace al "contenido mínimo de derecho natural", si bien es patente la deuda de Hart con Hobbes, y especialmente con Hume, en la pretensión de deslindar al derecho natural de todo componente teológico y metafísico, y secularizarlo empíricamente poniendo de manifiesto las "circunstancias" de la justicia —vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos escasos, y comprensión, inteligencia y fuerza de voluntad limitadas, en los seres humanos—, lo cierto es que no podemos desentendernos del todo de un elemento teleológico en la naturaleza. En palabras de Hart, tal componente teleológico:

> […] persiste en alguna de las formas en que pensamos en los seres humanos y hablamos de ellos. El mismo está latente cuando caracterizamos a ciertas cosas como *necesidades* humanas que es bueno satisfacer y en ciertas cosas hechas a seres humanos, o sufridas *por* ellos, como *daños* o lesiones. Así, aunque es verdad que algunos hombres pueden rehusarse a comer o a descansar porque quieren morir, concebimos al comer y al descansar como algo más que cosas que los hombres hacen o simplemente desean. La comida y el descanso son necesidades humanas, aunque algunos se niegan a aceptarlas cuando las necesitan. Por ello decimos no solo que es natural que todos los hombres coman y duerman, sino que todos los hombres deben comer y dormir, o que es naturalmente bueno hacer esas cosas.[20]

¿Tránsito indebido del ser al deber ser? Es probable, pero quizás no debamos, en la práctica, ser tan rigurosos y pensar que existe un abismo entre el ser y el deber ser, y tenga razón Mario Bunge cuando afirma que:

> […] si me digo que debo pagar mi deuda y la pago, cruzo el abismo entre el deber ser y el ser. De la misma manera, cuando tomo nota de una situación

[19] Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 72.

[20] *Ibidem*, pp. 235 y 236.

> injusta y resuelvo remediarla, recorro la vía inversa. Lo que separa el ser del deber ser es un abismo conceptual o lógico, pero en la práctica no es un cisma insuperable: es una mera zanja y podemos saltar por encima de ella.[21]

Para Hart, moral y justicia no son coextensivos. Hart, por lo común, diría de un padre que ha tratado con crueldad a su hijo, que ha hecho algo moralmente malo, pero no injusto. Lo justo tiene que ver más bien con el equilibrio, la proporción, lo equitativo. El padre sería injusto si tratara desigualmente a sus hijos discriminando a alguno de ellos aplicando una normatividad que exige un trato equitativo. La justicia se mueve en un entorno público, supone relaciones intersubjetivas como lo exige la misma noción de igualdad.

Asimismo, debe distinguirse entre justicia formal y material. Desde el punto de vista jurídico, no resulta absurdo que una ley injusta, que prohíbe el acceso de gente de color a un parque, sea administrada con justicia: solo se condenarían a los que la transgreden. Esta situación, que nos resulta intuitivamente inadmisible desde el punto de vista de la justicia material, nos plantea el interrogante de: ¿qué cosas son relevantes o irrelevantes en los seres humanos? Para Hart hay una preconcepción de la naturaleza humana por la que entendemos que los seres humanos deben ser tratados con igualdad, y que color, estatura, creencias religiosas, sexo, son características irrelevantes. Esta preconcepción antropológica en términos del principio de no discriminación parece que se constituye como un valor inherente al derecho en términos de justicia y cabría preguntarse si no debería formar parte del mismo "contenido mínimo de derecho natural".

A partir de Norberto Bobbio resulta necesario distinguir entre diferentes enfoques desde los cuales se puede analizar el positivismo o el iusnaturalismo. En una serie de ensayos escritos a principios de los años sesenta, reunidos posteriormente bajo el título *El problema del positivismo jurídico,*[22] Bobbio distingue tres puntos de vista desde los cuales debe entenderse tal concepción: como aproximación o enfoque —que en un sentido amplio podríamos llamar "metodológico"—, como "teoría" y como "ideología".

Desde el punto de vista metodológico, el positivismo jurídico "asume frente al derecho una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables […] y no la mayor o menor corres-

---

[21] *Cit.* por Ernesto Garzón Valdés, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Derecho y moral…, cit.,* p. 47.

[22] Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965; reed. en México, Fontamara, 1991.

pondencia con cierto sistema de valores". Este *approach* "científico" en el estudio del derecho supone asumir una perspectiva descriptivista. Cualquier introducción valorativa vulneraría la pretensión de cientificidad y convertiría a la ciencia jurídica en "política jurídica", es decir, en un conocimiento de tipo prescriptivo.

Por lo que respecta al positivismo jurídico entendido como "teoría", Bobbio lo resume en cinco tesis básicas:

1. El derecho es coactivo, es decir, es un sistema de normas que se aplican por la fuerza o cuyo contenido reglamenta el uso de la fuerza.
2. La norma jurídica es imperativa, es decir, debe entenderse como mandato.
3. La supremacía de la ley sobre las otras fuentes del derecho y la reducción de estas últimas a fuentes subordinadas o aparentes.
4. El ordenamiento jurídico entendido como un sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o ausencia de lagunas y de coherencia o falta de antinomias.
5. Por último, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica o aplicación mecánica de la norma bajo el criterio de subsunción.

Finalmente, en cuanto ideología, el positivismo jurídico asume la creencia en ciertos valores y confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo. De acuerdo con el mismo Bobbio, un positivista puede argumentar a favor del valor positivo del derecho, bien sea haciendo coincidir el juicio de justicia o de injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez, o bien mostrando que la sola existencia del derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza, la justicia legal. Con cualquiera de las argumentaciones, lo que se concluye es que la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral. Sea por su validez o por la preservación de ciertos "valores intrajurídicos", el derecho debe ser obedecido no solo por temor a la sanción, sino por deber moral.

Entre los tres puntos de vista o aspectos del positivismo jurídico no existe un nexo necesario, sino contingente, fáctico o histórico. Se puede ser positivista "metodológico" y no serlo desde el punto de vista teórico o ideológico. Por ello se comprende el siguiente testimonio del propio autor:

> Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es jusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela "…

> depende". Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y jusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.[23]

La misma distinción entre los aspectos "metodológico", "teórico" e "ideológico" sirve a Bobbio para su concepción de la filosofía del derecho en un sentido amplio, es decir, como aquella disciplina que se ocupa:

1. De la metodología que adoptan los juristas para comprender, interpretar e integrar las normas del o de los ordenamientos jurídicos (teoría de la ciencia jurídica).
2. De la determinación del concepto de derecho a partir de una reflexión sobre las normas y el ordenamiento jurídico (teoría del derecho).
3. De las relaciones del derecho con los principios de justicia y, en general, con los valores básicos que cohesionan normativamente una sociedad: libertad, igualdad, bienestar, por ejemplo (teoría de la justicia).[24]

Es en este último aspecto como entendemos, con Bobbio, una teoría de la justicia, es decir, como constitutiva, como parte integral de la filosofía del derecho.

Al jurista, en cuanto jurista, también le compete determinar el concepto de derecho y establecer y tomar posición frente a una concepción de la justicia. El filósofo del derecho debe asumir una posición justificatoria de las normas jurídicas, "punto de vista interno", o del participante, para usar la terminología de Hart, que incorpore los principios de justicia de forma crítica para dar cuenta de los problemas contemporáneos a los que un jurista, en cuanto jurista, no puede y no debe renunciar.

Para Eduardo García Máynez, los conceptos de validez intrínseca (iusnaturalismo), validez formal (positivismo) y positividad (realismo jurídico) no corresponden a un solo objeto, con lo cual el derecho es susceptible de tener tres definiciones diversas. Pero esta división solo tiene un valor teórico y la reunión de las tres notas en todos y cada uno de los preceptos que for-

---

[23] *Ibidem*, p. 89.

[24] Bobbio, Norberto, "Naturaleza y función de la filosofía del derecho", en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 91 y ss.

man un ordenamiento jurídico constituyen un caso límite o ideal de realización de la justicia. Por ello afirma con claridad:

> La superación de tal diversidad no estriba en referir las nociones de validez formal y validez intrínseca a un concepto genérico de validez, ni en una reducción semejante de los términos derecho vigente, derecho justo y derecho positivo, sino en el establecimiento de un orden jurídico que además de tener validez formal, valga de manera objetiva y goce de eficacia. Si la solución del problema no puede hallarse en la órbita de la teoría, habrá que buscarla en el terreno de la acción.[25]

Esto es lo que Máynez denominó *la idea jurídica y su desarrollo dialéctico.* ¿Qué entiende Máynez por esta idea?:

> El dualismo normativo aparece como oposición *transitoria y relativa* de los momentos iniciales de un solo desarrollo, que encuentra su culminación en la síntesis superadora de esos momentos. La realización —y oposición pasajera— entre el ideal no realizado y la realidad que para afirmarse niega los principios que le confieren sentido, encuentra su cumplimiento y elimina todo antagonismo cuando la idea se transforma en realidad y esta realiza la idea. *La pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso, al coincidir en un solo orden jurídico los atributos de validez intrínseca, validez formal y positividad.*[26]

Para García Máynez, los iusnaturalistas clásicos cometían el error de pensar que era posible construir todo un sistema de derecho natural sobre unos pocos principios básicos, ignorando la relatividad esencial de los valores jurídicos, en conexión con las circunstancias cambiantes de espacio y tiempo. Por su parte, el positivismo jurídico caía en el error de creer que el derecho natural era irrealizable, ya que en cuanto se positivizaba quedaba destruida su propia idea.

Según García Máynez, lo que ninguno llegó a comprender, y que ya había visto con claridad Nicolai Hartmann, es que existe una tendencia hacia lo ideal inmanente en lo positivo. Dicho en otros términos: todo derecho positivo tiene la "pretensión de ser justo". Que así sea es algo que se percibe en los mismos regímenes de tipo dictatorial más acentuado, que —sin pre-

---

[25] García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho,* México, Universidad Veracruzana, 1960, p. 245.

[26] *Ibidem,* p. 249. Véase también del mismo autor *Filosofía del derecho,* México, Porrúa, 1974, p. 517; *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* México, Fontamara, 1993, p. 174; y *Diálogos jurídicos,* México, Porrúa, 1978, p. 433.

juzgar sobre la calidad de su valoración— quieren persuadir y pregonar que su derecho es un orden justo. En los sistemas democráticos, piensa García Máynez, existe en el propio legislador una determinación axiológica por principios jurídicos ideales, puesto que la determinación del contenido de la ley solo puede hacerse a la luz de criterios de orden material; asimismo, en los órganos judiciales, ante las situaciones de casos no previstos por el legislador —lagunas en la ley—, o bien, de aplicación analógica de la misma, se recurre a criterios ultrapositivos de valoración.

De esta manera, la *idea del derecho (o ideal),* en cuanto afirmación de que el sentido del derecho consiste en la realización de valores concretos, es la raíz del iuspositivismo y del iusnaturalismo. Por ello, quien acepte que la verdadera seguridad es la fincada en la justicia y que la eficacia de un orden injusto es siempre relativa, no podrá aceptar que justicia y seguridad sean valores antagónicos:

> Si la legalidad es valiosa, su valor depende precisamente de ese mínimo de justicia que a través de ella se logra. Comparada con la anarquía, no hay duda de que es un valor positivo; mas de aquí no debe inferirse que tal valor sea el supremo entre los jurídicos ni, menos aún, que se oponga al de lo justo. Lo que ocurre es precisamente lo contrario: *la regulación legal vale en la medida que asegura cierto grado de igualdad y de justicia.*[27]

Hay mucho de cierto en estas reflexiones de García Máynez. Varios filósofos del derecho contemporáneos se alinean en torno a la defensa de la "tesis de la vinculación" entre moral y derecho. Tal es el caso, como hemos visto, de Robert Alexy con su idea de la "pretensión de corrección" como un elemento necesario del concepto de derecho; o de Ernesto Garzón Valdés, que extiende la idea de "pretensión de corrección" de Alexy a la idea de "pretensión de legitimidad" de los sistemas jurídico-políticos; o bien, la idea de Otto Brusiin y el mismo Garzón Valdés con el argumento, que ya encontramos en García Máynez, de la interrelación entre seguridad y un mínimo de justicia.

Sostener la tesis de la vinculación entre moral y derecho en las versiones "débiles" que he mencionado no compromete a estos autores con las propuestas iusnaturalistas en sus presentaciones paradigmáticas. Por otra parte, todos ellos se declaran al mismo tiempo "normativistas", es decir, reconocen que la ciencia del derecho solo puede construirse a partir del análisis de las normas puestas o positivas. Creo que en esta misma dirección cabe situar

---

[27] García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho…, cit.,* p. 253.

la posición de García Máynez. Quizás, con respecto al debate entre iusnaturalistas y positivistas, las propuestas superadoras como la de Máynez nos hagan caer en la cuenta, de una vez por todas, de que tal debate merece ya un descanso y deba quedar justamente situado como un capítulo más de una buena historia de las ideas jurídico-filosóficas.

III. Un antes y un después en la teoría de la justicia

En 1971, John Rawls publica *A Theory of Justice,*[28] el intento más serio —junto con el de Jürgen Habermas— de ofrecer una fundamentación racional de las normas morales. La obra de Rawls no solo ha tenido una influencia directa en la reformulación de la relación entre derecho y moral, sino que también ha estimulado el interés de muchos filósofos del derecho por la filosofía política y la filosofía de la economía. Como afirma Ronald Dworkin:

> Rawls no se percibió a sí mismo como filósofo del derecho, y si bien en su obra se encuentran muchas discusiones jurídicas importantes […] realizó sus principales contribuciones a la teoría jurídica a través de su filosofía política, puesto que la teoría jurídica es un departamento de la filosofía política y Rawls escribió de manera abstracta sobre toda la disciplina.[29]

La obra de Rawls marca una inflexión notable en los estudios sobre la justicia y no resulta exagerado hablar de un antes y un después a partir de su obra. En un sentido, es legítimo considerar a la obra de Rawls como un cierre de un periodo —la posguerra— caracterizado por demandas sociales de colectivos histórica y culturalmente discriminados, de propuestas demócratas en línea con un Estado de bienestar y de un replanteamiento radical de la actividad judicial con un protagonismo más decidido de los tribunales federales y de las cortes supremas de justicia. Pero la propuesta rawlsiana también ha significado, hasta nuestros días, una reivindicación de la ética desde un punto de vista deontológico-neocontractualista que inaugura un modo de acercamiento, y una justificación de la actividad humana que repercutirá en todos los ámbitos de la filosofía social, desde la filosofía política y económica hasta nuestra disciplina filosófico-jurídica.

---

[28] Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 2a. ed., México, FCE, 1995.

[29] Dworkin, Ronald, "Rawls and the Law", Keynote Address Professor Ronald Dworkin llevada a cabo el 7 de noviembre de 2003 en la Fordham University School of Law Conference, y publicada en la *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5, 2004, p. 1387.

Por lo pronto, vale la pena tener en mente la distinción que Rawls propone entre *concepto* y *concepciones* de justicia. Con respecto al concepto de justicia, Rawls acepta su carácter intersubjetivo, alteritario, así como su relación con la idea de asignación de derechos y obligaciones, cargas y beneficios, entre los individuos. Asimismo, tal asignación se puede dar bajo ciertas "circunstancias" de la justicia tanto objetivas como subjetivas, tal como habían establecido autores como Hume y Hart. Este núcleo básico en el que coincidirían todos los teóricos, desde Aristóteles hasta los contemporáneos, será el punto de partida para las diversas concepciones que desarrollaremos en los siguientes capítulos de este libro, comenzando por la del propio Rawls con su propuesta de una justicia como imparcialidad.

IV. *Praeludium.* Un problema jurídico… y moral: ¿castigo prudencial o garantista?

El tema de la sanción, las penas o el castigo ha ocupado la atención de los filósofos del derecho de una forma recurrente a lo largo de la historia. Mi propósito en este apartado es presentar el debate sobre su justificación tomando como punto de partida la propuesta del filósofo mexicano del derecho Ulises Schmill. Espero con ello, desde estas Preliminares y de forma introductoria, dar cuenta de la importancia de las relaciones entre derecho y moral, y mostrar las implicaciones que puede tener esta relación para una teoría de la justicia.

Una de las ideas directrices en la obra de Schmill es la distinción que toma de Max Weber entre "ética de la convicción" y "ética de la responsabilidad". Esta distinción sirve de marco teórico para determinar dos modelos posibles de decisiones y, con ellos, dos modelos posibles de interpretación jurídica.[30] Ambos modelos sirven también para dar cuenta de dos tendencias observables en la conducta humana. La primera tiene que ver con los intereses del sujeto sancionador, buscando su satisfacción en la retribución; la segunda tiene por objeto obtener la explicación de la conducta delictiva. Schmill las denomina "actitud normativa" y "actitud explicativa", respectivamente. La "actitud normativa" responde a una ética de la convicción, mientras que la "actitud explicativa" responde a una ética de la responsabilidad.

Tomando como punto de partida este marco conceptual, mi interés específico en este apartado es presentar los dos modelos en los términos de

[30] Schmill, Ulises, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", *Teoría del derecho y del Estado,* México, Porrúa, 2003.

Schmill, su crítica a una ética de la convicción y su preferencia por una ética de la responsabilidad;[31] proponer una tercera alternativa señalando algunas limitaciones a la propuesta de Schmill, e intentar dar una respuesta a la pregunta sobre el tipo de castigo a aplicar en el marco de la llamada justicia transicional. En este último punto ejemplificaré haciendo una mención especial al problema, dramáticamente contemporáneo, de la impunidad de la que suelen gozar los violadores de los derechos humanos.

1. *Ética de la convicción o modelo "Cleón-absolutista"*

De forma clara y detallada, Schmill sintetiza las características típicas de la ética de la convicción en las siguientes tesis. Resumo las mismas:

a) Lo debido de una conducta nunca se encuentra determinado por las situaciones externas, sino por las condiciones internas del sujeto.
b) La desatención al mundo externo produce una tendencia despreciadora del empirismo y una proclividad al apriorismo y al absolutismo.
c) El criterio fundamental de lo bueno consiste en seguir al pie de la letra la máxima o norma moral de la conducta.
d) Dogmatismo en relación con las normas. Ausencia de críticas: es la norma fundamental.
e) Autocracia como correlato político.[32]

Esta ética de la convicción se ejemplifica en *El debate sobre Mitilene*[33] con el discurso de Cleón. Como se recordará, la materia del debate, tal como se presenta por Tucídides, fue la dilucidación del problema de la justificación de la pena, de la fundamentación de la sanción o de la legitimidad del castigo. En palabras de Schmill:

> El discurso de Cleón ha tendido a justificar la pena máxima impuesta a los mitilenios, mediante el señalamiento enfático de su culpa. [...] La afirmación de la intencionalidad del acto delictivo, base del juicio de reproche de la culpabilidad, es el producto de la inconspicuidad de las circunstancias o

[31] Para la presentación de cada uno de los modelos he seguido de cerca uno de los textos más exquisitos de la extensa obra de Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene. La justificación de las penas,* México, Verdehalago, 1998.

[32] Schmill, Ulises, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", *op. cit.,* pp. 216-218.

[33] Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, trad. de Juan José Torres Esbarranch, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 2000, lib. III, pp. 36-50.

> elementos condicionantes de la conducta infractora y, por tanto, conducen a la afirmación de la libertad de la conducta, del libre arbitrio. [...] La culpa es la manifestación de la maldad y, por tanto, la medida de la pena. Ese es un argumento emotivo, dirigido a suscitar los sentimientos de los oyentes, para moverlos a la venganza. La compensación de la culpa por medio del castigo es una idea falsa y demagógica: la culpa no puede remediarse, no se puede intervenir en los acontecimientos pasados, como Protágoras lo había demostrado. La culpa tiene un supuesto indemostrable: que el sujeto infractor pudo haber actuado de otra manera.[34]

Bajo tales supuestos, la concepción de Cleón es calificada por Schmill de tradicional, absolutista, retributiva y pasional, y corresponde en sus propios términos a la tríada: *pasado-pasión-justicia*:

> La justicia es entendida como retribución, como reacción violenta a un mal que se ha sufrido; por tanto, está condicionada por el pasado. La mirada de la retribución está dirigida hacia lo ya acontecido y está cargada con la sustancia del entusiasmo, generada por el deseo de venganza. La justicia, como retribución, satisface la pasión elemental de restablecer la igualdad rota entre los dolores y satisfacciones comparados intersubjetivamente, que son el lote de cada sujeto en su vida.[35]

Para el absolutismo moral, la inviolabilidad de los principios significa que no está moralmente justificado invalidarlos aun cuando exista conflicto entre ellos. Todos los intentos de ofrecer razones en apoyo a las creencias últimas son superfluos. Las verdades morales autoevidentes o bien se adquieren por una intuición metafísica no corroborable intersubjetivamente, o bien por un acto de fe religiosa. Contra este absolutismo moral es necesario sostener, con Popper, la posibilidad de un control racional de nuestras creencias y, por tanto, invalidar cualquier argumento de autoridad aceptado dogmáticamente. La libertad de pensamiento y discusión racional son valores liberales que no requieren de ulterior justificación, pero, y esto me parece relevante para no incurrir en la misma crítica que se hace del absolutismo moral, "pueden justificarse pragmáticamente sobre la base del papel que desempeñan en la búsqueda de la verdad". Esta exige, al menos, "*a)* imaginación, *b)* ensayo y error, *c)* el descubrimiento gradual de nuestros prejuicios mediante *a)* y *b)* y la discusión crítica".[36]

---

[34] Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene…, cit.,* pp. 51 y 61.

[35] *Ibidem,* p. 66.

[36] Popper, Karl, *En busca de un mundo mejor,* trad. de Jorge Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1994.

Ahora bien, rechazar el absolutismo moral no conduce necesariamente a una metaética subjetivista, no cognoscitivista o escéptica, desde la que, como veremos, se sitúa Schmill para defender su concepción positivista y cientificista, en el marco de una "ética de la responsabilidad". Más bien, entre el absolutismo y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo), como observaremos en el tercer modelo.

Si nos situamos ahora en el punto de vista de la ética normativa, tiene razón Schmill en resaltar las desventajas de una ética retribucionista, que bien pueden sintetizarse en la idea de que es muy difícil aceptar el hecho de que la suma de dos males dé como resultado un bien. En este sentido, las siguientes preguntas resultan pertinentes:

> ¿Qué si no el resentimiento y el deseo de venganza explica esta preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien? ¿No es acaso la demostración más clara del fetichismo ante las reglas propia del formalismo moral toda esta idea de que los criminales deben ser penados cualesquiera que sean las consecuencias? ("aunque perezca el pueblo", como decía Kant).[37]

Sin embargo, sus desventajas no nos deben impedir ver sus bondades; por ejemplo, excluir la posibilidad de penar a un inocente, exigir solo la penalización de acciones voluntarias, prescribir penas más severas para los hechos más graves, determinar que un acto intencional sea más severamente penalizado que uno negligente; aspectos todos ellos que corresponden también a nuestras convicciones intuitivas de justicia.[38]

2. *Ética de la responsabilidad o modelo "Diódoto-consecuencialista"*

Las propiedades características de una ética de la responsabilidad, por contraposición a las de una ética de la convicción, según Schmill, podrían resumirse en las siguientes:

a) Lo debido de una conducta se encuentra determinado por las situaciones exteriores;
b) La atención al mundo externo produce una tendencia favorable al empirismo y una proclividad a rechazar el apriorismo y el absolutismo;

---

[37] Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 429 y 430.

[38] *Ibidem,* p. 429.

c) El criterio fundamental de lo bueno consiste en seguir las reglas o máximas morales que tienden a considerar lo bueno o lo útil de las consecuencias y resultados externos de la propia conducta;
d) Con ello, se establece un criterio relativo de lo que es lo bueno. No hay regla universal moral que valga para todos los lugares, tiempos, personas o situaciones, y
e) Si las éticas de la responsabilidad tienen las características de ser relativas, empíricas y antidogmáticas, entonces necesariamente, por razones de congruencia, sus partidarios sustentarán a la democracia, la que se convierte en su correlato político.[39]

Tal ética de la responsabilidad se ejemplifica en *El debate sobre Mitilene* con el discurso de Diódoto. El contenido del discurso puede sintetizarse en los siguientes términos:

> [...] la conveniencia y utilidad del castigo impuesto a los mitilenios. Utilidad y conveniencia ¿para quién? Evidentemente, para el imperio ateniense, para el poderoso. Diódoto se presenta más radical que los propios atenienses indignados: la utilidad será el criterio del castigo de los mitilenios, no el de la culpa. [...] Diódoto concibe al hombre como un ser guiado por las necesidades. Estas son las que determinan su conducta, *prima facie.* [...] Desde el punto de vista de la terminología de los economistas podría decirse que la realización de la conducta infractora se lleva a cabo porque arroja una utilidad al sujeto infractor, superior a los costos en los que incurre con motivo de su ejecución. La diferencia entre las utilidades que obtiene el infractor y los costos en los que incurre, es positiva. El infractor se comporta desde el punto de vista económico, como un hombre racional, como un empresario del crimen: calcula sus costos y las utilidades esperadas. Si estas superan a aquellos realizará la conducta. Se trata de la ley de la oferta y la demanda.[40]

A diferencia de la argumentación de Cleón, la de Diódoto corresponde a la tríada: *futuro-razón-utilidad*. A la justicia se opone la utilidad. Lo que se propone ahora es no mirar al pasado, poner al margen la pasión y olvidar la retribución. De lo que se trata es de actuar racionalmente y, en consecuencia, ponderar la utilidad de la conducta presente medida por sus consecuencias futuras:

> […] la razón no está de parte de la retribución, sino de la utilidad. La culpa es un concepto al servicio de la retribución y es, por tanto, irracional. Afirmarla

[39] Schmill, Ulises, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", *op. cit.,* pp. 218-220.

[40] Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene…, cit.,* pp. 64, 70 y 71.

> es el producto de haber asumido la postura normativa, la cual está al servicio del egoísmo mal entendido, pues con ello se niega el incremento de poder que puede producir el conocimiento y la racionalidad.[41]

El argumento presentado por Diódoto es de tipo utilitarista. Para el utilitarismo, la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado, sino para promover la felicidad general de cara al futuro. Varias son las bondades de este modelo, que claramente ha destacado Schmill. Sin embargo, las principales críticas que los deontologistas formulan a los utilitaristas podrían resumirse en las siguientes: no se asegura bajo esta concepción la exigencia de actitudes subjetivas —intención o negligencia— para la responsabilidad penal; existe la posibilidad, como consecuencia contraintuitiva, de justificar el castigo de un inocente cuando esto sea necesario para evitar un mal mayor; pero sobre todo, el problema no solo está en la posibilidad de penar a los inocentes, sino también en el castigo de los culpables. Porque:

> […] como según el utilitarismo, esa culpabilidad es *irrelevante* (salvo por razones de eficacia) para justificar la pena, los que han delinquido podrían legítimamente protestar: "¿Por qué hemos de ser sacrificados *nosotros* en aras del mayor beneficio del resto de la sociedad, o sea, en definitiva, de otros hombres? No nos digan que porque hemos cometido delitos, porque eso, según ustedes es tan moralmente irrelevante como nuestro color de piel. Ustedes nos están usando solo como medios en beneficio de otros". O sea, el utilitarismo enfrenta aquí el mismo problema de *distribución* que hemos visto como el más serio defecto de esta teoría.[42]

Hasta aquí la presentación y crítica de los dos modelos. ¿Cuál fue el resultado del debate sobre Mitilene? Venció la proposición de Diódoto. Si se parte de una visión consecuencialista y se rechaza algún límite objetivo, no debe sorprendernos que la decisión de los atenienses, dos años después, haya sido la contraria a la sustentada en *El debate sobre Mitilene*, esta vez contra los melios:

> Y los atenienses ejecutaron a todos los melios en edad viril que cayeron en sus manos y redujeron a la esclavitud a los niños y mujeres. Fueron ellos mismos quienes, enviando seguidamente quinientos colonos, poblaron la ciudad.[43]

---

41 *Ibidem,* p. 80.

42 Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho, cit.,* pp. 430 y 431.

43 Cit. por Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene…, cit.,* pp. 87 y 88.

Con un criterio de racionalidad instrumental, en un contexto consecuencialista, no veo razón para que no se justifique cualquiera de las dos sanciones si así ha sido consensuada por conveniencia para los atenienses. Una posible razón, sugerida por el propio Tucídides en el texto, podría haber sido la necesidad de expansión territorial y poblacional en un marco imperialista. En un tiempo *x* se perdona y se aplica una sanción "relativa" (mitileneos); en un tiempo *y*, por otras razones, conviene aplicar una sanción "absoluta" (melios). ¿Cuál es el límite? Si no se apelan a otro tipo de razones, no solo cualquiera de las dos soluciones contrapuestas son posibles, sino que pueden ser moral y jurídicamente justificables.

3. *Ética de lo razonable o modelo "Pericles-objetivista"*

Con ánimo de ajustarme al debate sobre Mitilene, pienso que quizás el discurso fúnebre de Pericles,[44] reconstruido por el mismo Tucídides, sería un buen ejemplo de este modelo, que no debe asimilarse al discurso de Diódoto, como lo hace Schmill. Es verdad, como él mismo afirma, que tanto en el discurso de Diódoto como en el de Pericles:

> Estamos frente al optimismo de la primera ilustración, surgido del descubrimiento de la autonomía humana. No los dioses, no la tradición, no el poder y la heteronomía eran los que mantenían atados al hombre a modos de conducta insatisfactorios e ineficaces, sino la propia incapacidad para hacer uso de la razón, de las palabras como guías de la acción.[45]

Sin embargo, mientras que en Diódoto se vislumbra la justificación de una racionalidad sofista de tipo instrumental —la utilidad y la conveniencia será el criterio de castigo a los mitileneos, y se excluye la justicia como materia del debate—, en el caso de Pericles son la justicia y la igualdad ante la ley *(isonomia)* las que permean todo su discurso:

> Tenemos un régimen político que no envidia las leyes de los vecinos y somos más bien modelo para algunos que imitadores de los demás. Recibe el nombre de democracia, porque se gobierna por la mayoría y no por unos pocos; conforme a la ley, todos tienen iguales derechos en los litigios privados y, respecto a los honores, cuando alguien goza de buena reputación en cualquier aspecto, se le honra ante la comunidad por sus méritos y no por su clase so-

[44] Tucídides, *op. cit.*, lib. II, pp. 35-46.

[45] Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene…, cit.,* p. 56.

> cial; y tampoco la pobreza, con la oscuridad de consideración que conlleva, es un obstáculo para nadie, si tiene algún beneficio que hacerle a la ciudad. […] Y así como no nos molestamos en la convivencia privada, tampoco transgredimos las leyes en los asuntos públicos, sobre todo por temor, con respecto a los cargos públicos de cada ocasión y a las leyes y, entre estas, particularmente, a las que están puestas en beneficio de las víctimas de la injusticia y a las que, aun no escritas, conllevan por sanción una vergüenza comúnmente admitida.[46]

Con todo, hay que tener presente que la lectura de estos textos clásicos no puede hacerse en clave moderna, en términos de derechos humanos y de una nítida distinción entre lo privado y lo público a partir del concepto de autonomía individual. Pero en este discurso, reitero, se reafirma una y otra vez un claro sentido de la justicia que dista de una interpretación consecuencialista de la misma, en los términos de Diódoto. Entre el absolutismo y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo) muy ajeno al dogmatismo y, por el contrario, anclado fuertemente en premisas empírico-racionales, en el marco de una tradición hobessiana-kantiana. Es falsa la idea de que cualquier alejamiento del subjetivismo nos conduciría irremediablemente a un absolutismo moral. Ambas tradiciones, la hobessiana y la kantiana, aparecen conectadas en lo que, siguiendo a Nino, podríamos llamar "la práctica social de la discusión moral"[47] que, por una parte, satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos apropiados para satisfacer tales funciones.

Tal objetivismo moral mínimo no se compromete con postulados metafísicos, menos aún con premisas de fe religiosas; sirve además de fundamento a una ética normativa de corte liberal que rechaza cualquier imposición de la moral por el derecho que limite injustificadamente la autonomía personal. Arraiga en un mundo fáctico que impone exigencias morales y en una clara distinción entre lo privado y lo público justificada por el valor *objetivo* de la autonomía personal. Tampoco el objetivismo ético se compromete con una autoridad pasional y arbitraria si ella está debidamente acotada racionalmente.

A las tríadas: *pasado-pasión-justicia* y *futuro-razón-utilidad* podría agregarse una tercera, *pasado-razón-justicia-futuro*, en el marco de un Estado liberal

---

[46] Tucídides, *op. cit.*, lib. II, p. 37.

[47] Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 104 y ss.

igualitario (democrático y social) de derecho como único garante de la paz. Solo esta última alternativa parece ser la vía más adecuada para legitimar las sanciones. El marco de lo razonable es ofrecido por la idea de un Estado democrático de derecho y la salvaguarda de los derechos fundamentales como límite infranqueable y no negociable. Veamos esta alternativa más detenidamente a partir de la situación de impunidad de la que suelen gozar los violadores de los derechos humanos.

4. *¿Castigo prudencial o castigo garantista?*

Como puede advertirse, el problema de la impunidad de los violadores de los derechos humanos no solo es un ejemplo que goza de plena vigencia, sino que permite el análisis ético, político y jurídico como quizás pocos ejemplos lo puedan hacer hoy día. Por lo pronto, cabe decir que tanto en la tríada del primer modelo —*pasado-pasión-justicia*— como en la del segundo —*futuro-razón-utilidad*— debe quedar excluida la estrategia del olvido. En el análisis del debate sobre Mitilene, Schmill tiene claro que el punto de partida es el recuerdo, muy reciente, por cierto, de la "traición" de los mitileneos. La estrategia del olvido excluye, por definición, la acción de perdonar, de reconciliarse o de castigar. Quien olvida pretende eliminar aquello que mantiene vivo el recuerdo. Si lo logra —difícil, por cierto, ya que bastaría que otro lo recordara para que se active la memoria— no sabe, entonces, qué es lo que tiene que perdonar o con respecto a qué debe pedir perdón, o con respecto a qué se le castiga o con quién debe reconciliarse.[48]

Si partimos del recuerdo caben tres posibilidades: el perdón, la reconciliación y el castigo. La estrategia del perdón presupone el reconocimiento por parte del culpable del ilícito cometido. Pero no solo ello, sino también la responsabilidad que conlleva y el arrepentimiento del mismo. Si estas actitudes no se manifiestan, el perdón es gratuito y exigirlo a una víctima del delito sería imponerle una acción supererogatoria. Como afirma Ernesto Garzón Valdés:

> En las transiciones argentina y chilena —si se prescinde de casos excepcionales como el del excapitán Alfredo Scilingo quien confesó arrepentido en 1995 su participación en los llamados "vuelos de la muerte"— ello no ha sucedido. Por el contrario, los autores y actores del terrorismo de Estado reiteran hasta hoy su convicción de estar libres de culpa y cargo y de haber actuado en una

[48] Garzón Valdés, Ernesto, "Terrorismo de Estado y justicia", *Estudios,* México, ITAM, núms. 56-57, 1999, p. 10.

> "guerra justa". La concesión de perdones gratuitos —como ha sido el caso de las leyes de amnistía en el caso argentino— ha servido tan solo para reforzar la impunidad, con el consiguiente agravio para las víctimas. Esto por lo que respecta a lo que podría llamarse "perdón institucional". En el caso de la víctima individual, exigirle la concesión del perdón sería imponerle un comportamiento supererogatorio que, por lo tanto, no puede ser considerado como un deber moral.[49]

Si de lo que se trata es de imponer un perdón recíproco, la estrategia se conoce como reconciliación. Esta estrategia es la que inspira el proceso de transición democrática en España o las acciones de la *South African Truth and Reconciliation Commision* y de la *Bosnia and Herzegovina Truth and Reconciliation Commision*. La reconciliación supone la aceptación de una culpabilidad recíproca, "nadie es inocente" y, por supuesto, relaciones simétricas. Con respecto a esta última, en un sistema autoritario por definición no cabe la reconciliación, ya que estos sistemas suponen un sistema asimétrico de ofensas. Necesariamente habrá víctimas inocentes. Con respecto a la culpabilidad recíproca y colectiva, parece tratarse de:

> […] una versión laica de la metáfora evangélica de la "piedra" que "solo podría arrojar el inocente" [...] En julio de 1982, Reynaldo Bignone, el último jerarca del "Proceso de Reconstrucción Nacional" argentino, formuló el presupuesto para una posible "reconciliación" cuando expresó: "el que esté libre de culpa que arroje la primera piedra". Desde Córdoba, Arturo Illía, el siempre honesto expresidente, le respondió: "Yo tengo piedras en las manos".[50]

Queda la alternativa del castigo, y aquí todavía debemos distinguir dos tipos, que llamaré castigo prudencial y castigo garantista. El primero se une al perdón y a la reconciliación de cara al futuro, y se justifica desde una perspectiva utilitarista. Esta es la solución del modelo Diódoto-consecuencialista, que comparte Schmill. Se habla también de castigos ejemplares o selectivos. El segundo se justifica a partir de un retribucionismo moderado con apego a la ley, en el marco de un Estado constitucional de derecho.

Con respecto al castigo prudencial o selectivo, esta teoría sostiene que:

> La calidad de un sistema de justicia penal no puede ser juzgada desde el punto de vista cuantitativo y que, dado el gran número de culpables, es aconsejable "seleccionar" algunos y aplicar solo a ellos las penas correspondientes. La selección no afectaría los efectos preventivos de la pena y permitiría contar

[49] *Ibidem*, p. 17.

[50] *Ibidem*, p. 19.

> eventualmente con la colaboración de quienes tan solo se limitaron a obedecer órdenes. [...] Esta es la posición que se asumió en la Argentina en los juicios contra las juntas militares y sus agentes tras la sanción de la llamada "Ley de obediencia debida".[51]

Con razón, Garzón argumenta que, desde un punto de vista ético-normativo, parece correcto sostener que *todos* los culpables deben ser condenados. El criterio cuantitativo no parece ser una razón normativamente concluyente. Por ello, la única posibilidad que queda es la aplicación del Código Penal a los culpables, con todas las garantías del Estado de derecho democrático, es decir, un castigo garantista. En situaciones extremas, que resultan aberrantes, contrarias al más elemental sentido de justicia, se deben hacer valer los derechos humanos con toda su universalidad y objetividad, y las instituciones jurídicas que garanticen en sociedades modernas los mínimos básicos de seguridad y convivencia sociales. La seguridad jurídica exige un mínimo de moralidad si no es que queremos deslizarnos hacia una concepción autocrática del Estado.

¿Se justifica entonces la intransigencia o intolerancia ante los violadores de los derechos humanos y la defensa de tribunales internacionales que hacen valer la jurisdicción extraterritorial y la no prescriptividad tratándose de delitos de lesa humanidad? Pienso que sí. Para tales casos no caben el perdón y la reconciliación, ni el castigo selectivo, para que, desde una razón prudencial o estratégica, construyamos de cara al futuro una democracia justa. No hay negociación política alguna que justifique su impunidad. Más bien, lo que se exige es el juicio y el castigo garantista. Vale la pena citar el testimonio de una de las sobrevivientes del holocausto con ocasión de los 60 años de la liberación del campo de concentración de Auschwitz:

> Jóvenes del mundo, ustedes se preguntarán si he perdonado a mis verdugos. Mi respuesta es: ¡No¡, nunca, jamás. Para mí la cuestión no se plantea en términos de perdón. Yo estoy viva, sobreviví. No soy la que debe perdonar cuando se trata de 6 millones de judíos exterminados. No se puede perdonar globalmente lo que ya fue. [...] Exterminar a todos los judíos por el solo hecho de ser judíos, ¿piensan que es perdonable? ¿Cómo puede perdonarse la masacre de millones y millones de niños? ¿Cómo puedo perdonar que mi padre y mi hermano hayan desaparecido? ¿Qué mi madre haya muerto inútilmente, que mi hermana haya padecido en Ravensbruck? ¿Perdonar? No se puede. Lo único es tratar de que nunca más suceda una cosa sí. Nunca más.[52]

---

[51] *Ibidem,* pp. 11 y 12.

[52] Weil, Simone, "Jóvenes del mundo", París, enero de 2005, en suplemento *El Ángel* del periódico *Reforma,* 30 de enero de 2005.

¿Que lo que se propone es una versión retribucionista del castigo? Sí, entendida tal propuesta en el marco de un Estado democrático y social de derecho; pero sí, también, porque creo que no es necesario pensar demasiado en las razones que la justifican, entre otras, como sostiene Thomas Scanlon, porque: "La gente cuyo sentimiento de haber sido dañada no es reconocido y afirmado por la ley tiene menos respeto y menos entrega a la ley".[53] Pero también porque si las personas consideran que no se toma en serio su condición de víctimas, se producen dos consecuencias inaceptables:

a) Se sienten doblemente dañadas porque no solo han sufrido la acción del agresor, sino que además sufren el daño psicológico de sentirse indefensas frente al agresor real o potencial.
b) Pueden verse impulsadas a ejercer justicia por cuenta propia.

En el primer caso se viola el principio de equidad, en el segundo el principio de seguridad ciudadana, y ambos principios son constitutivos de un Estado democrático de derecho.[54]

[53] Thomas Scanlon, "Punishment and the Rule of Law", conferencia en memoria de Carlos S. Nino, Yale School, 24 de septiembre de 1994.

[54] Garzón Valdés, Ernesto, "Terrorismo de Estado y justicia", *op. cit.*, p. 16.

Capítulo primero

JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

Desde principios de los setenta, el pensamiento liberal ha mostrado una gran vitalidad que se pone en evidencia no solamente en los campos de la ética y de la economía, sino también, y principalmente, en los de la filosofía política y jurídica. Si bien, en general, el pensamiento liberal parte del reconocimiento del principio de autonomía como fundamento de sus concepciones, no todos la entienden de igual manera.

El liberalismo de algunos utilitaristas se orienta "al incremento de la autonomía global de un grupo como si se tratara de un solo individuo". El liberalismo conservador de los libertarios pretende "que la autonomía se distribuya espontáneamente" y "dejar intacta la autonomía que cada uno parece (ilusoriamente) haber alcanzado por sí mismo".[1] Por su parte, el liberalismo perfeccionista considera que la vida autónoma es valiosa si los planes de vida son aceptables y buenos. Finalmente, a partir del pensamiento de John Rawls, el liberalismo igualitario busca maximizar las libertades de cada individuo por separado compatibles con un sistema similar de libertades para todos, y las desigualdades existentes deben estructurarse en beneficio de los menos aventajados. Se trata entonces de una justicia entendida, en términos genéricos, como imparcialidad.

I. Acercamiento a las propuestas rawlsianas

Para Rawls, la justicia no juega un papel circunstancial o contingente con respecto a las leyes o las instituciones, sino necesario y sustantivo:

> No importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad

[1] Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos,* Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 344.

> en conjunto puede atropellar […] los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales.[2]

En nuestras sociedades, comprendidas como empresas cooperativas, en las que los individuos buscan obtener ventajas mutuas para solucionar conflictos y asegurar sus intereses, se requieren principios de justicia social (distributiva) que: "proporcionen un modo de asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definan la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social".[3] Todos están de acuerdo en la necesidad de principios de justicia social y también están de acuerdo en que:

> […] las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social […] Estos principios especifican qué semejanzas y qué diferencias entre las personas son pertinentes para determinar los deberes y derechos.[4]

Lejos de pretender elaborar un *concepto* de justicia como punto de partida para pasar a la evaluación de alguna *concepción* de la justicia a partir de los diversos criterios de distribución, desprendidos de su factibilidad real, para Rawls deben considerarse también, y de manera relevante, los problemas de eficiencia, coordinación y estabilidad. Una concepción de justicia es preferida a otra cuando sus consecuencias generales son más deseables.[5] Una suerte de realismo o de test empírico que permite moderar cualquier pretensión deontológica de tipo principialista o fundamentalista.

Rawls elabora su teoría de la justicia como una alternativa viable al intuicionismo y al utilitarismo clásico, doctrinas que en el contexto anglosajón —especialmente la del utilitarismo— han dominado los debates filosóficos. No es el lugar para desarrollar con detalle la crítica de Rawls a estas doctrinas, pero vale la pena señalar en sus líneas generales la crítica al utilitarismo para valorar la fuerza de su apuesta deontológica. Si bien el utilitarismo:

---

[2] Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 2a. ed., México, FCE, 1995, p. 17.

[3] *Ibidem*, p. 18.

[4] *Ibidem*, p. 19.

[5] *Ibidem*, p. 20.

1. Toma a cada individuo en serio en todos sus deseos y preferencias, lo cierto es que muchas de esas preferencias pueden tener un origen cuestionable, ¿cómo determinar qué preferencias son genuinas y cuáles no?
2. No prejuzga sobre esos deseos y preferencias, lo cierto es que si no lo hace caben también las preferencias o gustos ofensivos.
3. Es igualitario al pretender maximizar el bienestar general bajo un criterio mayoritario, lo cierto es que el bienestar general es criticable como resultado final si no se evalúa la responsabilidad de las personas con respecto a sus propios deseos —"las personas no son portadores pasivos de deseos"—.
4. Acepta la necesidad de hacer un balance costo-beneficio en el que resulta razonable ponderar ciertos sacrificios en aras de mayores beneficios futuros, lo cierto es que parece desproporcionado sacrificar individuos para beneficiar a otros —el utilitarismo no considera la independencia y separabilidad de las personas—.[6]

La justicia como imparcialidad, o "neocontractualista", permite dar respuesta a dos preguntas fundamentales, como bien enfatiza Gargarella: ¿qué nos demanda la moral?, y ¿por qué debemos obedecer ciertas reglas? A la primera pregunta el contractualista responde que debemos cumplir aquellas obligaciones fruto de un acuerdo voluntario en el que las partes establecen la autoridad que nos obliga a cumplirlas. A la segunda pregunta se responde que debemos obedecer ciertas reglas porque nos hemos comprometido a ello. Como puede apreciarse, la autoridad es una creación de los propios seres humanos y no se justifica ni religiosa ni metafísicamente, asumiendo una clara secularización de la moral, y el acuerdo que se genera es exclusivamente voluntario.[7]

Tales condiciones, en apariencia triviales, especialmente para un jurista versado en teoría del contrato, resultan extremadamente poderosas contra cualquier acuerdo de tipo fáctico-hobbesiano en el que imperarían las diferencias por razones de poder, de estatus social, cuestiones genéticas o estados emocionales. De lo que se trata es de llegar a un acuerdo imparcial, bajo condiciones ideales que permitan obviar las diferencias fácticas y hacer viable una intuición básica de acuerdo con nuestro "sentido de justicia", es decir, "que todos los individuos contamos por igual", que es tanto

[6] *Ibidem*, pp. 34 y ss.

[7] Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls,* Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 1999, pp. 30 y ss.

como afirmar que cada individuo tiene un valor intrínseco y que, por lo mismo, debemos proteger prioritariamente a los más vulnerables cuando entendemos que las diferencias han sido producto de una "lotería natural". Ninguna persona se encuentra naturalmente subordinada a las demás y las desigualdades producto de la arbitrariedad deben ser corregidas porque son intrínsecamente injustas.

1. *Concepción de la persona moral*

La posibilidad de llegar a acuerdos imparciales supone una concepción robusta de la persona moral. Con una fuerte inspiración kantiana, Rawls asume abiertamente la segunda formulación del imperativo categórico y la consideración de las personas como fines en sí mismos,[8] que supone la aceptación de algunas propiedades básicas:

a) Las personas morales están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos.
b) Tal capacidad es previa —supone un sujeto subyacente— a cualquier fin, interés o deseo.
c) Esta separación de la persona de cualquier fin, interés o deseo permite también aislarla del flujo causal —económico, histórico, político, social— en el que estos últimos, como cualquier fenómeno empírico, están inmersos.
d) Las personas morales están también separadas entre sí. Esto significa que tienen sistemas separados de fines e intereses y que son centros independientes de elecciones y decisiones.
e) Como consecuencia de todo lo anterior, si algo es una persona moral, nada que esté compuesto por ella o esté constituido a partir de ella puede ser también persona moral. En particular, las entidades colectivas no son personas morales.[9]

Con respecto a *a),* resulta evidente que si el propósito de todo discurso contractual es lograr un consenso, debe asumirse que cada sujeto participante es capaz de elegir los principios normativos que guiarán sus acciones sobre la base exclusiva de las razones dadas en el contexto del mismo discur-

[8] Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2010, pp. 37 y ss.

[9] Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos, cit.,* p. 172.

so. Llamo la atención sobre el hecho de que esta primera característica de la persona moral se refiere al valor de la autonomía personal, entendida como la "capacidad" para elegir fines y no únicamente como el "ejercicio" de tal capacidad. El universo de los sujetos morales susceptibles de intervenir en el contrato no excluye a aquellos que aún no ejercitan sus capacidades, pero podrán hacerlo si los obstáculos que se lo impiden pueden ser removibles.

La característica *b)* se refiere a la identidad de las personas morales. Debemos excluir la posibilidad de hallar alguna propiedad primitiva y absoluta de la persona que defina su identidad. Por el contrario, como afirma Derek Parfit, para referirnos a una continuidad del sujeto debemos apelar a un punto de vista "complejo" de la persona, que supone considerar todo el conjunto de fenómenos psíquicos —recuerdos, valoraciones, actitudes, creencias— concatenados causalmente.[10] Desde este punto de vista, la identidad de la persona moral no se presenta bajo el tipo de "todo o nada", sino desde una perspectiva gradual, que implica la posibilidad de concebir una pérdida de identidad personal o su desvanecimiento en una misma vida biológica.

Por lo que hace a *c),* hay que reiterar que la concepción de la persona que se pretende caracterizar no es la de la persona empírica inmersa en el flujo causal y sujeta a todas las contingencias sociales, históricas y políticas, sino a la persona moral precisamente abstraída de tales contingencias. Esta concepción normativa de la persona, que supone el valor de la autonomía personal, dista mucho de identificarse —como veremos al tratar a los libertarios— con una visión individualista de tipo atomista.

La característica *d)* hace referencia a la separabilidad e independencia de las personas, como propiedades que impiden que el individuo —al menos en la versión más cruda del utilitarismo en la llamada tesis de la "monstruosidad moral"— sea sacrificado en beneficio de otros o violado en su integridad física y mental.

Por último, la característica *e)* excluye el estatus de persona moral a las comunidades en general. Las concepciones extremas de la sociedad, colectivistas u holistas en general, terminan subordinando la identidad del individuo a la existencia e identidad de la propia comunidad. Desde un punto de vista liberal, las entidades colectivas —comunidad, nación, Estado, etcétera— no tienen los atributos de individualidad, autonomía y dignidad que caracterizan a la persona moral, y extrapolarlos gratuitamente a las entidades colectivas es un claro ejemplo de antropomorfización indebida.

---

[10] Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendom Press, 1984, tercera parte.

2. *Rasgos distintivos del contrato hipotético*

Con base en tal concepción de la persona moral, el objeto último del contrato es la construcción y establecimiento de ciertos principios de justicia. Pero antes de su formulación, Rawls señala cuáles son algunos de los límites en la aplicación de los mismos:

1. Estos principios no se orientan a resolver casos particulares, individuales o familiares. No son principios para normar relaciones interpersonales, ni organizaciones civiles: empresas, comunidades religiosas, organizaciones no gubernamentales, universidades o medios masivos. Tampoco están pensados para normar las relaciones entre Estados: no pretenden ser principios de justicia internacional. Están destinados más bien a aplicarse a la *estructura básica de la sociedad*, a sistemas e instituciones sociales, que tiene que ver con el modo en que las instituciones más importantes —la Constitución política, las principales disposiciones económicas y sociales— distribuyen los derechos y los deberes, las cargas y los beneficios.
2. Se aplican a *sociedades bien ordenadas*, es decir, sociedades donde prevalecen las circunstancias de la justicia; donde las personas son más o menos iguales entre sí y son tratadas como iguales. Quedan excluidas, por supuesto, las sociedades dictatoriales, tiránicas, demagógicas, aquellas donde sistemáticamente son violados los derechos humanos, o las extremadamente pobres y desiguales en recursos. Rawls tiene en mente las sociedades liberales democráticas o aquellas que se acercan a este modelo.
3. Si bien no podemos poner de acuerdo a todos los individuos respecto a qué sea lo justo hacer, a partir de alguna visión comprehensiva de la justicia, sí hay procedimientos —como se verá enseguida— que nos pueden ayudar a llegar a resultados razonablemente equitativos: a una justicia como imparcialidad o *fairness.*

Fijadas las condiciones de aplicación de los principios, Rawls pretende llevar la teoría contractual a un "nivel más alto de abstracción" con respecto a aquella que propusieron los clásicos —Locke, Rousseau, Kant— y postula una situación hipotética, a partir de una *posición original*. En dicho escenario, como sugiere Richard Hare, los POP *(People in Original Position)* se darán a la tarea de construir los principios para los POL *(People in Ordinary Life).*[11] Tal posición correspondería al estado de naturaleza en la teoría tra-

[11] Hare, Richard, "Rawls' *Theory of Justice*", en Daniels, Norman (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' "A Theory of Justice"*, Nueva York, Basic Books, 1975, pp. 81y ss.

dicional, por tanto, no se trata de un momento histórico real ni tampoco de una situación primitiva. Tiene que ver, más bien, con un ejercicio metodológico en el que lo relevante es hacer explícitas las reglas procesales del discurso moral-político.

¿Quiénes integran los POP? Este ha sido uno de los temas más debatidos en la propuesta rawlsiana, y no han faltado los reproches con respecto a las omisiones de grupos desaventajados, de minorías relevantes, y la crítica a privilegiar esquemas institucionales de tipo conservador. Lo cierto es que la teoría de Rawls pretende ser incluyente, más allá de algunos ejemplos poco afortunados o de las limitantes propias de la época en que escribe su *Teoría de la justicia*. La fuerza heurística de su teoría pretende dar cuenta de todos los grupos discriminados.

Asimismo, los POP se encuentran bajo lo que Rawls llama un *velo de ignorancia*: ignoran el lugar que ocupan en la sociedad, su posición de clase, su suerte en la distribución de talentos naturales, datos particulares de su plan racional de vida y rasgos propios de su psicología, así como ciertas condiciones especiales de su propia sociedad. Pero tal ignorancia no es absoluta, pues no ignoran que una sociedad está sujeta a las "circunstancias de justicia" (Hume y Hart) tanto subjetivas —aproximación similar en cuanto a las capacidades físicas y mentales, vulnerabilidad a los ataques de los demás— como objetivas —territorio geográfico limitado y recursos naturales escasos—, ni tampoco ignoran, por una suerte de sentido común o "sentimiento moral" (Adam Smith), los hechos generales y los principios básicos de organización social, de economía política, leyes básicas de la psicología humana o "todo aquello que afecte o pueda afectar una adecuada toma de decisión o elección de los principios". El velo, como se puede apreciar, no resulta ser tan espeso que impida incluso la capacidad de aproximación empática y deliberativa de los participantes.

Los POP deben "jugar". Para Rawls, la justicia como imparcialidad termina siendo un caso muy particular de la teoría de la elección racional. Por tanto, se trata de un juego con *n* jugadores: cooperativos, dado que todos prefieren llegar a un acuerdo antes que vivir en un estado de naturaleza; con plena libertad para lograr tales acuerdos, sin coerciones ni manipulaciones; son agentes racionales autointeresados, capaces de apreciar las consecuencias de sus acciones; no son envidiosos porque aceptan que otros individuos puedan —como resultado final— llegar a estar en una situación más ventajosa, si con ello mejora su propia situación (de acuerdo con el principio Pareto); y son aversivos al riesgo en situación de incertidumbre, es decir, procuran obtener lo mejor en la peor situación concebible (regla *maximin*). El juego termina cuando se alcanza el consenso sobre los principios.

Ahora bien, de acuerdo con la filosofía moral que Rawls propone:

> […] la justicia como imparcialidad es la hipótesis de que los principios que serían escogidos en la posición original son idénticos a aquellos que corresponden a nuestros juicios madurados y que por tanto estos principios describen nuestro sentido de justicia […] la mejor explicación del sentido de la justicia de una persona no es aquella que se adapte a los juicios formulados antes de examinar cualquier concepción de justicia, sino más bien aquella otra que corresponda a sus juicios tras un equilibrio reflexivo. […] este estado se alcanza después de que una persona ha sopesado varias concepciones propuestas, y/o bien ha revisado sus juicios de acuerdo con una de ellas, o bien se ha mantenido fiel a sus convicciones iniciales (y a la concepción correspondiente).[12]

Un ir y venir de las convicciones a las concepciones de justicia, compararlas y sopesarlas; corregir, adaptar y adecuar convicciones personales y principios hasta alcanzar un *equilibrio reflexivo,* un juicio madurado:

> Yendo hacia atrás y hacia adelante, unas veces alterando las condiciones de las circunstancias contractuales, y otras retirando nuestros juicios y conformándolos a los principios, supongo que acabaremos por encontrar una descripción de la situación inicial que a la vez exprese condiciones razonables, y produzca principios que correspondan a nuestros juicios debidamente retocados y adaptados.[13]

Cada uno de los supuestos mencionados ha sido cuestionado, desde el haber tomado como punto de partida la teoría del *rational choice*, hasta hacer descansar su propuesta en el principio Pareto, en la regla *maximin* y en un sentido de justicia a partir del equilibrio reflexivo. No podemos restar importancia a ninguna de las críticas, como veremos a lo largo del libro —y el primero que las confrontó y autocriticó fue el propio Rawls—, pero lo que no podemos perder de vista es el ejercicio mismo procedimental hipotético y deliberativo, que lo que pretende es asegurar la construcción de principios abstrayéndose de aquellas condiciones fácticas que viciarían de origen cualquier pretensión de imparcialidad.

3. *Los principios de justicia*

¿Cómo formula Rawls los principios de justicia acordados por los POP?:

---

[12] Rawls, John, *Teoría de la justicia, cit.*, p. 57.

[13] *Ibidem*, p. 32.

Primer principio

Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo principio

Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo [principio de diferencia], y

b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades.[14]

El primer principio asume que todo individuo, libre y racionalmente, organiza su plan de vida, y que para hacerlo viable requiere de ciertos bienes primarios —derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingresos y riquezas— que constituyen "las bases sociales de la dignidad". El principio de libertad tiene una relación de prioridad lexicográfica con respecto al segundo principio, que es tanto como decir que en una sociedad que haya adquirido un mínimo de desarrollo social —de lo contrario no se podría hablar de justicia—, la libertad solo puede ser limitada por la libertad.

Hay que destacar que entre la lista de libertades básicas que propone Rawls no se encuentra el derecho a poseer ciertos tipos de propiedad sobre los medios de producción, ni tampoco se halla la misma libertad contractual en términos de un *laissez faire*. Tales libertades son secundarias o derivadas. El elenco que propone Rawls contempla la libertad política, la libertad de expresión y reunión, de conciencia y de pensamiento, la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento —integridad de la persona—, el derecho a la propiedad personal, y la libertad frente al arresto y la detención arbitraria. Todas estas libertades garantizadas en la misma Constitución, y no en estatutos secundarios.

Con respecto a la igualdad de oportunidades, Rawls parte de una distinción dentro de la misma justicia procesal, entre aquella que supone un criterio independiente para determinar el resultado del proceso; o bien, aquella que no lo necesita. En esta última, un resultado, sea cual sea, siempre será justo o imparcial si se atiene a las reglas del procedimiento. Lo que se intentaría es que el sistema de cooperación alcance el grado de justicia puramente procesal: asegurar que todos tengan las condiciones básicas satisfechas en el punto de partida. A su vez, la justicia procesal, que requiere de un criterio independiente, podrá ser perfecta o imperfecta. En esta úl-

[14] *Ibidem*, pp. 280 y 281, también en pp. 67 y 68.

tima, aun cumpliendo con todos los procedimientos, se puede alcanzar un resultado erróneo, por ejemplo, declarar a un individuo culpable o inocente en el ámbito penal. De acuerdo con Rawls, la igualdad de oportunidades es anterior —tiene una precedencia lexicográfica— al principio de diferencia.

El principio de diferencia, en términos paretianos —una situación *S* (una asignación de recursos) es superior a otra situación *S′* si al menos una persona está mejor y ninguna está peor en *S* que en *S′*—, justifica la desigualdad real entre los individuos siempre que se estructuren en beneficio de los menos aventajados. Nadie tiene un merecimiento por situaciones que corresponden a una lotería natural, y entre estas no solo deben incluirse las correspondientes al nacimiento o a características no intencionales como el color de piel o la diferenciación sexual, sino también a las mismas capacidades mentales que en buena medida están condicionadas por el origen genético y el entorno social. Si aun asegurada la igualdad de oportunidades en el acceso y en el punto de partida dejamos abierta la diferenciación a los talentos naturales, los resultados desiguales serían injustificables. Por ello, la respuesta de Rawls, bajo el principio de diferencia, es que las desigualdades son aceptables si los más aventajados mejoran la situación de los más necesitados, vulnerables o menos aventajados.[15]

4. *Apunte en torno al segundo principio y los deberes positivos del Estado*

El segundo principio rawlsiano parece ser una vía apropiada para salir al encuentro de la crítica frecuentemente formulada al liberalismo, en el sentido de que la defensa de la autonomía personal es antagónica con exigencias de apoyo solidario a los más necesitados.

No existe tal antagonismo si se entiende que tal principio justifica el fin deseable de una "sociedad homogénea" y la exigencia de deberes positivos por parte del Estado para promover la autodeterminación de los menos aventajados.

Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros tienen la posibilidad de ejercer los derechos vinculados con la satisfacción de sus bienes primarios o necesidades básicas. Estos son los necesarios para la realización

[15] Remito a dos fallos judiciales en épocas diversas, 1954 y 2000, que pueden leerse bajo la óptica rawlsiana en línea con un liberalismo igualitario: el paradigmático Corte Suprema de Estados Unidos, *Oliver Brown, et al. vs. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873, 1954, y *Corte Constitucional de Sudáfrica, Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, CCT11/00 [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 de octubre de 2000.

de todo plan de vida, y junto con los derechos a los que se hallan vinculados conforman lo que Garzón Valdés ha llamado con una feliz expresión: "coto vedado".[16]

En esta concepción resulta importante comprender que ninguna cuestión concerniente a bienes primarios puede decidirse de acuerdo con la regla de la mayoría. Por tanto, el "coto vedado" se constituye como un prerrequisito para cualquier tipo de consenso, es decir, no es susceptible de negociación alguna. En palabras de Rawls:

> […] en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales.[17]

La regla de la mayoría se aplica para resolver problemas prácticos vinculados con los deseos secundarios de los miembros de la comunidad, pero nunca con respecto a los primarios. Por ello se comprende que la estrategia de negociación y del compromiso en la persecución de los intereses secundarios —propios o ajenos— solo es éticamente aceptable en el contexto de una sociedad homogénea que asegure una verdadera igualdad de oportunidades sin las arbitrariedades propias de una lotería natural.

La protección de la libertad e igualdad del individuo y la satisfacción de los bienes primarios que se requieren para su desarrollo exigen la imposición de deberes positivos. Para proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades, entendida no solo como igualdad de acceso bajo reglas procesales imparciales, sino sobre todo como igualdad de oportunidades sustantiva, es decir, en el punto de partida, el Estado tiene que intervenir en la equitativa distribución de los bienes básicos. Esto significa instrumentar políticas redistributivas agresivas en términos de impuestos progresivos y exigencias a la misma sociedad civil y a los propios individuos en términos de deberes positivos, no solo especiales, sino también generales, más allá del altruismo o de la beneficencia.

¿Hasta dónde las exigencias rawlsianas, con su principio de diferencia, dejan un margen para la responsabilidad personal y los propios méritos del individuo? Esta ha sido una de las críticas que se enmarcan dentro del llamado "déficit de responsabilidad". Varios liberales igualitarios han llamado la atención sobre este déficit en la propuesta de Rawls, como se verá en el

---

[16] Garzón Valdés, Ernesto, "Representación y democracia", *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 641 y ss.

[17] Rawls, John, *Teoría de la justicia, cit.*, p. 17.

capítulo sexto. Por lo pronto, una distinción útil sería la que propone Carlos Nino entre la *formación* de autonomía y su *ejercicio*. A diferencia del segundo, la primera no depende de los deseos o preferencias de las personas, por tanto, la precedencia de necesidades sobre deseos puede sostenerse sobre la base del principio liberal de la autonomía, si esta se entiende como autonomía de formación:

> Esta concepción (la de la autonomía de formación o de creación) no es otra que la vieja noción de *autorrealización*, que se relaciona con la alusión que hace Frankfurt al florecimiento […] En el centro de esta concepción del bien personal está la idea de capacidades rescatada por Amartya Sen. El individuo se autorrealiza en la medida en que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades […] Esta articulación todavía bastante impresionista del valor de autonomía en el marco de una concepción más amplia del bien personal sugiere que, efectivamente, debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas.[18]

Para formar y desarrollar la autonomía personal es necesario que el Estado cumpla con los deberes positivos. En este sentido, como bien ha señalado Ackerman: "No es tarea del Estado responder a las cuestiones fundamentales de la vida sino equipar a todos los individuos con las herramientas necesarias para responsabilizarse por sus propias respuestas".[19]

5. *La secuencia de cuatro etapas*[20]

Una vez escogidos los principios de justicia (primera etapa), las partes retornan a su posición en la sociedad, juzgando sus demandas al sistema social mediante estos principios. Los principios de justicia constituirían algo así como las condiciones normativas *a priori* de posibilidad para la comprensión y justificación de una democracia constitucional. El modelo que tiene en mente Rawls es el de la Constitución estadounidense, y la historia misma de su gestación.

---

[18] Nino, Carlos S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa,* Universidad de Alicante, núm. 7, 1990, p. 22.

[19] Ackerman, Bruce, *The Future of Liberal Revolution,* New Haven-Londres, Yale University Press, 1992, pp. 23-24.

[20] Rawls, John, *Teoría de la justicia, cit.*, pp. 187 y ss.

El velo de la ignorancia se irá levantando poco a poco, y el primer paso tiene que ver con la realización de un Congreso constituyente encargado de elaborar la Constitución (segunda etapa). Los delegados ante el Congreso, aun desconociendo la información sobre su situación particular, pero sabiendo con qué recursos se cuenta y cuáles son los principios básicos de teoría social y desarrollo económico, determinan cuáles son los derechos de los individuos —civiles y políticos— y cómo deben organizarse los poderes, sus facultades, relaciones y límites. La justicia política en una democracia constitucional supone que cada ciudadano ha de tener un acceso igual al poder público, y los propios partidos políticos deben ser independientes de los intereses económicos; deben ser autónomos frente a las demandas privadas: representan a la nación, no a intereses corporativos.[21]

La tercera etapa corresponde a la actividad legislativa, estatutaria: la justicia de las leyes y de los programas políticos, que se juzgarán desde el legislador representativo. De acuerdo con una adecuada división del trabajo en etapas, el primer principio de justicia justificaría la igual libertad de los individuos que corresponde determinar al Congreso constituyente, mientras que el segundo principio, que justificaría los derechos y programas sociales, intervendría en la etapa legislativa. La precedencia responde al mismo orden lexicográfico de los principios. Para Rawls, y de acuerdo con la propia Constitución estadounidense, la existencia y aplicabilidad de los derechos sociales se resuelve en sede legislativa, en ley secundaria. La carga presupuestal que suponen estos derechos es una facultad privativa del Congreso, quien tiene la última palabra.

Finalmente, la cuarta etapa corresponde a la aplicación de las reglas a los casos particulares, a cargo del poder judicial y del administrativo. Diríamos que se ha llegado a la concreción de la norma en sentencias, actos administrativos y contratos para y entre los individuos en sus situaciones particularizadas. En este punto, el velo se ha levantado totalmente.

II. Importancia del liberalismo igualitario

En términos generales, la propuesta liberal de Rawls entiende al liberalismo no en un sentido libertario que aboga por las libertades a ultranza, sino igualitario, para el cual las libertades individuales son frágiles y vacías si no se logra igualar a las personas en la satisfacción de sus necesidades básicas y, por tanto, en el abatimiento de la pobreza y la cada vez más aguda polariza-

[21] *Ibidem*, p. 214.

ción social. Este liberalismo se compromete con una defensa de los derechos humanos entendidos no solo como derechos negativos, protegidos por un Estado mínimo y gendarme, sino que amplía el horizonte de su comprensión hacia la satisfacción de los bienes primarios con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía.

Si la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía entre los individuos pueden estar justificadas si la mayor libertad de algunos sirve para incrementar la de los menos aventajados, se sigue que para promover la autonomía de estos últimos son exigibles deberes positivos por parte del Estado. Por tanto, para el liberalismo igualitario, los derechos sociales, culturales y ecológicos —como los derechos a la salud, a una vivienda digna, a la seguridad social, a un salario justo, a la educación, al acceso al patrimonio cultural o a un medio ambiente sustentable— son una condición necesaria para el desarrollo de los derechos individuales. Sería inconsistente reconocer derechos referidos a la vida, a la integridad física o a las libertades y no admitir que los mismos resultan violados cuando se omite otorgar los medios necesarios para su goce y ejercicio.

La crítica al liberalismo en el sentido de que atenta contra la igualdad se ha apoyado en la idea de que frente a la tensión entre los valores de libertad e igualdad, el liberalismo otorga prioridad al primero argumentando que la idea de autonomía personal es antagónica con exigencias de apoyo solidario a los más necesitados. La respuesta a esta crítica consiste en mostrar que no existe una tensión entre libertad e igualdad, si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes pero complementarias. La libertad es un valor sustantivo cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos, ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa: la propia autonomía y dignidad de las personas.

Liberalismo igualitario y laicidad

Finalmente, un liberalismo igualitario es un liberalismo laico. Esto significa, entre otras cosas, que el ámbito propio de las convicciones religiosas es el privado y que una creencia religiosa nunca puede servir de premisa para una deliberación pública en la que se pretenda construir normas con carácter coercitivo. El Estado debe mantenerse imparcial con respecto a las

creencias religiosas o las convicciones metafísicas y no pronunciarse siquiera sobre si es bueno tener o no una religión: el no creyente tiene tanto derecho a participar en la vida democrática como el creyente. Lo que sí corresponde al Estado es promover la convivencia pacífica y favorecer, en el ámbito público, el avance y el progreso de la ciencia y de la educación en aras del propio bienestar del individuo y de los colectivos más discriminados.

Para un liberal igualitario, defender la laicidad significa que: las creencias religiosas o metafísicas, su transmisión y enseñanza se localizan en el ámbito privado y, en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas o antimetafísicas.

Con respecto a lo público y lo privado, debe aclararse que si bien el ámbito primordial de las creencias religiosas es el privado, la libertad religiosa comprende también el derecho a expresar e intentar expandir las propias creencias en el ámbito público: "desde la construcción de lugares de culto y de enseñanza religiosa hasta las procesiones y el proselitismo casa por casa". Lo que importa entender es que el perímetro correcto del ejercicio de esos derechos debe situarse estrictamente dentro de la sociedad civil y no traspasar a la utilización del Estado.[22] Este debe mantener una posición de imparcialidad frente a todos los cultos, sin privilegiar alguna confesión religiosa por encima de las demás.

También conviene aclarar que imparcialidad no es sinónimo de neutralidad entendida como inacción. A este respecto, en un amparo directo en revisión, a través de un voto concurrente, el ministro José Ramón Cossío llega a la siguiente conclusión:

> Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes. […] lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas.[23]

---

[22] Ruiz Miguel, Alfonso, "Laicidad, laicismo, relativismo y democracia", en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Laicidad. Una asignatura pendiente,* México, Coyoacán, 2007, pp. 159 y ss.

[23] SCJN, Primera Sala, amparo directo en revisión 502/2007, 28 de noviembre de 2007, voto concurrente del ministro José Ramón Cossío. También en "Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas", *Letras Libres,* núm. 112, abril de 2008, pp. 64 y 65.

Esta laicidad "activa", en términos de imparcialidad y no de neutralidad, debe distinguirse de la idea de la laicidad "positiva". Esta última, en términos de uno de sus críticos, es "aquella fórmula institucional que respeta la libertad de creer o no creer (en dogmas religiosos, claro) porque ya no hay más remedio, pero considera que las creencias religiosas no solo no son dañinas sino beneficiosas social y sobre todo moralmente".[24]

Así entendida, la laicidad supone el debate público, es decir, se debe privilegiar el criterio de argumentación, deliberación y consentimiento de los individuos frente a la pretensión de la custodia de verdades reveladas por la divinidad o de convicciones metafísicas a través de sacerdotes y jerarquías eclesiásticas o comunidades fundamentalistas.[25]

III. Algunas críticas internas

En los capítulos siguientes de este libro irán apareciendo algunas críticas a la teoría rawlsiana de la justicia, tanto por lo que hace a las críticas externas desde el comunitarismo, el multiculturalismo o el republicanismo, por ejemplo, como a las que derivan de una crítica interna desde lo que, con mucho acierto, Roberto Gargarella ha ubicado entre los que consideran la postura de Rawls como "insuficientemente liberal" (libertarios) o "insuficientemente igualitaria" (igualitarios).[26] Añadiremos también a aquellos que la consideran insuficientemente democrática. Me limito a enunciar ahora algunas críticas orquestadas desde la propuesta de una justicia como imparcialidad, dentro de la familia rawlsiana, que resultan muy pertinentes en una primera aproximación a su pensamiento.

En su libro *Justicia como imparcialidad,*[27] Brian Barry critica aquellas posiciones que ven en la propuesta de Rawls una teoría racionalista, abstracta y deductivista. Nada más lejos de ello. Los que así la visualizan terminan haciendo una "parodia del método de Rawls":

> Rawls y quienes (como yo mismo) seguimos sus pasos cumplimos este requisito [la justicia se debe formular según formas comunes de pensar acerca

[24] Savater, Fernando, "Siempre negativa, nunca positiva", *El País,* Madrid, 16 de octubre de 2008, pp. 31 y 32.

[25] Véase Ruiz Miguel, Alfonso, "Laicidad, laicismo, relativismo y democracia", *cit.,* p. 160.

[26] Véase Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls, cit.,* caps. 2 y 3.

[27] Barry, Brian, *Justicia como imparcialidad*, trad. de José Pedro Tosaus Abadía, Barcelona, Paidós, 1997.

> de la justicia] gracias a la conexión que establecemos entre el contenido de la justicia y los términos de un acuerdo razonable. […] Por lo que respecta al llamamiento a la razón, este se tergiversa completamente si se entiende como una pura referencia a la deducción lógica. […] En este contexto, "razón" significa argumento razonado, a partir de premisas que en principio son aceptables para todo mundo. […] A una teoría sobre la justicia que consigue sentar las bases de un acuerdo razonable yo la llamo teoría de la justicia como imparcialidad.[28]

Los principios son imparciales porque satisfacen condiciones de igualdad, si bien dejan abierta la "posibilidad de legitimar desigualdades". Sin embargo, lo que se excluye de manera inmediata es que se justifiquen reclamaciones basadas "en la alta cuna, la etnia o la raza", por ejemplo. Estas reclamaciones de ventajas especiales terminan siendo demasiado interesadas para constituir una base de acuerdo razonable sobre las que se pueda pedir la adhesión de las demás personas. Lo cierto es que, así presentada, la teoría de Rawls, según Barry, deja al concepto de lo razonable "mucho trabajo por hacer", por lo que su teoría se presenta más como una "teoría de la justicia como equidad" que como imparcialidad, que resulta más genérica. La gran genialidad de Rawls, dice Barry, es haber desarrollado la idea de una posición original "y la persistencia con que ha intentado hacerla funcionar", pero "al final esta falla".

En la posición original, Rawls no rechaza que la gente deba estar informada, pero ¿qué tipo de imparcialidad requerimos para que las creencias y prejuicios no incidan de tal forma que los acuerdos razonables nunca se puedan dar *de facto* y debamos conceder a los particularistas, interpretativistas, que el procedimiento está condenado a fracasar en su noble propósito de construir los principios de justicia?

Para responder a tal cuestionamiento, Barry cree necesario distinguir entre una "imparcialidad de segundo orden", que requiere de principios y reglas que constituyan la base del libre acuerdo; y una imparcialidad de primer orden, en una suerte de sentido común. La primera está más ligada a la idea de una imparcialidad desapasionada, tecnócrata o burocrática, en el sentido weberiano; la segunda tiene su morada en una moralidad que se construye a partir del afecto espontáneo, de una sensibilidad atenta a las desigualdades concretas. Aceptada esta diferencia, sostiene Barry, resulta erróneo pensar que la primera es una imparcialidad propia de lo público, mientras que la segunda lo es del ámbito privado. Y esta distinción parece

[28] *Ibidem*, pp. 28 y 29.

permear la teoría de Rawls, a tal punto que se ve en la necesidad de excluir de una teoría de la justicia todo el mundo de lo privado, como si en este fuera imposible exigir imparcialidad. El problema ha sido, por una parte, no distinguir entre una imparcialidad de segundo orden, posiblemente más cercana a una idea de justicia como neutralidad y reciprocidad, y una imparcialidad de primer orden, más cercana a una idea de justicia como equidad y, por otra parte, ser omiso con respecto a una moralidad del sentido común que se movería quizás en una zona intermedia entre el universalismo y el particularismo.

Más específicamente, con respecto a la posición original, Barry se cuestiona con razón que si se parte de una teoría de la elección racional, los POP perseguirían su propia concepción del bien de manera interesada, pero si nos quedáramos aquí no iríamos más allá de una teoría de la justicia como reciprocidad. Es verdad que el motivo para respetar los principios de justicia sería la equidad, pero si los principios surgen del provecho mutuo, lo que reflejarán es más bien el poder de negociación de las partes. Ahora bien, si de acuerdo con Rawls, los POP se hallan bajo un velo de ignorancia en la que se ignoran los diversos fines contrapuestos de las partes, ¿qué se negocia? Barry cita a Hart al decir que: "dentro del sistema de Rawls, nos ocupamos de aquello con lo que ninguna persona racional que negocie con otro en pie de desigualdad podría estar de acuerdo".[29] En la posición original de Rawls no queda espacio alguno para la negociación. Esta se convierte en inaplicable si no diferenciamos fines, por lo que, como dice Barry:

> […] la elección de principios se reduce a una elección realizada por cualquiera situado en la posición original y tomado al azar. […] este desplazamiento del acuerdo colectivo al cálculo individual tiene serias repercusiones, porque significa que la idea misma de un resultado que proteja los intereses vitales de cada una de las partes está en peligro.[30]

En tales circunstancias, resulta totalmente gratuito partir del supuesto de que los POP se moverán bajo el principio *maximin*, como aversivos al riesgo; ¿por qué no *maximax*? Por otra parte, se pregunta Barry, si Rawls asume, desde una perspectiva kantiana liberal, la independencia y separabilidad de las personas, estas propiedades no pueden determinarse si no es asumiendo aquello que es propio y característico de cada individuo: la separabilidad de cada individuo depende de sus notas distintivas. Todo esto abona más en la

[29] *Ibidem*, p. 93.
[30] *Idem.*

dirección de construir una justicia como reciprocidad que como equidad. Pero es claro que tratándose de personas minusválidas congénitas, su cooperación productiva es muy limitada y no puede considerárseles responsables de tal falta. Las desigualdades irrumpen por las particularidades de los propios individuos, por lo que una teoría de la justicia en una sociedad de "cooperación mutua" resulta a todas luces insuficiente. El punto de partida de Rawls resulta inapropiado para dar cuenta de una justicia como equidad que contemple, por ejemplo, las desigualdades de origen, digamos, por discapacidades naturales.

Por último, con respecto a la secuencia en cuatro etapas, no resulta nada fácil explicar que la justicia como imparcialidad proceda enteramente de arriba hacia abajo haciendo cada vez menos denso el velo de la ignorancia. Las constituciones, piensa Barry, no podemos decir que sigan ese procedimiento: "no podemos esperar ser capaces de especificar las características de una constitución justa desde la pura perspectiva del procedimiento", pues también "debemos ocuparnos de la justicia real de las leyes políticas gubernamentales en el marco que la constitución proporciona para la toma colectiva de decisiones".[31] Es verdad que algunas demandas genuinas de justicia se prestan para ser incorporadas en la Constitución, pero nada impide que algún derecho quede mejor protegido en "la masa entera de las leyes", de una manera más precisa y acotada, lo que, entre otras cosas, haría imposible cualquier "intervención judicial perversa".

Para Barry, la disyuntiva de si una regla justa "potencialmente judiciable se debe incorporar o no a una constitución es una cuestión de estrategia y no de principios fundamentales", como se desprende de la teoría verticalista de Rawls. Por lo mismo, y con mayor razón, a la pregunta de ¿qué podrían hacer los tribunales para promover las causas de la justicia social, es decir, la justicia de las instituciones económicas y sociales básicas de la sociedad?, la respuesta de Barry, en línea con Rawls, es claramente negativa: "los tribunales son completamente inadecuados para los tipos de juicio que se necesitan". Estas cuestiones se resuelven estrictamente en el ámbito político: "el principio de diferencia no puede ni debe incorporarse realmente a una constitución como una verdadera regla".

Si en Rawls, a partir del principio de libertad y de acuerdo con un orden lexicográfico, los derechos individuales debían ser atrincherados en la Constitución, mientras que correspondía al legislador determinar los derechos sociales, dado su carácter político, para Barry, aun las mismas libertades podrían responder a un cálculo prudencial. Lo que debe evitarse a toda

[31] *Ibidem*, p. 140.

costa es un empoderamiento discrecional de los jueces por la vía de una constitucionalidad de los derechos, que no se justifica desde ningún principio de justicia.

IV. *Excursus.* Los filósofos de la tercera vía: equilibrio reflexivo y derecho

Con la expresión "filósofo de la tercera vía" no quiero insinuar ningún compromiso de la ética con propuestas políticas de moda, ni tampoco intentor jugar el papel de mediador. Por lo general, este último no deja satisfecho a nadie y tiende a ser confuso en sus conclusiones. La idea de una tercera vía me fue sugerida en un texto de Norman Daniels,[32] en el que este autor manifestaba su asombro ante la riqueza de la disputa en el terreno de la bioética en torno a las teorías morales, los principios, las reglas y los juicios y acciones particulares. Después de haber trabajado durante los años setenta en los problemas de una teoría general de la justicia y en el desarrollo de una concepción amplia del equilibrio reflexivo, a partir de una revisión de las ideas de John Rawls, Daniels concluye que con relación a los problemas de medicina y salud, no es apropiado aplicar sin más la teoría general y resolver los casos como si se tratara de un ejercicio deductivo.

Los principios de justicia en Rawls fueron construidos a partir de un supuesto idealizado: personas capaces que especificarían los principios de justicia en el marco de una cooperación imparcial. Nadie se encontraba en situación de desventaja por razones de enfermedad o incapacidades físicas. Pero entonces, ¿debía añadir la teoría de Rawls otro bien primario: la salud? ¿Qué debía entenderse por "aplicar" los principios de una teoría general?[33] Daniels se figura el debate como si se encontrara en un campo de batalla en el que como corresponsal realiza "un breve reporte desde la zona de guerra en la tierra de Bioética" *(The Land of Bioethics)*. El campo de batalla está seccionado en diferentes niveles: se ubican en las zonas altas los "Uplanders", bandas protegidas en torno a las teorías generales; abajo en el valle se encuentran los "Lowlanders", contextualistas y casuísticos, que desconfían de los lugares altos y se deleitan sintiendo el polvo y el pasto bajo sus pies; y en un lugar intermedio, en una serie de colinas fortificadas con

[32] Daniels, Norman, "Wide Reflective Equilibrium in Practice", en Sumner, Wayne y Boyle, Joseph (eds.), *Philosophical Perspectives on Bioethics,* University of Toronto Press, 1996, pp. 96 y ss.

[33] *Ibidem,* pp. 107 y 108.

principios y reglas, se encuentran los habitantes de "Middle Kingdom". Es a los habitantes de este reino intermedio a los que, con fortuna o no, he llamado "filósofos de la tercera vía": una zona de principios y reglas ubicada entre las teorías generales y las teorías particularistas. ¿Qué proponen los defensores de esta postura?

Comenzaré por exponer brevemente la teoría de Tom Beauchamp y James Childress. Para ello distinguiré tres momentos sucesivos en el planteamiento de las tesis de estos autores:

a) Una teoría principialista, general y rígida que, con más o menos diferencias, se desarrolla en las cuatro primeras ediciones de su libro clásico (1979, 1983, 1989 y 1994).[34]
b) Una propuesta moderada en la línea de un "equilibrio reflexivo" presentada por Tom Beauchamp.[35]
c) Una reestructuración del capitulado del libro en la última edición (2001) que incluye nociones tales como "moralidad común" *(common morality),* "especificación" *(specification)* y "ponderación" *(balancing),* así como la presentación de otras teorías éticas, además del utilitarismo y del kantismo, como el individualismo liberal, el comunitarismo y la ética del cuidado. Enseguida analizaré la contribución de Dan Brock,[36] para concluir con la exposición y comentarios a un trabajo de Manuel Atienza.[37]

Con algunas divergencias menores y algún añadido adelanto mi acuerdo con esta tercera posición (Rawls-Daniels-Brock) y en especial con la propuesta de Atienza.

Como es sabido entre los bioeticistas, la teoría de Beauchamp y Childress, hasta la cuarta edición de su libro, se estructura a partir de un orden jerárquico de justificación que va desde las teorías éticas generales hasta los juicios particulares, pasando por los principios y las reglas. El orden del capitulado sigue el mismo orden jerárquico de justificación. Después de una exposición de las diversas teorías generales, que en último término pueden

[34] Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics,* Oxford University Press, 1979.

[35] Beauchamp, Tom, "The Role of Principles in Practical Ethics", en Sumner, Wayne y Boyle, Joseph (ed.), *Philosophical Perspectives on Bioethics, cit.,* pp. 79 y ss.

[36] Brock, Dan, "Public moral discourse", en Sumner, Wayne y Boyle, Joseph, *Philosophical Perspectives on Bioethics, cit.*

[37] Atienza, Manuel, "Juridificar la bioética", en Vázquez, Rodolfo, *Bioética y derecho*, México, FCE-ITAM, 1999.

reducirse a las consecuencialistas y a las deontológicas, el desarrollo principal recae sobre los principios; enseguida se dedica un capítulo a las reglas derivadas de las relaciones médico-paciente y, finalmente, concluyen con otro capítulo dedicado a una dimensión de la ética que tiene que ver con los ideales y las virtudes relacionadas con el carácter moral.

Los principios, afirman estos autores, son más generales que las reglas y sirven para justificarlas. Las reglas están especificadas en los contextos y son más restrictivas en su alcance. Beauchamp y Childress parten del enunciado de cuatro principios fundamentales: autonomía o respeto a las personas, a sus opiniones y a elegir y realizar acciones basadas en los valores y creencias personales; no maleficencia, que obliga a no causar daño a otro; beneficencia, que exige prevenir o eliminar el daño y promover el bien, y justicia en el tratamiento igual de las personas, a menos que entre ellas se dé una diferencia relevante. Por lo que hace a las reglas, pueden justificarse en un solo principio o en la combinación de varios. Estas son las reglas de veracidad, privacidad, confidencialidad y fidelidad.

Lo relevante para nuestros propósitos es que para Beauchamp y Childress, los principios deben entenderse *prima facie* y no como absolutos, es decir, obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí. Si resulta un conflicto, se deben jerarquizar considerando la situación concreta. No existen criterios para determinar la prioridad de un principio sobre otro, por tanto, el recurso final debe ser un consenso entre todos los integrantes, por ejemplo, de un comité decisorio. Dígase lo mismo de las reglas en tanto dependientes de los principios, con la diferencia de que así como los principios no pueden eludir cierta preferencia débil con respecto a alguna de las dos grandes teorías éticas —consecuencialista o deontológica—, las reglas no pueden obviar ciertas disposiciones de carácter, ideales morales y virtudes personales en las relaciones médico-paciente, lo que las acerca a las teorías particularistas. Entre otras virtudes, se analizan la compasión, el discernimiento, la confiabilidad, la integridad y la generosidad.

En un artículo ya citado de Tom Beauchamp, este autor rechaza lo que él ha llamado una concepción "robusta" de los principios para adherir a una concepción *prima facie.* Lo que no es admisible en la concepción robusta, piensa este autor, es el carácter no exceptuable y fundacional de los principios, y opone a estos lo que con Rawls llama "juicios considerados", ponderados o razonables. Un juicio es considerado si cumple con las siguientes condiciones: 1) que exista un *juicio* moral; 2) que se mantenga *imparcial*; 3) que la persona que realiza el juicio sea *competente*; 4) que el juicio sea *genera-*

lizable a todos los casos similares, y 5) que sea *coherente* en tanto refleje una rica historia de adaptación a la experiencia moral generando credibilidad y confianza entre los individuos.

Tales condiciones no son privativas de los principios ni de las reglas. Los juicios pueden darse en cualquier nivel de generalidad, aun en los juicios sobre los casos concretos. Lo que se requiere es que a partir de su formulación se realice un proceso de ida y regreso, de abajo hacia arriba, y a la inversa, hasta encontrar un punto de equilibrio. Si este, por ejemplo, se ha alcanzado en un nivel muy particular, es suficiente, sin necesidad de tener que buscar algún principio más general justificatorio. Así, por ejemplo, el juicio "los jueces no deben ser influenciados durante sus deliberaciones", en tanto reúne las cinco condiciones señaladas más arriba, resulta un buen candidato para un juicio ponderado, sin necesidad de recurrir o hacerlo descansar en algún principio ulterior de justificación o en alguna teoría general comprensiva.

Con tal procedimiento, piensa el autor, se evitan los dos problemas más recurrentes que presenta la concepción robusta: el deductivismo y el distanciamiento de la moralidad común. La concepción *prima facie*, enfáticamente afirma Beauchamp, es enemiga, no amiga del deductivismo. Los principios *prima facie* no son instrumentos para deducir reglas o juicios no exceptuables. No existe ya una relación de dependencia sino de *interdependencia* entre las proposiciones. Más aún, los juicios ponderados, tal como se presentan de acuerdo con el método del equilibrio reflexivo, son compatibles con la casuística y su tesis de los "casos paradigmáticos". Para que un caso pueda ser comparado y "transportado" a otro caso, hasta dar con el caso paradigmático, es necesario algún nivel de generalidad y de imparcialidad y, en este sentido, la misma idea de "paradigma" contiene ya la de principio *prima facie.*

En la quinta edición de su libro (2001), Beauchamp y Childress introducen algunas categorías epistemológicas y morales. Esta introducción significó la necesidad de reestructurar el contenido del libro, tal como indiqué más arriba. Con respecto a la idea de "equilibrio reflexivo" y las nociones de "especificación" y "ponderación", buena parte de la reflexión retoma lo dicho por Beauchamp, y no es necesario reiterar lo ya expresado. Quiero concentrar ahora mi atención en una de las nociones que creo resulta novedosa en el planteamiento de los autores: la idea de "moralidad común". Según estos autores, todas las personas que se toman en serio el vivir una vida moral parecen compartir un núcleo de moralidad: saben que no hay que mentir o robar una propiedad, que hay que mantener las promesas y

respetar los derechos de otros, que no hay que matar o causar daño a personas inocentes, y así por el estilo. Esta moralidad común es compartida por todas las personas en cualquier lugar; y si bien es cierto que en el discurso público este núcleo de moralidad se ha representado a partir de la noción de derechos humanos, no menos cierto es que tal núcleo se integra también por las obligaciones y las virtudes morales.[38]

¿Qué caracteriza a esta "moralidad común"? En primer lugar, no se trata de *una teoría* más, sino de *todas* las teorías de la moralidad común, por ejemplo, las propuestas por Frankena y Ross[39] descansan en creencias morales ordinarias y compartidas sobre los contenidos básicos, que no requieren apelar a la pura razón, a la ley natural o a un sentido común especial; en segundo lugar, todas las teorías de la moralidad común que no resulten consistentes con estos juicios morales de sentido común preteóricos *(pretheoretical commonsense moral judgements)* caen bajo sospecha, y en tercer lugar, todas las teorías de la moralidad común son pluralistas, es decir, el nivel normativo general lo constituyen una serie de principios *prima facie* que los autores sintetizan en los cuatro ya conocidos: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. Asimismo, la teoría de la moralidad común que proponen Beauchamp y Childress no supone que todas las *costumbres* morales califican como parte de la misma. Más bien, la normatividad general contenida en la moralidad común constituye la base para una evaluación y crítica de grupos y comunidades cuyas costumbres son deficientes en algún sentido. En síntesis, tal normatividad trasciende las costumbres locales y sirve de parámetro crítico para las mismas.[40]

En la misma dirección epistemológica y moral del "equilibrio reflexivo" se encuentra Dan Brock, quizás uno de los teóricos contemporáneos más importantes en el campo de la bioética. Brock comienza criticando tanto las posiciones generalistas como las particularistas. Las primeras por su deductivismo y las segundas por su rechazo de algún criterio racional e imparcial que permita dirimir los conflictos concretos. No me detendré en estas críticas. Más interesante es su defensa de un equilibrio reflexivo en términos de "consistencia" del propio razonamiento moral.

Si bien es inaceptable partir de una teoría general independiente y establecida como la única verdadera, que mecánicamente se aplica para la resolución de los casos concretos, piensa Brock, lo cierto es que cualquier razonamiento en torno a dichos casos supone, implícita o explícitamente,

---

[38] Beauchamp, Tom y Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics, cit.,* p. 3.

[39] *Ibidem,* pp. 401-403.

[40] *Ibidem,* p. 403.

fragmentos o partes de teorías generales. Precisamente, la consistencia en el razonamiento moral significa aceptar las implicaciones de las razones o principios a los que uno apela en la resolución de los casos particulares. Sucede con mucha frecuencia que las convicciones más profundas tienen que ver no con un juicio o situación determinada, sino con principios generales y con ciertas teorías implícitas. Así, por ejemplo, el principio de igualdad de oportunidades, característico de una teoría liberal, y de la moral y cultura política estadounidense, en particular, ha sido usado para decidir sobre problemas concretos de inequidad en el acceso a los servicios de salud. Esta es sin duda una concesión que debe hacerse a las teorías generalistas. Pero es cierto también que tales convicciones pueden entrar en conflicto con otras convicciones igualmente generales, o bien, con juicios morales sobre casos particulares, y aun con la apreciación sobre los hechos empíricos, con respecto a los cuales tampoco hay consenso. Lo que se requiere entonces es alcanzar un equilibrio reflexivo en el que la revisión de los principios o de las convicciones individuales debe ser tal que permita al individuo conservar el máximo de convicción posible.

Brock se anticipa a una posible crítica. Tomar las convicciones como punto de partida para el equilibrio reflexivo, sean en un dominio particular o más general, que impliquen los valores de una comunidad y de una cultura determinada, ¿no conduciría a un conservadurismo moral, a un reforzamiento del *statu quo*? ¿No estamos finalmente en presencia de un subjetivismo relativista? De ninguna manera, piensa el autor, ya que en el proceso de revisión de las convicciones deben considerarse por igual, y críticamente, las mismas alternativas, por más radicales o aberrantes que estas fuesen. Si al término de este ejercicio crítico se concluye la incompatibilidad de dos juicios morales, entonces sin duda debe asumirse una posición relativista, pero un relativismo que Brock denomina "justificatorio". El debate entre subjetivistas y objetivistas termina resolviéndose finalmente en favor del primero, si se comprende que al término del proceso deliberativo, las teorías, principios y reglas dependerán de lo que cada individuo esté dispuesto a asumir e incorporar libremente en su vida. La elección de alguno de los dos juicios incompatibles es sin duda subjetiva, pero no arbitraria, sino justificada en una deliberación moral pública.

En un ensayo multicitado en el contexto de la discusión sobre bioética en habla castellana, Manuel Atienza ofrece una de las contribuciones más lúcidas en el debate que nos ocupa. "Juridificar la bioética" no es, de acuerdo con el autor, el título de un artículo que pretenda "una vuelta a la deontología médica tradicional, esto es, a la concepción de la ética médica —y,

por extensión, de la bioética— como un código único de preceptos y obligaciones aplicados según procedimientos burocráticos y respaldados coactivamente"; de lo que se trata más bien es de "sostener que hay un tipo de conflicto jurídico cuya resolución consiste justamente en «ponderar» principios contrapuestos y que, para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación de los casos concretos de los principios de la bioética".

Atienza propone cuatro principios normativos: autonomía, dignidad, igualdad e información. Estos principios responden a las siguientes preguntas: "*a)* ¿quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?; *b)* ¿qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?; *c)* ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?, y *d)* ¿qué se debe decir y a quién?" Estos cuatro principios serían suficientes para resolver los "casos fáciles", pero son insuficientes para los "casos difíciles". Para estos se requeriría de principios secundarios que derivaran de los primarios, de modo tal que ante la insuficiencia del principio de autonomía se apelara al principio de paternalismo justificado; de la insuficiencia del de dignidad al de utilitarismo restringido; del de igualdad al de trato diferenciado, y del de información al de secreto. En el discurso práctico —por ejemplo, en un comité de ética— se podría establecer

> […] una cierta prioridad en favor de los primeros, que podría adoptar la forma de una regla de carga de la argumentación: quien pretenda utilizar, para la resolución de un caso, uno de estos últimos principios (por ejemplo, el de paternalismo frente al de autonomía, etcétera) asume la carga de la prueba, en el sentido de que es él quien tiene que probar que, efectivamente, se dan las circunstancias de aplicación de ese principio […].[41]

El enunciado de los principios secundarios que Atienza propone sería como sigue:

> *Principio de paternalismo justificado*: Es [i]lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si:
>
> *a)* este último está en situación de incompetencia básica;
> *b)* la medida supone un beneficio objetivo para él, y
> *c)* se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia.

[41] Atienza, Manuel, "Juridificar la bioética", *op. cit.*, pp. 83 y ss.

Principio de utilitarismo restringido: Es lícito emprender una acción que no supone un beneficio para una persona (o incluso que no le supone un daño), si con ella:

a) se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable para otro u otros;
b) se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y
c) se trata de una medida no degradante.

Principio de trato diferenciado: Es lícito tratar a una persona de manera distinta que otra si:

a) la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable;
b) produce un beneficio apreciable en otra u otras, y
c) se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad.[42]

Atienza enuncia un cuarto principio secundario —el del secreto— que correspondería al principio primario de información. Creo que este par de principios podrían subsumirse adecuadamente en el principio de autonomía personal y de paternalismo justificado, respectivamente. Parece claro que para que un individuo pueda decidir con respecto a aquello que afecte a su salud, es una condición necesaria que se encuentre debidamente informado. La doctrina del "consentimiento informado", tan desarrollada en el contexto anglosajón, es una prolongación natural del debido respeto a la autonomía de cada individuo.

Con todo, sea mediante principios primarios o secundarios, por su carácter de "inconcluyentes", no sería posible aún resolver definitivamente un caso. Por tanto, además de principios, son necesarias las reglas; es decir, "un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso". El problema fundamental de la bioética no sería otro, en definitiva, que el de pasar del nivel de los principios al de las reglas. Este tránsito de niveles puede ilustrarse con varios ejemplos:

a) Ante el caso controvertido de la transfusión sanguínea a un niño Testigo de Jehová, el principio primario de autonomía personal de los padres debe ceder ante el principio secundario de paternalismo jus-

[42] *Idem.*

tificado que sustenta la regla: "un padre no puede impedir que a su hijo se le trasfunda en caso de necesidad".

b) Ante la situación concreta de un paciente en estado terminal vegetativo, irreversible, el posible principio primario de dignidad personal debe ceder ante el principio secundario del utilitarismo restringido que justifica la regla: "es lícita la eutanasia activa para evitar un mayor daño a los familiares y beneficiar a terceros con los recursos hospitalarios".

c) Ante la escasez de órganos y la creciente demanda de los mismos, el principio primario de igualdad debe ceder ante el principio secundario de trato diferenciado que justifica la regla: "Es lícito preferir para un trasplante (en igualdad de otras condiciones) al enfermo que pueda pronosticarse una mayor cantidad y calidad de vida".

La propuesta de Atienza se inscribe así en una concepción propia de las filosofías de la "tercera vía" o del equilibrio reflexivo, que se aparta de esquemas rígidamente absolutistas, en la medida en que los principios por él enunciados se caracterizan por ser *prima facie,* y también de posiciones escépticas que hacen del balance de principios una actividad radicalmente subjetiva, resultado de un juicio de valor del intérprete y, por tanto, no sujeta a un control racional.

Para Atienza, la ponderación de principios constituiría un paso previo a la "subsunción", es decir, en casos conflictivos donde colisionan dos principios, la ponderación de los mismos es necesaria para que, de acuerdo con ciertos criterios racionales, se proceda a mostrar que el caso individual de referencia no es otra cosa que "una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con una consecuencia normativa". En una colisión de principios, las condiciones bajo las cuales un principio *precede* a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. En el ejemplo de niño Testigo de Jehová, el principio de paternalismo justificado *precede* al de autonomía personal si se cumplen para el caso individual sus condiciones de aplicación: se trata de un incompetente básico, la medida supone un beneficio objetivo para él y podría presumirse *racionalmente* que consentiría el acto si cesara la situación de incompetencia. Estas condiciones de aplicación constituyen, a su vez, el *supuesto de hecho* de una regla que se enunciaría: "un padre no debe impedir que a su hijo menor de edad se le trasfunda en caso de necesidad".

Capítulo segundo

JUSTICIA COMO CONTRATO, AUTOPROPIEDAD, MÉRITO Y EFICIENCIA

Los fundamentos de un liberalismo igualitario para una teoría de la justicia, especialmente a partir de la obra de Rawls, han sido cuestionados dentro de las mismas filas liberales desde lo que se ha caracterizado como liberalismo libertario. Sin duda, uno de los autores más incisivos en esta crítica ha sido Robert Nozick, y su libro *Anarquía, Estado y utopía*,[1] publicado apenas unos años despúes de *Teoría de la justicia*, puede considerarse como uno de los referentes teóricos más robustos de esta doctrina.

Junto con Nozick he incluido en este capítulo otras vertientes del libertarismo que, en conjunto, dan cuenta de su fecundidad propositiva y que, en alguna medida, han justificado y acompañado lo que de manera genérica —y no sin cierto dejo peyorativo— se ha dado en llamar, desde mediados de los años setenta hasta la fecha, "neoliberalismo".[2] Vale la pena detenernos un poco en estas críticas desde el punto de vista de la filosofía política y jurídica, con el propósito de situar mejor los alcances de su concepción y evitar confusiones dentro de la misma familia liberal.

I. Premisas del liberalismo libertario

Centraré mi atención sobre tres de las premisas básicas dentro de la familia libertaria: la defensa de un individualismo atomista, la afirmación exclusiva de la libertad negativa desde un neutralismo axiológico y la relevancia del

[1] Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974.

[2] Véase un estudio introductorio y crítico del neoliberalismo en Escalante, Fernando, *Historia mínima del neoliberalismo*, México, El Colegio de México, 2015. Llama la atención que el autor no haga ninguna mención al pensamiento de Robert Nozick. El libro se concentra en la propuesta económica eficientista y utilitarista que, quizás con razón, explique y caracterice adecuadamente lo que comprendemos hoy por "neoliberalismo". Así entendido, tal concepción podría considerarse como una especie dentro del género libertarismo, junto a las versiones deontológicas, por ejemplo, de un autor como Nozick.

mérito. El énfasis de los diferentes autores en alguna de estas propiedades perfila las distintas concepciones como subespecies del liberalismo libertario. Una de estas concepciones, que abona en la dirección del eficientismo, ha tenido un especial interés en la filosofía del derecho dentro de la corriente que se conoce como Análisis Económico del Derecho (AED). Dedicaré un apartado especial a esta vertiente en la propuesta de alguno de sus representantes.

1. *Individualismo atomista, contrato y autopropiedad*

Muchos críticos del liberalismo argumentan que los juicios sobre valores, a diferencia de los juicios sobre hechos, son simplemente expresiones de nuestras preferencias subjetivas. Este subjetivismo/escepticismo acerca de las concepciones de lo bueno para el ser humano por lo general se acompaña de la acusación de un individualismo abstracto o atomista. Ambas acusaciones son falsas si se refieren al liberalismo igualitario, pero resultan verdaderas respecto del liberalismo libertario.

En efecto, los libertarios parten de una concepción atomista de los seres humanos como "seres esencialmente solitarios con necesidades e intereses que están separados si no es que en franca oposición a aquellos de otros individuos".[3] O bien, de acuerdo con el conocido principio de Robert Nozick: "De cada quien de acuerdo con lo que elige hacer, a cada cual de acuerdo con lo que hace para él mismo (quizás con la ayuda prestada por otros) y lo que los demás eligen hacer o dar a él".[4]

Si tomamos a la letra tal principio, pienso que aun para Nozick, que se apoya en Locke y en la premisa del *self-ownership*, las demás personas tienden a aparecer como sujetos neutrales cuando no inciden sobre nuestros intereses de forma significativa, o simplemente mediatizados cuando sirven como ayuda u obstáculo para la realización de nuestros propósitos y la satisfacción de nuestros deseos.[5] Para los libertarios, las relaciones intersubjetivas terminan siendo relaciones instrumentales. Insisten en la afirmación de la existencia de una esfera privada del sujeto que debe ser protegida por el Estado, pero este reconocimiento no es inquebrantable.

Tal individualismo descansa sobre una concepción negativa del ser humano —de corte hobbesiano—, como es el caso de Buchanan, para quien el

---

[3] Jaggar, Alison, *Feminist Politics and Human Nature*, cit. por Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture,* Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 14.

[4] Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia, cit.,* p. 160.

[5] Arblaster, Anthony, *The Rise and Decline of Western Liberalism, cit.* por Crittenden, Jack, *Beyond Individualism,* Oxford University Press, 1992, p. 191.

Estado no es sino el producto de la guerra y la dominación, de la tendencia natural del ser humano a esclavizar al más débil. Es necesario, entonces, una suerte de contrato de esclavitud, donde a cambio de garantizar su subsistencia, el débil produzca bienes para el más fuerte y le ceda sus "derechos". Finalmente se trata de un pacto racional y colectivo. ¿Qué tanto hay que ceder al Estado y limitarlo para que este no termine convirtiéndose en un Leviatán o en un "ogro filantrópico"?:

> Al reconocer que hay límites a la conciencia que tienen los hombres sobre los otros, y que el conflicto personal sería omnipresente en la anarquía, el individualista extremo se ve forzado a admitir la necesidad de algún agente que haga cumplir las normas, de algún medio institucionalizado para resolver las disputas interpersonales. Es posible derivar el origen del Estado de un cálculo individualista de ese estilo, al menos en el plano conceptual, como sabemos por los escritos de Thomas Hobbes y por los contractualistas de antes y después. Esta metodología esencialmente económica puede extenderse para dar explicaciones conceptuales a muchos de los aspectos de la realidad política que observamos.[6]

Hay que crear mecanismos fácticos, desde el *homo economicus*, para que cada individuo maximice su bienestar a costa de los demás en una suerte de "cálculo consensual". En términos políticos, se trataría de un procedimentalismo sin restricciones normativas ideales —de derechos o de justicia distributiva— que frene la voracidad del Estado y su aparato burocrático.

El individualismo atomista no es una teoría igualitaria del sujeto, sino libertaria. La idea del *self-sufficiency*, la visión de la política a partir del *self-interest* y el credo *You are what you own*, referido este último a la propiedad o al *self-ownership*, y con su correlato en una teoría contractual a partir de un consenso fáctico, no son sino prolongaciones contemporáneas del liberalismo clásico inspiradas en pensadores como John Locke.[7]

La idea de autopropiedad para Nozick comprende no solo mi cuerpo, sino también mis talentos y capacidades. Lejos de entender estos últimos como parte de un acervo común —los más talentosos deben institucionalmente poner sus talentos al servicio de los menos aventajados— como pensaba Rawls, Nozick, por el contrario, considera que cuando parte del esfuerzo de algunos se destina institucionalmente a mejorar la suerte de otros

---

[6] Buchanan, James M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, trad. de Verónica Sardón, Madrid, Katz Editores, 2009, pp. 23 y 24. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, especialmente caps. XIII, XIV y XVII.

[7] Locke, John, *Segundo tratado del gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990, caps. 5 y 9.

se violenta el principio de *self-ownership* provocando, incluso, una "nueva esclavitud" en nombre de la justicia.

Los libertarios no objetan la idea de igualdad en sí misma, sino su imposición por parte del Estado. En este sentido, nada impide que los individuos se organicen en una sociedad de iguales, pero es moralmente inaceptable que se imponga contra su voluntad. La imposición de la igualdad solo podrá hacerse a costa de la libertad.

Nozick sostiene que, aun cuando los individuos no lo desearan expresamente, a largo plazo habrá de surgir un Estado que, si desea respetar la individualidad moral de las personas, necesariamente no deberá ser redistributivo. Los libertarios harían suya la siguiente exclamación:

> ¡Dejen que la autonomía se distribuya espontáneamente, es decir, según hechos no dirigidos expresamente para efectuar esa distribución (la "mano invisible") y que no violan los derechos de nadie; cualquier intento de intervenir deliberadamente al respecto es inaceptable, puesto que no existe forma legítima de redistribuir esa autonomía sin usar a ciertos hombres como meros medios en beneficio de otros![8]

Esta mano invisible guía a las personas a través de asociaciones protectoras que funcionan como compañías de seguros que defienden a sus clientes frente a ataques de terceros, hasta llegar al Estado mínimo que *de facto*, aunque no *de jure*, detenta el monopolio de un poder adquirido sin violar el principio moral de la libertad individual. Este Estado, sostiene Nozick, no tiene funciones redistributivas. Su teoría de la distribución está dirigida a tres aspectos: la adquisición originaria de la propiedad, la transmisión de esta y la corrección de relaciones de propiedad injustas; se basa además en los tres principios de apropiación justa, transmisión justa y corrección. La tesis de Nozick se resume en que "todo lo que surge de situaciones justas y de forma justa, es justo", y el mercado es el lugar natural para realizar todos los contratos entre los individuos.

Esta posición de Nozick es objetable. Por un lado, como señala Garzón Valdés, la dinámica del mercado conduce necesariamente a un crecimiento acumulativo de la propiedad y a una notoria injusticia social que llegará a un umbral en el que se produce el llamado "Efecto Mateo", es decir, una situación donde ocurre que "al que tiene se le dará y al que no tiene hasta lo poco que tiene se le quitará", favoreciendo la consiguiente acumulación desproporcionada de la propiedad. Lo importante a destacar es que si esta sociedad

---

[8] Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 341.

no quiere derrumbarse como consecuencia de su propia inestabilidad social, el Estado se verá estructuralmente obligado a asumir el papel de árbitro y así, inadvertidamente, de un Estado mínimo se transitará hacia un Estado social que, en aras de la paz, tendrá que instrumentar profundas redistribuciones.

Puesto que el Estado que entiende Nozick no tiene una legitimidad *de jure* sino *de facto*, se puede llegar a la posibilidad de un Estado intervencionista con fuertes dosis de autoritarismo.[9] Dicha situación es autofrustrante, porque en estas condiciones lo que se pone en peligro es la autonomía de los individuos y los derechos individuales derivados de la misma.

El caso de Nozick es ilustrativo para demostrar que la aplicación desnuda del principio del individualismo conduce a situaciones que contradicen el principio de libertad, tan caro a los libertarios. Como afirma Kymlicka:

> El libertarismo comparte con el liberalismo igualitario un compromiso con el principio del respeto a las elecciones de las personas, pero rechaza el principio de rectificación de las circunstancias desiguales. Llevado al extremo, esto no es solo intuitivamente inaceptable, sino autodestructivo, porque la falla de rectificar las circunstancias desventajosas puede socavar los mismos valores (por ejemplo, la autodeterminación) que intenta promover el principio del respeto a las elecciones individuales.[10]

2. *Libertad negativa y neutralismo axiológico*

Por lo que respecta a la libertad negativa, es sin lugar a dudas Isaiah Berlin quien más ha contribuido a desarrollar su concepto, y la literatura sobre el tema generada a partir de sus trabajos es abundante. Para Berlin, la libertad negativa es la *libertad de*, distinta de la libertad positiva o *libertad para*, en el sentido de autorrealización.[11] En la línea de Berlin, los libertarios identifican la libertad en su vertiente negativa e ignoran o rechazan la positiva. Pero, ¿respecto de qué se es libre? Pienso con Martín Farrell que una libertad negativa lo es con respecto al contenido de las normas jurídicas:

---

[9] Véase Garzón Valdés, Ernesto, "Mercado y justicia", *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 2, abril de 1995, pp. 7-28.

[10] Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 152.

[11] Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

> Si una norma jurídica me prohíbe ejercer el comercio, o practicar el culto religioso, yo no tengo libertad (negativa) de hacerlo. Las normas jurídicas pueden abstenerse de coartar mi libertad en estos aspectos, y pueden no coartar mi libertad de dos maneras diferentes: 1) concediéndome expresamente la libertad de comerciar y de practicar el culto, o 2) guardando silencio sobre estas cuestiones, en un sistema jurídico que aplique el principio de que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. En cualquiera de estas dos formas yo tengo libertad negativa respecto de estas dos conductas […] Al conceder libertades negativas las normas jurídicas crean una especie de cerco alrededor del individuo, cerco dentro del cual ni el Estado ni los demás individuos pueden interferir.[12]

La preeminencia de la libertad negativa descansa en una premisa anterior, a saber, la distinción que todos los libertarios aceptan entre omitir y actuar. Así, para Nozick, si uno se abstiene de hacer ciertas cosas —robar, matar, violar— ha cumplido con su deber, en el sentido de haber respetado los derechos de los demás. De esta manera, los derechos del individuo son derechos a ciertas omisiones por parte de otros individuos, por tanto, para violar un derecho ajeno hay que hacer algo. Si un individuo se abstiene de actuar no puede estar violando los derechos de nadie.[13]

Ahora bien, si el omitir y el actuar son cosas diferentes, puesto que para el libertario solo se causa daño al actuar, los deberes que corresponde imponer al Estado solo son negativos; y si únicamente estos son los deberes a imponer, se sigue que la única libertad que le concierne al Estado es la libertad negativa.[14] Los derechos que se desprenden a partir de esta concepción de la libertad deben entenderse como derechos de no interferencia —derechos a que otros no me dañen—, que actúan como restricciones laterales y superan cualquier otra consideración de carácter moral. Como es claro, se rechazan los derechos positivos en términos prestacionales, limitándolos estrictamente a aquellos que sean producto de transacciones voluntarias.

Por lo que hace al neutralismo estatal, la argumentación libertaria es clara. La ignorancia sobre lo bueno implica escepticismo, que exige una actitud de tolerancia que, a su vez, requiere de un Estado neutral. Para

---

[12] Farrell, Martín D., *La filosofía del liberalismo,* Madrid, CEC, 1992, p. 182. En este sentido que apunta Farrell, también Raz afirma: "El individualismo tiende a conducir a una visión del liberalismo como una teoría del gobierno limitado. Presenta una visión de la libertad política como una doctrina de lo que el gobierno no puede hacer, cómo no debe tratar a los sujetos, en qué áreas de la conducta individual se debe abstener de actuar, y principios similares", en *The Morality of Freedom,* Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 18.

[13] Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia, cit.*, p. 123.

[14] *Ibidem,* pp. 22-23.

los libertarios no existen bases racionales objetivas para escoger entre diferentes planes de vida, por lo que la neutralidad estatal es deseable como la única respuesta no arbitraria a tal estado de cosas. En consecuencia, un Estado o gobierno que demanda lealtad debe mantenerse escrupulosamente neutral entre sus ciudadanos.[15] El neutralismo se corresponde también con la concepción libertaria que rechaza la intervención del Estado a través de deberes positivos. El Estado solo debe asegurar la libertad negativa de los individuos y cualquier injerencia incurriría en un paternalismo injustificable.

Contra el neutralismo, de nueva cuenta tiene razón Kymlicka cuando sostiene que:

> El verdadero asunto con respecto a la neutralidad no es el individualismo: nada en la insistencia de Rawls sobre el Estado neutral es inconsistente con el reconocimiento de la importancia del mundo social para el desarrollo, la deliberación, y la persecución de los valores individuales.[16]

El neutralismo postulado por los libertarios, coherente con un subjetivismo de los valores, es concebido en términos negativos. En la medida en que es imposible partir de un criterio objetivo, el Estado no debe intervenir en los conflictos o desacuerdos entre los individuos.

Lo cierto es que el Estado no puede ni debe ser neutral. Por ello, según Macedo:

> Aun en sus formas no idealizadas el liberalismo no puede realmente ser neutral entre los distintos valores públicos; reconoce el mérito supremo de algunos valores públicos: la libertad individual y la responsabilidad, la tolerancia del cambio y de la diversidad, y el respeto de los derechos de aquellos que respetan los valores liberales. El liberalismo requiere el apoyo de valores positivos para explicar por qué se debe respeto a las personas y para justificar los derechos que poseen. El liberalismo afirma, sobre todo, el valor positivo de la libertad, libertad para desear, criticar, revisar y perseguir un plan de vida, y reclama de las demás personas el respeto a los derechos de otros, compartan o no los mismos propósitos o ideales.[17]

El liberalismo requiere, entonces, respeto por los derechos humanos, voluntad de persuadir más que de ejercer coerción, subordinación de los

---

[15] Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia, cit.,* p. 33.

[16] Kymlicka, Will, "Liberal individualism and neutrality", en Avineri, Shlomo y Shalit, Avner de, *Communitarism and Individualism,* Oxford University Press, 1992, p. 184.

[17] Macedo, Stephen, *Liberal Virtues,* Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 258.

deseos e intereses personales a reglas impersonales de derecho y, de manera muy especial, contribuir a la satisfacción de las necesidades. En este sentido, contra los libertarios cabe decir que el liberalismo igualitario defiende no un neutralismo sino un pluralismo que se funda en la objetividad de los bienes básicos.

Me inclino a pensar que muchas de las críticas dirigidas contra el neutralismo liberal son acertadas cuando atacan a los libertarios, pero creo que no alcanzan a los igualitarios. Es cierto que estos últimos, comenzando por el mismo Rawls, pueden ser blanco de críticas cuando usan la expresión "neutralidad" para referirse a la imparcialidad o al pluralismo; sin embargo, en este punto comparto la apreciación de Raz, que sostiene que la concepción de Rawls no es de hecho una doctrina de la neutralidad sino del pluralismo moral. Este reconoce la existencia de una multitud de formas de vida incompatibles, pero moralmente valiosas, y combina naturalmente con el punto de vista de que los individuos deben desarrollarse libremente para encontrar la forma de bien que desean perseguir en su vida.[18]

II. Relevancia del mérito

Entre los libertarios, y en línea con autores utilitaristas como John Stuart Mill, ha cobrado relevancia también la noción de mérito como criterio de justicia.[19] Para Sadurski, la justicia requiere que se trate a los individuos considerando sus esfuerzos y elecciones y, de acuerdo con un sentido retribucionista, considerar la responsabilidad por las acciones realizadas como objeto de elogio o culpa. Pero, ¿qué tipo de esfuerzos son susceptibles de ser premiados o sancionados? Según Sadurski lo serían aquellos que terminen generando consecuencias beneficiosas; por tanto, los que no hayan sido producto de la "suerte boba" ni exclusivamente de un balance costo-beneficio, sino de las cualidades y del carácter del sujeto: sacrificio, riesgo, molestia, fastidio, en síntesis, una conducta gravosa. Si una conducta resulta beneficiosa socialmente, pero no supone tales cualidades u obedece a obligaciones institucionales, no resulta meritoria:

---

[18] Raz, Joseph, *The Morality of Freedom, cit.*, pp. 132 y 133.

[19] ¿En qué sentido se puede predicar el libertarismo y el utilitarismo de Mill? Es una pregunta que ha sido y seguirá siendo objeto de debate. Para efecto de este apartado habrá que releer *Sobre la libertad,* trad. de Pablo de Azacárate y Natalia Rodríguez Salmones, Madrid, Alianza Editorial, 1989, especialmente caps. 2 y 3, y enfatizar la noción de "carácter" y de justicia relacionadas con la individualidad y la autorrealización humanas.

> Under the general conception of justice as equilibrium desert is relevant to justice in distribution only when it express an actual burden, that is, when it involves some effort, sacrifice, work, risk, responsability, inconvenience an son forth, when it is linked with an expediture of energy and time.[20]

Sadurski rechaza cualquier criterio meritorio sobre la base de cierta "aristocracia feudal" por razones que tienen que ver con cuestiones tan arbitrarias como el nacimiento, o bien, bajo la garantía de ciertas libertades básicas y una distribución de la renta acorde con las reglas formales en el libre juego del mercado. Si bien en este liberalismo de mercado se garantizan las oportunidades desde un punto de vista formal, no se atajan las desventajas desde un punto de partida sustantivo, por ejemplo, por cuestiones sociales o económicas. La concepción meritocrática de Sadurski exige que se iguale a las personas en el punto de partida con intervenciones estatales directas y robustas.

Pero antes de adentrarnos en el tema de la igualdad, hay algo de lo que Sadurski debe dar cuenta. Es un hecho que existen muchas dificultades para medir los méritos, tanto por lo que hace a las diferentes concepciones teóricas que lo justifican como porque resulta extremadamente difícil conocer el funcionamiento interno de las mentes, las emociones y las intenciones de las personas; no solo sincrónicamente, sino sobre todo diacrónicamente, a lo largo de toda una vida.

Parece deseable lograr una "justicia como equilibrio" desde el punto de vista social, como propone Sadurski, es decir que lo que "obtiene" una persona debe ser igual a lo que "aporta", y aquellos individuos que hacen más por los demás de lo que realmente reciben deberían ser compensados. Una consecuencia que se sigue de esto es que la justicia como mérito incentiva la existencia de recompensas extrínsecas más bajas para los trabajos intrínsecamente menos gravosos y que no demandan un esfuerzo o un riesgo mayores. Sin embargo, aceptando que debe existir un piso de igualdad como condición necesaria para las conductas meritorias, ¿resulta suficiente para solventar todas las arbitrariedades? Aún no.

La concepción meritocrática no resuelve el problema de las arbitrariedades derivadas de la distribución natural de capacidades y aptitudes, de la conformación genética y de la organización neuronal por nacimiento. Desde el punto de vista moral, estas diferencias entre los individuos son igualmente arbitrarias: el esfuerzo, la propensión al riesgo, la voluntad de sacrificio en buena medida responden también a las dotaciones naturales de los individuos y resultan igualmente arbitrarias. Por ello, satisfecha la necesidad

[20] Sadurski, Wojciech, *Giving Desert its Due*, University of Sydney, 1985, p. 116.

de igualar en las oportunidades, tanto en el acceso como en el punto de partida, cabe preguntarse qué porción de la responsabilidad del individuo se debe a las circunstancias biológicas y sociales, por ejemplo, y qué porción depende de su autonomía en términos del esfuerzo, el trabajo, la disciplina, la perseverancia, etcétera. Por supuesto, deben excluirse los extremos de un determinismo biológico, social, y también de la utopía libertaria sobre el *self-made man or woman.* Y es precisamente aquí donde el principio de diferencia de Rawls cobra relevancia: nadie merece su mayor capacidad natural ni se merece un punto de partida más favorable en la sociedad. Si aceptamos tales diferencias, solo es a condición de que los más aventajados mejoren la situación de quienes han salido perdiendo.

El reproche de Sadurski —como lo es también de Dworkin— a Rawls, es que este, en su teoría de la justicia, en aras de igualar corrigiendo todo aquello que tuviera que ver con la lotería natural, fue insensible tanto al tema de las capacidades naturales como también al del esfuerzo personal. Así, por ejemplo, si dotamos de los mismos recursos iniciales a todos los individuos, superando el test de la envidia, y uno decidiera usar esos recursos en placeres sofisticados y gastarlos en un solo día, para luego quedar desempleado, y otro individuo, un poco más previsor, decide ahorrar parte de esos recursos para los tiempos de "vacas flacas", parece que sería injusto pedirle a este último su contribución para un fondo de desempleo, en beneficio del primero. Hay un déficit de responsabilidad que debe ser tomado en cuenta para efectos distributivos. El reproche a Rawls es no haber atendido precisamente ese déficit de responsabilidad. Con todo, y sea de ello lo que fuere, no parece que una concepción meritocrática resuelva a cabalidad el déficit de arbitrariedad moralmente relevante para una teoría de la justicia.

Otro problema de interés que debe abordarse desde una concepción meritocrática es la de determinar cuándo una remuneración es justa. Al parecer, institucionalizar la compensación por el mérito socava las bases sobre las que el mérito es adquirido. Como señala Tom Campbell, ofrecer una recompensa por una forma naturalmente buena de obrar alienta a comportarse no bajo un esquema de moral pura (honesta), sino de una moral prudencial (estratégica): moverse por la recompensa.[21] Si se acepta esta última, nos acercaría al esquema liberal clásico de la libre competencia y del cálculo costo-beneficio. Una respuesta posible para evadir la crítica utilitarista sería afirmar que un sistema de recompensas justo no debería ir más allá de lo que se atribuiría a las personas que actuaran con independencia de tales

[21] Campbell, Tom, *La justicia*, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Jorge Malem, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 171-180.

incentivos, en el entendido de que los individuos no solo se mueven por razones egoístas, sino también por razones parcialmente altruistas.

Para ir más allá, de acuerdo con la propuesta de Sadurski y Campbell, habría que pensar en cualquier situación en la que la contribución individual sea tal que se pueda crear un excedente que supere sus propias asignaciones, y para el cual se pueda y se deba exigir recompensas compensatorias (bonos). Solo es posible llegar a ese excedente con dedicación de energía física e intelectual, experiencias desagradables vividas, riesgos y costos de oportunidad sobre los cuales es necesario ponerse de acuerdo en términos de qué es lo que se considera gravoso y qué no lo es, a partir de gustos medios y situaciones típicas.

Por supuesto, como hemos dicho, una consecuencia de comprender la justicia como mérito es que incentiva la existencia de recompensas extrínsecas más bajas para los trabajos intrínsecamente menos gravosos, lo cual puede ir en contra de la tendencia a que los apetecibles trabajos de alto nivel sean los mejores remunerados. Lo que sí debe descartarse en cualquier circunstancia es que, por un lado, el estatus social, el abolengo familiar, la herencia laboral, el nepotismo público y privado sean las justificaciones posibles para los altos ingresos y, por el otro, que los talentos naturales, como pensaba Rawls, deban diluirse en una suerte de fondo común.

III. Análisis económico del derecho y criterio de eficiencia

Uno de los representantes contemporáneos más destacados del Análisis Económico del Derecho (AED), en su vertiente deontológica, es Robert Cooter. Para seguir cierto orden intentaré sintetizar sus principales propuestas, en lo que hace a los supuestos epistemológicos, metaéticos y normativos, y proceder luego a un comentario crítico de las mismas.

Desde un punto de vista epistemológico, para Cooter, el AED debe entenderse en sus propios términos y no por referencia a ninguna tradición filosófica. Dicho con otras palabras, consciente del desacuerdo existente respecto de las diversas decisiones políticas sobre lo correcto y lo incorrecto en cuanto a la asignación de derechos, obligaciones, deberes, responsabilidades, privilegios, etcétera, y a las teorías que sirven para justificarlas, no corresponde al AED ofrecer algún criterio de solución. De lo que se trata más bien es de encontrar algún concepto, principio o criterio regulativo entre las diversas concepciones, lo suficientemente neutral y ajeno a cualquier consideración axiológica, que permita construir esa plataforma común de teori-

zación. Algo así como una especie de herramienta con la que se pudiera garantizar el éxito de cualquier operación. Tal principio o criterio normativo lo encuentra Cooter en la noción de eficiencia y, más específicamente, en el principio de "eficiencia Pareto":

> A policy science can, however, find areas of common agreement and build upon them. The economic analysis of law tries to remain neutral at its core with respect to competing conceptions of right, including conceptions of the ideal income distribution. That possibility is substantially realized by making Pareto efficiency its central normative concept.[22]

Desde el punto de vista de la metaética, el principio de "eficiencia Pareto" es consistente con un relativismo de los valores y un escepticismo moral: "When judging whether a change is an improvement, a Paretian analysis does not impose anyone's values upon anyone else. It is, consequently, consistent with value relativity and moral skepticism".[23] Para Cooter, al parecer, uno y otro son condiciones necesarias para garantizar la pretensión de neutralidad del principio y, con ella, la propia neutralidad del AED.

A partir, entonces, de una relativización de los valores por la cual estos serán reducidos a preferencias individuales con igual título para su satisfacción, como se verá enseguida, y cuya elección sería arbitraria o limitada por las condiciones que impone el grupo y los valores compartidos, se sigue que las instituciones sociales deben perseguir un solo propósito, que es el de maximizar sin desperdicio la satisfacción de las preferencias individuales. Tal empresa es posible recurriendo al principio de "eficiencia Pareto".

El principio de "eficiencia Pareto" afirma que una situación *S* (una cierta asignación de recursos) es *superior* a otra situación *S'* si al menos una persona está mejor y ninguna está peor en *S* que en *S'*. Una situación es a su vez *óptima,* si y solo si no hay ninguna otra situación posible en la que al menos una persona esté mejor y ninguna esté peor que en ella. Traducido y conducido al terreno legal significaría que cualquier ley debe ser descartada si existe otra que alguien prefiera y nadie rechace: "any law should be discarded if there is another that some people prefer and no one disprefers".[24]

Cooter está consciente de que este enfoque a través del principio de "eficiencia Pareto" no es totalmente neutral. Subyace en él un fuerte individualismo, pues con las leyes, como con las mercancías, las personas obten-

---

[22] Cooter, Robert, "The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law" (BRL), *Notre Dame Law Review,* vol. 64, 1989, p. 835.

[23] *Ibidem,* p. 822.

[24] *Ibidem,* p. 835.

drán lo que ellas prefieran. Con todo, es claro para Cooter que cualquiera que sea el principio que se adopte para el arreglo social más justo, se debe procurar no desperdiciar recursos.

El principio de "eficiencia Pareto" cruza un buen número de teorías que van desde las posiciones más escépticas hasta las igualitarias, y todas parecen coincidir en un individualismo subyacente. De esta forma, la concepción paretiana del AED permite establecer una conexión entre las diversas concepciones de lo correcto y las preferencias individuales: la filosofía y la política determinan qué debe ser lo correcto en el derecho y en el gobierno, mientras que la economía determina qué es lo mejor con respecto a las preferencias individuales. La propuesta de Cooter es una suerte de síntesis de ambas que denomina teoría sobre las "mejores leyes correctas" *(the best right laws)*, donde el principio de "eficiencia Pareto" y su vocación de neutralidad constituyen la plataforma común de cualquier concepción de lo correcto.

Con respecto a las teorías que analiza Cooter, el utilitarismo comparte con el principio de "eficiencia Pareto":

a) La satisfacción de las preferencias individuales, en la medida en que la decisión óptima está directamente determinada por los gustos y las oportunidades.
b) El carácter individualista de los valores, en tanto estos residen exclusivamente en la satisfacción de las preferencias de los individuos y no, por ejemplo, en las tradiciones culturales o en las virtudes comunitarias.
c) El autointerés, que si bien no es un requerimiento lógico del principio, incrementa su poder de aplicación. Sin embargo, pese a estas similitudes, Cooter toma distancia crítica frente al utilitarismo, en tanto que, por una parte, el principio ideal utilitarista de la suma total de beneficios supone una medición interpersonal cardinal imposible de efectuar tratándose de preferencias subjetivas y, por la otra, al privilegiar el bienestar social pone en riesgo la misma libertad de los individuos.[25]

De la misma manera, lo que Cooter llama teoría materialista, que desde Adam Smith hasta Richard Posner propone la maximización de la riqueza como criterio de eficiencia, acepta el supuesto del subjetivismo individualista. Según Posner:

[25] Conviene tener presente a uno de los padres del utilitarismo, Bentham, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Buenos Aires, Claridad, 2008; y la exposición y crítica del utilitarismo en general en Sandel, Michael, *Justicia, cit.,* cap. 2.

> La riqueza es el valor en dólares, o monedas equivalente […] de todo en la sociedad. Se mide por lo que la gente está dispuesta a pagar por algo o, si ya lo posee, lo que exigiría en dinero por separarse de ello.[26]

La diferencia con el utilitarismo es que ahora las preferencias individuales están acotadas: solo cuentan las elecciones registradas en el mercado expresadas en términos monetarios. Se evita así el problema utilitarista de la medición interpersonal sin eliminar el criterio de "eficiencia Pareto", visto ahora como "superioridad Pareto potencial" o criterio Kaldor-Hicks. Pero para Cooter, la noción de riqueza empleada por Posner, en términos de costos-beneficios monetarios, presenta grandes dificultades que podrían resumirse en la siguiente cuestión: ¿es la riqueza en sí misma un valor o es un instrumento para la consecución de algún otro valor? La respuesta de Cooter —coincidente en parte con la de Ronald Dworkin—[27] es clara. La maximización de la riqueza como criterio de eficiencia puede enmarcarse dentro de una lógica de la elección, pero de ninguna manera en una teoría sustantiva de los valores. Constituirla en esta última es colocarla bajo la misma crítica que le cabe al utilitarismo, es decir, poner en riesgo la propia libertad individual.

Desde el punto de vista ético-normativo, para Cooter, uno de los valores centrales es la libertad. Las concepciones de lo correcto en las cuales la libertad ocupa un lugar central no solo son consistentes con el principio de "eficiencia Pareto", sino complementarias. Para Cooter, la libertad debe entenderse en tres sentidos: la libertad como permisión o ausencia de prohibición, la libertad como no interferencia en terceros, y la que el autor denomina "libertad conjuntiva" *(conjunctive liberty),* es decir, aquella concepción de la libertad de acuerdo con la cual su alcance, en términos de "máxima libertad" *(maximum liberty),* es medido como una suma ponderada de los diferentes tipos de actos permitidos: libertad de expresión, de prensa, de religión, de asociación, etcétera.[28] Cuál sea el criterio de ponderación en los casos en que estas libertades entren en conflicto no es un asun-

---

[26] Posner, Richard, "Some Uses and Abuses of Economics in Law", *The University of Chicago Law Review,* vol. 46, núm. 2, invierno de 1979, *cit*. por Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, ITAM-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-FCE, 1994, p. 32.

[27] Dworkin, Ronald, "Is Wealth a Value?", *A Matter of Principle,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985. Para un análisis de la polémica Dworkin-Posner puede consultarse Hierro, Liborio, "Contra el imperio de la riqueza (Dworkin *vs.* Posner)", en *Revista de Ciencias Sociales,* Chile, Universidad de Valparaíso, núm. 38, 1993, pp. 383-411.

[28] Cooter, Robert, "Liberty, Efficiency, and Law", *Law and Contemporary Problems,* Durham, Carolina del Norte, vol. 50, núm. 4, otoño de 1987, pp. 142-150.

to relevante para los propósitos de mostrar la complementariedad entre el principio de "eficiencia Pareto" y el valor de la libertad.

En cualquier sentido que se entienda la noción de libertad, esta supone un respeto irrestricto a los valores y preferencias del individuo que, como ya se ha dicho, constituye el punto de partida del principio de "eficiencia Pareto". La crítica dirigida hacia la versión estándar del principio no tiene relación con el supuesto de la libertad individual, sino con la idea de que pocos cambios beneficien a alguien sin que perjudiquen a otro. De ahí la necesidad de considerar un "Pareto potencial o prospectivo". Lo cierto es que tanto el primero como el segundo, que también se halla sujeto a objeciones, son consistentes y complementarios con la libertad individual. Este es un deslinde importante con aquellas teorías que, aceptando el individualismo como punto de partida, terminan negando la libertad de los individuos, como son los casos, ya comentados, del utilitarismo y del materialismo.

Sea a través de la maximización del bienestar social (utilitarismo) o de la maximización de la riqueza (materialismo), ambos criterios ponen en entredicho las libertades individuales. En términos de Cooter, no toman los derechos individuales en serio. Estos están consagrados en el *Bill of Rights* precisamente para proteger las libertades individuales de estándares agregativos de elección social como los presentados por ambas posturas. Esta defensa de los derechos individuales sustentada por Cooter lo sitúa en una perspectiva deontológica del AED muy distinta, por ejemplo, de la versión consecuencialista de Posner.[29]

Réplica a algunos enunciados del AED

La pretensión epistemológica de Cooter de comprender al AED en sus propios términos y no por referencia a alguna tradición filosófica, con el fin de garantizar su neutralidad, es una empresa desde un principio condenada al fracaso, por dos razones. Primero porque el reconocimiento de la genealogía del AED, por ejemplo en la escuela realista estadounidense del derecho, no solo debe verse desde un punto de vista descriptivo, en términos de sus nexos históricos —de alguna manera irrelevante para el estatus epistemológico del AED—, sino como un marco programático que orienta el tipo de preguntas y de intereses que definirán al AED.

[29] Véase el análisis de Richard Posner al principio de discriminación racial, desde el consecuencialismo eficientista, *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, pp. 351 y ss.

El realismo jurídico estadounidense enseñaba, por ejemplo, "que los estudiosos del derecho deberían ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de las ciencias sociales a la que podían recurrir los abogados académicos". Pero también enseñaba algo más interesante, que quisiera expresar en los términos del juez Holmes: "Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia". Para Holmes, tales consecuencias no eran otras que las resoluciones de los propios tribunales, por tanto, el derecho no era otra cosa que: "[…] las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos".[30]

Tal perspectiva del "hombre malo" —en el sentido de Holmes más cercano a la idea de egoísta que de perverso—, es decir, la del individuo que únicamente se preocupa por evitar consecuencias desagradables, que solo está interesado en que se le indique qué actos puede realizar impunemente y cuáles serán objeto de castigo por parte de los jueces, es la que permea, las más de las veces de manera acrítica, en el AED, y Cooter no es la excepción.

¿Qué sentido tendría poner a la noción de eficiencia como eje alrededor del cual debe girar todo el AED, como sugiere Cooter, si no se asume previamente la perspectiva del "hombre malo"? Como bien señala Carlos Nino, al menos tenemos el derecho a preguntar qué pasa con el hombre bueno, es decir, el individuo que quiere cumplir con su deber independientemente de cuáles sean las consecuencias.[31] Para usar la terminología de Herbert Hart, qué pasa con el individuo que obedece al derecho no "desde un punto de vista externo", sino "desde un punto de vista interno"; no movido por el temor a la sanción, sino por convicción.

Desde el punto de vista de la metaética, Cooter parece inclinarse por el llamado subjetivismo individualista, que parece ser la vía más adecuada para la defensa de la libertad de los sujetos. Si lo bueno fuera algo objetivamente determinable, nada impediría imponerlo a los individuos y esta imposición conduciría a posiciones dogmáticas y autoritarias que violentarían o restringirían la libertad. Pienso que el error de esta postura es confundir los enfoques interno y externo de las preferencias y terminar negando el primero, cuando lo valioso precede al deseo o al interés. Dicho en otros

[30] Holmes, Wendell, "The Path of the Law", *Collected Legal Papers,* 1921, *cit.* por Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho,* 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 46 y 47.

[31] Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho, cit.*

términos, el valor de la libertad de los individuos no deriva de una visión externa de las preferencias, como se supone en el principio de "eficiencia Pareto", sino de que existan razones acerca de estados de cosas valiosas que subyacen a aquellas.

En segundo lugar, Cooter advierte que el principio de "eficiencia Pareto" no es tan puro ni tan neutral, en la medida en que supone un individualismo de base. No obstante, en tanto este individualismo subyace a las principales teorías que han tratado de ofrecer criterios de eficiencia, el principio actúa como si lo fuera. Pienso que el individualismo que sostiene Cooter en la mejor tradición analítica anglosajona, que bien puede remontarse hasta Hobbes, es el que, siguiendo a Steven Lukes, se denomina "individualismo metodológico": aquella doctrina que sostiene que todos los intentos para explicar los fenómenos sociales deben rechazarse a menos que puedan expresarse totalmente en términos de hechos acerca de los individuos.[32] Cooter no excluye la interacción entre los propios individuos y que, como ya he señalado, termine aceptando un relativismo moral, pero al igual que con Robert Nozick, las demás personas tienden a aparecer como neutrales cuando no inciden sobre nosotros de alguna forma significativa, o de lo contrario, sirven como ayuda u obstáculo para la realización de nuestros propósitos y deseos.

Por lo que hace al propio principio de "eficiencia Pareto", creo que no está de más recordar alguna de las críticas que se le han realizado con el fin de mostrar su escasa capacidad ética normativa. Me refiero, por ejemplo, a aquella que le formula Amartya Sen, en el sentido de que el principio de Pareto no permite comparar entre sí situaciones óptimas: "un estado puede ser un óptimo de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos".[33] Por supuesto que los economistas podrían argüir que no es función de la economía científica realizar valoraciones éticas o políticas —entre otras cosas, como ya se ha visto, porque se rechaza algún criterio racional y objetivo de valoración—, pero entonces deberían admitir que el criterio de eficiencia resulta sumamente inoperante para toda cuestión de interés.

Con respecto a las críticas de Cooter al utilitarismo y al materialismo, estoy de acuerdo. La cuestión de la limitación o negación de las libertades individuales en aras de una maximización del bienestar social o de la riqueza no es sostenible. Lo que resulta perverso en estas teorías es que partiendo

---

[32] Lukes, Steven, *Individualism,* Oxford, Basil Blackwell, 1973, p. 110.

[33] Sen, Amartya, *The Standard of Living,* Cambridge University Press, 1987, pp. 50 y 51.

de la defensa incondicional de las libertades o de las preferencias individuales terminen proponiendo criterios que ponen en riesgo, si no es que destruyen, las propias libertades individuales. Algo semejante a lo que sucede con la defensa incondicional del mercado o con la defensa incondicional de la tolerancia: terminan destruyéndose a sí mismas. Las libertades o las preferencias individuales tienen también sus límites y, por supuesto, uno de ellos, como bien lo señala Cooter, es la no incidencia en la libertad de terceros.

Pero de esta crítica general al utilitarismo y al materialismo no debe inferirse necesariamente la aceptación de un liberalismo libertario, como parece defender el autor. El énfasis de Cooter está puesto especialmente en la defensa de las libertades negativas: en las libertades entendidas como ausencia de prohibiciones. Poco o nada se dice con respecto a las libertades positivas: la *libertad para,* en el sentido de autorrealización, y la razón me parece clara. La mejor forma de maximizar es que los propios individuos, que son quienes mejor conocen sus preferencias, se hallen libres para negociar e intercambiar.

¿Cuál debe ser entonces el papel de las normas jurídicas en tal contexto? Fundamentalmente dos: 1) proveer las condiciones necesarias para una transacción efectiva, por ejemplo, delimitando los derechos de propiedad, asegurando el cumplimiento de los contratos, previniendo el fraude, en fin, asegurando las libertades negativas con los correspondientes deberes negativos, y 2) corregir las fallas del mercado. Por tanto, el objetivo del derecho y de su aplicación judicial en particular es remover los obstáculos del intercambio a través, digamos, de leyes antimonopólicas, de una severa regulación de las externalidades negativas, etcétera. La función de las normas jurídicas sería la de suplir o, en su caso, perfeccionar el mercado.[34]

Sin embargo, el papel de las normas jurídicas no se limita exclusivamente a perfeccionar o suplantar el mercado. El asunto no es de tipo cuantitativo, sino cualitativo: el deber del juez, por ejemplo, no es servir al mercado, sino determinar si este debe prevalecer ante ciertos conflictos. En otros términos, no entender la función del juez como un instrumento de la eficiencia al servicio del mercado, sino comprometido en un proceso tendente a promover o incluso remover, si es necesario, los valores encarnados en el derecho. Esta crítica supone que no todos los valores se reducen a preferencias subjetivas y que no solo es posible fundamentarlos en un objetivismo moral a partir del reconocimiento de necesidades o bienes básicos, por ejemplo, sino que también es posible establecer una jerarquía entre ellos. No todo es negociable en el mercado y no todo está sujeto a los criterios de

[34] Fiss, Owen, "The Death of Law", en *Cornell Law School,* vol. 72, núm. 1, 1986.

eficiencia. Pienso, en este sentido, que el liberalismo en su vertiente deontologista es un buen contrapeso al utilitarismo y al materialismo, como propone Cooter; pero pienso también que el liberalismo sin bases objetivas en el reconocimiento de necesidades básicas y deberes positivos por parte del Estado termina negándose a sí mismo.

Es verdad que Cooter hace referencia a Rawls cuando lo usa como un ejemplo más de la versatilidad y neutralidad del principio de "eficiencia Pareto", pero Cooter tiene serias reservas para aceptar el igualitarismo de Rawls con base en el criterio *maximin;* además, difícilmente aceptaría una conciliación de las libertades básicas con algún principio distributivo y pienso que rechazaría cierto objetivismo axiológico presente en Rawls cuando pone especial énfasis en destacar las "circunstancias de la justicia" y la exigencia de satisfacción de los bienes básicos.

Qué tan compatible sea el principio de "eficiencia Pareto" a partir de ciertos supuestos igualitarios y de una versión fuerte de los derechos humanos, tanto individuales como sociales, es algo que hay que estudiar con más detalle. En todo caso, me parece que un liberalismo igualitario estaría más cerca de un AED, con todas las limitaciones éticas que sugiere un Guido Calabresi, que con la propuesta que sugiere un Richard Posner.[35]

La propuesta de Cooter se ubicaría en una zona intermedia. Cooter es tan crítico del criterio de maximización de la riqueza de Posner y de las propuestas utilitaristas como lo es Calabresi, pero el deontologismo de Cooter, a diferencia del de Calabresi, se constriñe al modelo libertario. Una mezcla apropiada de eficiencia y equidad, diría Calabresi, es altamente instrumental para conseguir lo que muchos verían como una sociedad justa. Esta supone el deber de satisfacer las necesidades básicas de cada ser humano como sujeto moral. Necesidades que no están sujetas a las preferencias individuales ni son susceptibles de ser negociadas bajo criterios de eficiencia en el mercado.

Finalmente, desde el punto de vista normativo, con respecto a las libertades, ya he enfatizado la importancia de este valor para Cooter, aun cuando se limite a las libertades negativas. De los tres tipos de libertades que señala el autor: en cuanto permisión, como no interferencia en terceros y conjuntiva, me llama la atención especialmente esta última, que se entendería como una suma ponderada de los diferentes tipos de actos permitidos. Cooter está consciente de la necesidad de algún criterio de ponderación

[35] Para un análisis del pensamiento de Calabresi y sus diferencias con Posner (y Dworkin) véase Hierro, Liborio, "La pobreza como injusticia. (Dworkin *vs.* Calabresi)", *Doxa,* Universidad de Alicante, núms. 15-16, 1994, pp. 945-969.

cuando las libertades entran en conflicto, pero hasta donde entiendo, no ofrece ninguno. Se limita a decir que el principio Pareto es práctico cuando los sujetos en conflicto se encuentran simétricamente situados con respecto a un futuro incierto, pero si no lo están —casos difíciles o trágicos—, entonces el principio es insuficiente y debe dar cabida a otro criterio de solución con el riesgo de poner en entredicho, por ejemplo, las libertades y los derechos individuales correspondientes.

Para situaciones en las que el conflicto se plantea entre dos valores, derechos o principios normativos, el criterio de eficiencia es irrelevante. Los fallos judiciales en los casos de *Roe vs. Wade*, *Brown vs. Board of Education* o *Village of Skokie vs. National Socialist Party of America*, por citar tres casos conocidos y paradigmáticos de conflictos de valores o dilemas en el ámbito estadounidense, solo confirman la necesidad del papel activo de los jueces para su resolución, aun cuando el valor que se optó por proteger arrojara resultados de enorme ineficiencia. Es claro que cuando lo que se analiza son casos difíciles y trágicos se corre el riesgo de sacrificar algunas libertades y derechos. Pero esto lo único que muestra es la insuficiencia del principio de "eficiencia Pareto" y del AED, no que no existan algunos criterios de solución.

IV. *Excursus.* Derecho a la libertad de expresión o equidad electoral

En este *excursus* me interesa poner de relieve las diferencias entre una concepción libertaria y una igualitaria en torno a un problema que ha cobrado relevancia a partir de un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos y que, en el sentir de los igualitarios, ha puesto en cuestión los mismos fundamentos de una democracia liberal. En México, esta confrontación adquirió relevancia a partir del llamado "amparo de los intelectuales". Comencemos por este último.

El 27 de agosto de 2007, y después de un crispado periodo, durante y posterior a las elecciones del 2006 en México, el Instituto Federal Electoral (IFE) entregó al Senado una serie de propuestas de reformas en materia electoral. El 12 de septiembre, la Cámara Alta avaló el uso de los tiempos oficiales para difundir la propaganda de los partidos, vetando la contratación de espacios comerciales por parte de los partidos políticos y los particulares, y facultando solo al IFE para realizar la distribución de los espacios en medios de comunicación electrónicos. Las reformas tocaban directamente

los intereses económicos del duopolio televisivo. Como era de esperarse, comenzaron a sucederse los amparos promovidos por varias organizaciones sociales y algunos ciudadanos en contra, puntualmente, de la adición al artículo 41 constitucional, fracción III, párrafo tercero, promulgada junto con otras reformas el 13 de noviembre de 2007. En ella se establece que, además de los partidos políticos:

> Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

En concreto, el llamado "amparo de los intelectuales" contra los actos del H. Congreso de la Unión[36] se sustenta en la violación a las garantías consagradas en los artículos 1, 3, 6, 9 13, 133 y 135 constitucionales. Por supuesto, el más relevante es el artículo 6, que consagra el derecho a la libertad de expresión. No deja de llamar la atención la reiterada alusión a una defensa del régimen "democrático deliberativo", sin ofrecer una definición del mismo.

¿Qué interpretación se propone en el amparo sobre el derecho a la libertad de expresión? La formulación constitucional del artículo 6 proyecta una:

> concepción negativa de la libertad que requiere o implica únicamente la inhibición del Estado, esto es, la no injerencia a través de intromisiones por parte de aquel, frente a la capacidad de las personas de expresar libremente su opinión; libertad de expresión que conectada con su ejercicio colectivo genera la opinión pública y, en última instancia, el derecho a la información.

Y agrega:

> el Órgano Revisor de la Constitución trastocó y modificó los valores en que se apoya el régimen democrático deliberativo, pues que limitó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión […] impone a los quejosos la obligación inmediata de abstenerse de contratar espacios en los medios de comunicación masiva, radio y televisión […].

[36] SCJN, amparo en revisión 155/2011. Escrito de demanda de amparo de Fabián Aguinaco *et al.*

Viola además el derecho a la libre asociación, "pues se obliga a asociarse a un partido político para poder expresarse a través de los medios masivos de comunicación".

Como sabemos, en sesión plenaria de 28 de marzo de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió desestimar el juicio de amparo promovido contra las reformas constitucionales de 2007. No entró al fondo del asunto.

Lo que me interesa resaltar para los propósitos de este capítulo es que el debate abierto en México en torno al conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y a la equidad en las contiendas electorales, ambos consagrados en la Constitución, pone de manifiesto una tensión de fondo entre dos propuestas filosóficas distintas dentro de la misma familia liberal: o la versión libertaria que defiende a ultranza la libertad de expresión, o la versión igualitaria que busca garantizar la imparcialidad en la contienda democrática como condición *sine qua non* para el ejercicio político de la libertad ciudadana.

Para los libertarios existe algo así como una equiparación entre la libertad del mercado y la libre expresión de las ideas. Tal equiparación es una mera ilusión. Como sostiene Victoria Camps:

> […] el mercado real no es democrático. No hay igualdad de oportunidades en el mercado, como no la hay tampoco en ningún escenario imaginable para la libre expresión y confrontación de ideas. En el mundo que conocemos, solo quienes tienen poder económico, tienen a su vez capacidad real para expresarse y dominar el universo mediático e incluso el político. ¿Quién ha hecho a Berlusconi varias veces presidente del gobierno italiano más que el poder mediático que él mismo ostenta? […] El poder de utilizar ese derecho universal que es la libertad de expresión no está equitativamente repartido en la sociedad real. Hablar de un libre mercado de ideas es puro engaño.[37]

Para John Stuart Mill, uno de los defensores clásicos de la libertad de expresión, esta no debía concebirse como un fin en sí mismo, como una suerte de valor absoluto, sino como un medio para mejorar a la sociedad. Así lo comprendió James Madison al señalar que la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense debía leerse dentro del conjunto de valores constitucionales y democráticos; y el mismo juez Louis Brandeis, que la en-

[37] Camps, Victoria (ed.), *Democracia sin ciudadanos. La construcción de ciudadanía en las democracias liberales*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 155 y ss.

tendió como un medio para mejorar la democracia. Esta es la tesis central de pensadores contemporáneos como Cass Sunstein[38] y Owen Fiss.[39]

Pienso con ellos, que en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la equidad electoral es una precondición necesaria, y por tanto, insoslayable, de la democracia. Asimilar la democracia al libre mercado de las ideas es condenarla al suicidio institucional. El problema reside en seguir considerando a la institución del mercado como algo bueno *per se;* algo que por su propio dinamismo, en la medida en que se minimicen los factores de distorsión, producirá las bondades requeridas por cualquier sociedad medianamente decente. Si además, como afirman algunos economistas libertarios como Friederich Hayeck, el mercado es condición necesaria de la democracia y se acepta también la tendencia natural del mercado a su concentración, entonces el escenario se nos vuelve doblemente enfermizo.[40] Desde este punto de vista, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Citizens United vs. Federal Election Commission* significa un claro retroceso que abona en la dirección de privilegiar al mercado y a los poderes fácticos por encima de la equidad electoral. Obama lo ha expresado impecablemente al referirse a esta decisión como "devastadora", ya que mina los cimientos de la propia democracia.[41]

En una votación dividida, 5 contra 4, los jueces conservadores-republicanos declararon que las corporaciones y los sindicatos tienen un derecho constitucional a gastar tanto como deseen en comerciales televisivos electorales, que específicamente apoyen a candidatos particulares o se dirijan contra ellos. Esta decisión resulta extraordinaria en Estados Unidos, puesto que desde 1907 con la Ley Tillman, las corporaciones, que solo son personas ficticias creadas por el derecho, no tienen los mismos derechos consagrados por la Primera Enmienda en relación con la actividad política que sí tienen los individuos.

La Corte fue más allá de lo reclamado por *Citizens United*. Lo que esta corporación pidió es que se le exentara de la Ley de Reforma de Campañas

---

[38] Sunstein, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1993.

[39] Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996.

[40] Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000, pp. 63 y ss.

[41] Corte Suprema de Estados Unidos, *Citizens United vs. Federal Electoral Comission*, 08-205, 558 U.S. 310, 2010. Véase Dworkin, Ronald, "La decisión que amenaza la democracia", trad. de Miguel Carbonell, en *Isonomía*, México, ITAM-ELD-Fontamara, núm. 35, octubre de 2011. Para un estudio integral de la sentencia con comentarios de Jacob Rowbottom y Samuel Isaacharoff véase *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras,* México, TEPJF, núm. 1, 2012.

Bipartitas (LRCB) sobre la base de que se proponía transmitir una película que "infamaba" a la candidata Hillary Clinton, únicamente en un canal de "pago por evento". No se propuso impugnar la constitucionalidad de la ley. Los jueces Roberts, Alito, Kennedy, Scalia y Thomas decidieron por propia iniciativa que de todos modos querían declarar inconstitucional la ley: la LRCB infringía la Primera Enmienda. Con esta decisión, a juicio de autores como Ronald Dworkin, se abandonó el criterio de precedentes (Austin, 1990 y McConnell, 2003) y con ello, un siglo de historia y tradición democrática estadounidense.

De acuerdo con varios académicos e intelectuales, esta decisión de la Corte no encuentra soporte alguno en ninguna de las teorías que subyacen como justificación a la Primera Enmienda. ¿Cuáles son estas teorías?

1. La necesidad de un *electorado informado*: la libertad de discurso político es una condición necesaria para una democracia efectiva. El juez Kennedy se apoya en esta teoría, pero no da ninguna razón para suponer que permitiendo que las corporaciones ricas inunden con dinero las elecciones se produciría un público mejor informado. Más bien, hay razones para suponer que pasará lo contrario, puesto que: *a)* las corporaciones no tienen ideas propias y sus anuncios promoverán las opiniones de sus directivos; *b)* la publicidad corporativa confundirá al público, porque su volumen sugerirá que más personas que las que hay en realidad apoyan las opiniones que expresan los anuncios, y *c)* la publicidad confunde porque pretende ofrecer opiniones sobre el interés público, pero lo cierto es que los directivos están obligados a gastar los fondos corporativos solo para promover los propios intereses financieros, que además podrían ser diferentes a los del interés público. Kennedy argumentó que el discurso no puede ser restringido solo para igualar a los candidatos en cuanto a sus recursos financieros. Lo cierto es que no se trata de igualar por igualar a todos los candidatos, sino que como lo reconoce, por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá: "crear un campo de juego nivelado para aquellos que desean comprometerse en el discurso electoral permite a los votantes estar mejor informados; ninguna voz es abrumada por otra". Los monopolios o duopolios resultan igualmente destructivos para el mercado de ideas. Para un liberal igualitario, la equidad electoral se requiere para proteger la integridad del debate político, para hacer posible una robusta democracia deliberativa.
2. Una segunda teoría que justifica la Primera Enmienda destaca la importancia de la libre expresión no para educar al público a gran

escala, sino para *proteger el estatus y el desarrollo moral de los ciudadanos en lo individual*, como iguales en el proceso político. En su voto disidente, el juez Stevens defiende esta postura contra el derecho al voto de las corporaciones: "el dinero no es discurso". La Primera Enmienda protege los intereses morales de individuos que sufrirán frustración e indignidad si fueran censurados. Solo los seres humanos pueden experimentar estas sensaciones, las corporaciones no. Ni siquiera los jueces más conservadores han sugerido que toda corporación debe tener una boleta electoral.

3. Por último, una tercera teoría justificaría la Primera Enmienda porque proteger la libertad de expresión contribuye a la *honestidad y transparencia del gobierno*. La decisión que adoptó la Corte en *Citizens United* podrá incentivar la corrupción incrementando agudamente la oportunidad de las corporaciones para tentar o intimidar a los congresistas, de cara a campañas de reelección.

Mi interés, como decía al principio de este *excursus*, es llamar la atención sobre las diferencias entre dos argumentaciones distintas dentro de la misma familia liberal: libertarios *vs.* igualitarios. En el marco de un Estado constitucional, liberal e igualitario de derecho, la equidad electoral es una precondición "mínima", pero insoslayable, de la democracia, que necesita ser garantizada por el máximo tribunal en un ejercicio sólidamente argumentado de ponderación.[42] Es una prueba de fuego para medir el talante de nuestros jueces si deciden entrar al fondo del problema. Cuando digo "entrar al fondo del problema" me refiero, como bien ha sostenido Dworkin, a que:

---

[42] Existen antecedentes conocidos de tribunales límite, que han considerado inconstitucional una reforma constitucional. El ejemplo más citado es el de la Corte Constitucional de Alemania, que justifica su actuación en el mismo artículo 79, fracc. tercera de la Ley Fundamental alemana, que establece la conocida "cláusula de intangibilidad": "No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20", *Southwest State Case* (1951), *Article 117 case* (1953), *Klass case* (1970), *Electronic eavesdropping case* (2004)); la Corte Constitucional de Italia declaró (sentencia 1146 de 1988) que "la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales", principios entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales; también deben citarse los fallos del Máximo Tribunal irlandés por lo que hace al control del procedimiento de reforma establecido en la misma Constitución —*State (Ryan) vs. Lemmon* (1935), *Riordan vs. An Taoiseach* (1999)—; y paradigmáticamente, en nuestra línea de reflexión, los fallos de la Corte Suprema de la India, a partir del concepto de "estructura básica" de la Constitución —*Golak Nath vs. State of Punjab* (1967), *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala* (1973), *Minerva Mills Ltd. vs. Union of India* (1980)—.

> […] los jueces deben entender que los conceptos que utilizan en sus sentencias (responsabilidad, significado, intención, igualdad, libertad y democracia, por ejemplo) son conceptos *difíciles*, que estamos muy lejos de clarificar plenamente o de resolver del todo cuál es su mejor y más adecuada comprensión […].

De la misma manera que los jueces han comenzado a familiarizarse con la economía o la historia constitucional para ofrecer decisiones consistentemente argumentadas:

> […] no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar.[43]

Dicho lo anterior, hay que insistir en que de ninguna manera se trata de asumir funciones de legislador, puesto que el órgano judicial no tiene facultades "iniciativas", sino solo "controladoras" (siempre resuelve conflictos); ni tampoco se trata de abrir las puertas al intuicionismo o al decisionismo judicial.

[43] Dworkin, Ronald, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", trad. de Leonardo García Jaramillo, *Isonomía,* México, núm. 32, 2010, pp. 25 y ss.

Capítulo tercero

JUSTICIA COMO COMUNIDAD Y VIDA BUENA

Desde mediados de los años setenta y a lo largo de los ochenta, con resonancias hasta nuestros días, se ha desarrollado el llamado comunitarismo que, en buena medida, centra sus críticas en el liberalismo y, de manera especial, en el liberalismo igualitario de autores como John Rawls, el Rawls de *Teoría de la justicia.* Filósofos como Charles Taylor, Michael Walzer y Michael Sandel, que forman el cuerpo compacto del comunitarismo, coinciden en denunciar la concepción ahistórica y desencarnada del individuo, dotado de derechos existentes con anterioridad a la de su entorno social y político.

Un liberalismo así concebido es acusado de ser responsable de la destrucción de los valores comunitarios —solidaridad, fraternidad y lealtad, por ejemplo— y, por consiguiente, de favorecer un debilitamiento de la vida pública. El cambio operado a partir de esta concepción liberal ha sido, en palabras de Sandel: "...de una filosofía pública de propósitos comunes a una de procesos imparciales, de una política de lo bueno a una política de lo correcto, de una república nacional a una república procedimental".[1]

I. Justicia como comunidad

En su libro *Hegel*, publicado en 1975, Charles Taylor abre las puertas para un renacimiento contemporáneo de la filosofía del pensador alemán y, con él, del movimiento comunitarista.

Para Taylor, Hegel critica a Kant en su concepción de la razón puramente formal sin contenido material. Para Hegel, el único contenido válido de la obligación moral está dado por la *Sittlichkeit,* opuesta a la *Moralität*:

> *Sittlichkeit* se refiere a las obligaciones morales que tengo frente a una comunidad actual de la cual formo parte. Estas obligaciones están basadas en normas y usos

[1] Sandel, Michael, "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", en Avineri, Shlomo y Shalit, Avner de, *Communitarianism and Individualism,* Oxford University Press, 1992, pp. 26 y 27.

> establecidos, y es por ello que la raíz etimológica *Sitten* es importante en el uso que le da Hegel. […] Con *Moralität* es lo contrario lo que vale. Aquí tenemos la obligación de realizar algo que no existe, y que debe contrastar con lo que es. Y relacionado con esto, la obligación me sostiene no en virtud de ser parte de una vida comunitaria más grande, sino como una voluntad individual racional.[2]

Mientras Kant identifica la obligación moral con *Moralität*, Hegel lo hace con *Sittlichkeit*, que es con lo que la vida moral alcanza su plena realización. Por supuesto, esta realización es un resultado que no se manifiesta en todas las etapas históricas. Algunos periodos han estado tan vacíos de espíritu que lo predominante ha sido la *Moralität*; pero la realización plena de la moralidad se consuma cuando tiene lugar la *Sittlichkeit*. Y puesto que la plena realización de la libertad o de la vida moral requiere de una sociedad, como mínima realidad humana autosuficiente, Hegel reconoce en este punto su deuda con los griegos —que concebían a la polis como el marco de referencia de la esencia y el significado de sus propias vidas— y, de manera especial, con Aristóteles.

Taylor aprovecha para extraer algunas conclusiones de sumo interés. Si nuestra existencia moral solo es posible en cuanto miembros de una comunidad, esto nos conduce más allá de la teoría contractualista del moderno derecho natural y de la concepción utilitarista de la sociedad como instrumento del bienestar general. Ambas teorías, la contractualista y la utilitarista, descansan en la suposición de una existencia del individuo anterior a la comunidad, a diferencia de la concepción hegeliana que no entiende al individuo sino como miembro de la misma. La comunidad o el "pueblo" terminan siendo la esencia y la meta final para los individuos, lo que Hegel llama su "sustancia". Taylor cita un pasaje de la *Enciclopedia*:

> La sustancia que se conoce a sí misma libre, en la cual el absoluto "deber" es igual a *ser,* tiene realidad como el espíritu de un *pueblo*. La separación abstracta de este espíritu es la individuación en personas, de cuya existencia independiente *es* espíritu, es el poder y la necesidad internos. Pero la persona como una inteligencia pensante conoce esta sustancia como su propia esencia —bajo esta convicción *(Gesinnung)* deja de ser un mero accidente de ella—, ve como su absoluto y final objetivo existir en la realidad, como algo que es conseguido en el *aquí y en el ahora*, al tiempo que *la ocasión* a través *de su actividad,* pero como algo que, de hecho, simplemente es.[3]

---

[2] Taylor, Charles, *Hegel,* trad. de Francisco Castro, Carlos Mendiola y Pablo Lazos, México, Anthropos-UIA-UAM, 2010, p. 325.

[3] *Ibidem*, p. 327. Véase Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, trad. de E. Ovejero y Maury, México, Porrúa, 1973, pp. 263 y ss.

Hegel niega que el Estado exista en función de los individuos, como sostienen los utilitaristas. El Estado no es algo abstracto, por encima y contra los ciudadanos, sino que estos son componentes imbricados como en un organismo vivo, donde ninguna parte es fin en sí mismo ni medio para la realización de otro. La identidad del individuo como ser humano no se concibe de forma atomística, sino en el seno de una comunidad cultural donde las relaciones son recíprocas y la ordenación de medios y fines se diluye.

> El término "atomismo" se usa en un sentido amplio para caracterizar las doctrinas del contrato social que surgieron en el siglo diecisiete y también para las doctrinas sucesivas que no hicieron uso de la noción de contrato social, pero heredaron una visión de la sociedad de alguna manera constituida por personas para la realización de sus fines primariamente individuales. Ciertas formas de utilitarismo son doctrinas sucesoras en este sentido. El término se aplica también a las doctrinas contemporáneas que retoman la teoría del contrato social, o que tratan de defender, en algún sentido, la prioridad del individuo y sus derechos por encima de la sociedad, o que presentan un punto de vista puramente instrumental de la sociedad.[4]

Según Taylor, si la concepción de Hegel se entiende en el contexto de su crítica al atomismo liberal y bajo el modelo de la polis griega y no del Estado prusiano de Federico *el Grande,* que Hegel nunca admiró, su concepción organicista podría suavizarse y rescatar su profunda intuición de una teleología interna en la comunidad gracias a la cual el individuo, como miembro, adquiere identidad.

No obstante, piensa Taylor, en nuestros días no se puede aceptar la concepción ontológica que subyace en la propuesta hegeliana, sobre todo si pensamos en el problema de la diferenciación cultural. Para Hegel, el dilema de las democracias modernas es el siguiente:

> La ideología moderna sobre la igualdad y la participación total conduce a una homogeneización de la sociedad. Esto coloca al hombre fuera de sus comunidades tradicionales, pero no puede reemplazarlos como un foco de identidad. O mejor aún, solo puede reemplazarlos como tal bajo el ímpetu

[4] Taylor, Charles, "Atomism", *cit.* por Avineri, Shlomo y Shalit, Avner de, *Communitarianism and Individualism, cit.,* p. 29. Pienso que la crítica de Taylor al atomismo debe entenderse en un contexto que él mismo se encarga de especificar: "lo que llama doctrinas atomistas subyace a la revolución del siglo diecisiete en los términos de un discurso normativo, que asociamos con los nombres de Hobbes y Locke", *ibidem,* p. 30. El autor que pone como blanco de su crítica es Robert Nozick. Creo que sería inapropiado extender las críticas de este artículo de Taylor al liberalismo en su versión igualitaria.

> de un nacionalismo militante o alguna ideología totalitaria que despreciaría o resquebrajaría la diversidad y la individualidad.[5]

Ante este dilema, la solución hegeliana es considerar las diferencias sociales, políticas y culturales como expresión de un orden cósmico. Dicha expresión consiste en la realización plena de la autonomía fundada en la sola razón, cuyo objeto último es la libre voluntad. Para Taylor, si bien esta solución es insatisfactoria, el dilema planteado por Hegel sigue en pie. Desde una perspectiva amplia del liberalismo, en la que Taylor quiere ubicarse y desde la cual hay que entender sus reclamos comunitarios, la solución que propone se acerca mucho a la del "nuevo Rawls", el Rawls de *Liberalismo político*. Según ambos, el liberalismo debería permitir al Estado comprometerse con la sobrevivencia y el florecimiento de una religión, cultura o nación en el seno de su propia organización política o en el ámbito internacional, en tanto los derechos humanos básicos de los ciudadanos sean protegidos.[6]

Michael Walzer, otro representante agudo del comunitarismo, es enfático en su propósito de no trascender los contextos constituidos por las diferencias y particularidades culturales:

> Mi planteamiento es radicalmente particularista. No me jacto de haber logrado un gran distanciamiento del mundo social donde vivo. Una manera de iniciar la empresa filosófica —la manera original, tal vez— consiste en salir de la gruta, abandonar la ciudad, subir a las montañas y formarse un punto de vista objetivo y universal (el cual nunca puede formarse para personas comunes). Luego se describe el terreno de la vida cotidiana desde lejos, de modo que pierda sus contornos particulares y adquiera una forma general. Pero yo me propongo quedarme en la gruta, en la ciudad, en el suelo.[7]

Desde esta perspectiva particularista, el propósito de Walzer es describir una sociedad donde ningún bien social sirva o pueda servir como medio de dominación, es decir, una sociedad pluralista e igualitaria. Vale la pena

---

[5] Taylor, Charles, *Hegel, cit.,* p. 195.

[6] Taylor, Charles, "The Politics of Recognition", en Gutmann, Amy (ed.), *Multiculturalism and 'The Politics of Recognition',* Nueva Jersey, Princeton University Press, 1992, pp. 25-73. Taylor ilustra su propuesta con el ejemplo canadiense de la comunidad franco-parlante de Quebec. Su defensa de la sobrevivencia de la lengua quebecua es consistente con las principales tesis de su libro *Sources of the Self*, Cambridge University Press, 1990, en el que Taylor caracteriza a los seres humanos como seres interpretativos.

[7] Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia,* trad. de Heriberto Rubio, México, FCE, 1993, p. 12.

transcribir otro párrafo extenso para apreciar el carácter igualitario que anima a Walzer:

> El objetivo del igualitarismo político es una sociedad libre de dominación. Tal es la magnífica esperanza invocada por la palabra *igualdad*: no más reverencias y besamanos, no más servilismo y obsequiosidad, no más temblores reverenciales, no más encumbramiento y poderío, no más amos, no más esclavos. No es la esperanza de la eliminación de las diferencias: no hay razón para que todos tengamos la misma cantidad de las mismas cosas. Cuando posee o controla los medios de dominación, mujeres y hombres son iguales entre sí (para toda cuestión de importancia moral y política). Pero los medios de dominación se constituyen de manera diversa en sociedades diversas. La cuna, la sangre, la riqueza heredada, el capital, la educación, la gracia divina, el poder estatal: todo ello ha servido en una época u otra para que unos dominasen a otros. La dominación siempre es propiciada por un conjunto de bienes sociales dados. […] Debemos comprender los bienes sociales y controlarlos; así, no necesitaremos estirar o encoger a los seres humanos.[8]

Walzer critica la metodología de Rawls, argumentando que el problema fundamental no es qué escogerían los individuos racionales bajo condiciones de universalidad, sino qué escogerían individuos como nosotros, que comparten y seguirán compartiendo una cultura determinada. Y esta es una cuestión que se traduce fácilmente en la siguiente: ¿qué elecciones ya hemos realizado en el transcurso de nuestra vida en común? Desde este punto de vista, la afirmación de Walzer de que todas las distribuciones son justas o injustas cobra un nuevo sentido con relación a los significados sociales en juego. Ello supone que:

1. Todos los bienes que la justicia distributiva considera son bienes sociales. Los bienes en el mundo —seguridad, dinero, mercancías, tiempo libre, educación, poder político, etcétera— tienen significados diferenciados y compartidos porque su concepción y su creación responden a procesos sociales diversos: los bienes tienen distintos significados en distintas sociedades.
2. Los individuos asumen identidades concretas por la manera en que conciben y crean —y luego poseen y emplean— los bienes sociales. Existe una historia de las transacciones.
3. No existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales. La alimentación, el

[8] *Ibidem*, p. 11.

tiempo libre o las relaciones interpersonales, por ejemplo, conllevan significados diversos en diversos lugares.

4. Toda distribución es justa o injusta en relación con los significados sociales de los bienes. Si desprendemos a las necesidades, oportunidades, capacidades o merecimientos de su significación particular, resultan irrelevantes para cualquier problema de justicia.
5. Los significados sociales poseen carácter histórico al igual que las distribuciones.
6. Cuando los significados de los bienes son distintos, las distribuciones deben ser autónomas. Todo bien social constituye una esfera distributiva. Lo que ocurra en una esfera distributiva afecta lo que ocurra en otras. No hay una autonomía absoluta entre las esferas, sino relativa. Esto es tanto como afirmar que no hay un solo principio de justicia con arreglo al cual todas las distribuciones deban ser medidas.

Walzer tiene claro que un bien o conjunto de bienes es *dominante* si los individuos que lo poseen, por el hecho de poseerlos, pueden disponer de otra amplia gama de bienes. Es monopolizado cuando el bien es acaparado ante cualquier otro rival. El control monopólico de un bien dominante, en línea con el pensamiento marxista,[9] da origen a una clase dominadora, cuyos miembros se ubican en la cima del sistema distributivo, sea esta una aristocracia, o los que ostentan una supremacía divina, o bien, una meritocracia.

Por otra parte, hay que distinguir entre igualdad simple e igualdad compleja. La primera supone el disfrute igual de cierto bien o ventaja *x*, por lo que una sociedad será igualitaria cuando todos sus miembros sean considerados iguales con respecto a *x*. El debate se abre cuando nos preguntamos ¿igualdad de qué?: ¿dinero?, ¿talentos?, ¿poder? Para Walzer, dentro de sus propias esferas, estos tres bienes tienden a generar monopolios naturales que solo pueden ser limitados o reprimidos si el Estado en sí mismo es dominante, y se encuentra monopolizado por agentes encargados de ejercer tal represión. Estaríamos frente a la tiranía del bien monopolizador.

Walzer entiende que las cualidades personales y los bienes sociales tienen sus propias esferas de operación en las que sus efectos se producen de manera libre, espontánea y legítima. Hay principios internos para cada esfera distributiva. Cuando no se observan tales principios dentro de sus propias esferas se genera la tiranía, y así: "Convertir un bien en otro cuando no

[9] Marx, Karl, *La ideología alemana*, trad. de Wenceslao Roces, Montevideo-Barcelona, Pueblos Unidos-Grijalbo, 1974, pp. 34 y ss.

hay una conexión intrínseca entre ambos es invadir la esfera en la que otra facción de hombres y mujeres gobiernan con propiedad".[10]

Para evitar la tiranía debemos construir un régimen de igualdad compleja, es decir: "ningún ciudadano ubicado en una esfera o en relación con un bien social determinado puede ser coartado por ubicarse en otra esfera, con respecto a un bien distinto".[11] Una convivencia plural, sin tiranías, y bajo una igualdad compleja, significa que cada bien debe ser comprendido con su propio criterio de distribución. Pero, ¿no podría darse el caso de que un individuo pudiera ser exitoso en diferentes esferas de la justicia?: ¿representante político, empresario exitoso, hombre de ciencia, valiente en la guerra, amante notable? Walzer lo duda. Cada bien debe corresponder intrínsecamente con su criterio de distribución: para la salud y atención médica, el criterio debe ser la necesidad; para el dinero y las mercancías, el libre intercambio en el mercado; para la educación, la igualdad en el nivel básico y la capacidad de aprovecharla en el nivel superior, y así sucesivamente.

Lo cierto es que resulta prácticamente imposible ponernos de acuerdo en cuál deba ser el criterio de distribución que correspondería intrínsecamente a un bien. Puede darse el caso de que alguien opine que la educación debería depender de la aptitud y méritos del educando, o bien, de un criterio de mercado o de la propia decisión familiar. Debemos asumir que existe una invasión de esferas; y esta invasión se explica porque, precisamente, los criterios de distribución no son internos de forma absoluta, sino relativa. Por tanto, para evitar que una esfera invada otra esfera debemos guiarnos a través de las instituciones y prácticas de una sociedad, así como de las creencias de las personas sobre las mismas.

Por supuesto, Walzer aclara que la igualdad compleja funciona a través de una diferenciación de bienes y no de personas, y así como distingue de la tiranía, debe hacerlo también de las jerarquías entre personas o de castas. De lo que se trata es de adoptar una concepción de la comunidad política —el sentido de pertenencia ciudadana— entendida como un bien en sí misma: "somos (todos nosotros) criaturas que producen cultura: hacemos y poblamos mundos llenos de sentido".[12]

Finalmente, la justicia entendida como igualdad compleja en un entorno comunitario y plural supone una serie de configuraciones que caracterizan lo que Walzer denomina "socialismo descentralizado democrático", es decir:

---

[10] Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia, cit.,* p. 32.

[11] *Ibidem*, p. 33.

[12] *Ibidem,* pp. 323 y 324.

> […] un Estado de beneficencia fuerte, operado, al menos en parte, por funcionarios locales y *amateurs,* un mercado restringido, un servicio civil abierto y desmitificado, escuelas públicas independientes, el compartimiento del trabajo duro y del tiempo libre, la protección de la vida religiosa y familiar, un sistema de honores y deshonores públicos libre de toda consideración de rango o clase social, el control por parte de los trabajadores de compañías y fábricas, la actividad política de partidos, movimientos, reuniones y debates públicos.[13]

II. … Y VIDA BUENA

Para Michael Sandel, la tesis central del liberalismo se puede resumir en los siguientes términos:

> […] una sociedad justa no busca promover algún fin en particular, sino habilitar a sus ciudadanos para perseguir sus propios fines, consistentemente con una libertad similar para todos; por lo que debe gobernarse por principios que no presupongan alguna concepción particular del bien. Lo que justifica estos principios por encima de todo no es que ellos maximicen el bienestar general, o que cultiven la virtud, o que promuevan el bien, sino más bien que se conformen con lo correcto, una categoría moral que tiene prioridad sobre lo bueno e independiente de él.[14]

La prioridad de lo correcto sobre lo bueno significa, por un lado, contra el utilitarismo, que los derechos individuales no pueden ser sacrificados en aras del bienestar general y, por otro, contra cualquier forma de teleologismo, que los principios de justicia que especifican estos derechos no pueden descansar en ninguna concepción previa del bien. Este pensamiento, de raíz kantiana, desarrollado a partir de la obra de Rawls, es el liberalismo deontológico, en cuyo núcleo, según Sandel, se encuentra una concepción de la persona moral. En efecto, para Kant, la ley moral se basa en el sujeto de la razón práctica, capaz de voluntad autónoma. En consecuencia, el hecho de que esta capacidad sea previa a la adopción de cualquier fin es lo que fundamenta la prioridad de la justicia respecto de los valores que presuponen ciertos fines; es decir, esto supone una dimensión del sujeto anterior a sus objetos de experiencia.

---

[13] *Ibidem,* p. 327.

[14] Sandel, Michael, "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", en Avineri, Shlomo y Shalit, Avner de, *Communitarianism and Individualism, cit.,* p. 13.

En la interpretación de Sandel, Rawls proporciona una base empírica a la doctrina kantiana, reemplazando la metafísica idealista del sujeto nouménico por la de uno en actitud de elección, que se caracteriza por tomar en cuenta cuestiones empíricas (circunstancias de la justicia, bienes básicos, motivación autointeresada, etcétera). No obstante, Rawls no salva a la concepción kantiana de fundamentarse en un sujeto desencarnado. Para Sandel, lo que precisamente hace vulnerable a esta concepción es la promesa y, al mismo tiempo, el fracaso de un yo-sin-ataduras:

> Libre de los dictados de la naturaleza y de la sanción de los roles sociales, el sujeto humano se instala como soberano. […] Imaginar una persona incapaz de adhesiones constitutivas no es concebir un agente idealmente libre y racional, sino imaginar una persona totalmente carente de carácter, sin profundidad moral. Tener carácter es reconocer que me muevo en una historia que ni he convocado ni he ordenado, y que conlleva no pocas consecuencias para mis elecciones y conducta.[15]

Según Sandel, el liberalismo deontológico permite la liberación de una idea de mundo que carece de sentido y de *telos* hasta que el yo los construye. Sin embargo, esta visión es imperfecta, dado que ese yo está demasiado vacío para elegir principios de justicia y concepciones de lo bueno, y no explica aspectos de nuestra experiencia moral que indican que algunos vínculos y compromisos definen parcialmente nuestra identidad y constituyen el propio objeto del autoconocimiento y del conocimiento de otros. Por ello, reitera Sandel, si la concepción liberal significa:

> […] que cada uno es en sí mismo libre e independiente y no está sujeto a ataduras morales que no haya escogido, no podremos dar sentido a una variedad de obligaciones que dimanan de la solidaridad y de la lealtad, de la memoria histórica y de la fe religiosa, esas exigencias morales que surgen de las comunidades y tradiciones que moldean nuestra identidad. A no ser que pensemos que, aun en sí mismo, cada uno tiene ataduras y está abierto a exigencias morales que no ha promulgado él mismo, resulta difícil dar sentido a esos aspectos de nuestra moral y de nuestra experiencia política.[16]

En su libro *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?,* Sandel corrige o suaviza su concepción comunitarista inicial para proponer ahora una concepción de

---

[15] *Ibidem,* pp. 19-20 y 23.

[16] Sandel, Michael, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, p. 250.

la vida buena fuertemente inspirada en el pensamiento de Aristóteles. Recordemos que para el estagirita, las leyes de la polis tienen como finalidad hacer de los seres humanos ciudadanos buenos y justos:

> Es por esto evidente que la ciudad que verdaderamente puede llamarse así, y no solo de nombre, ha de tomar cuidado de la virtud, pues sin esto la comunidad se convierte en alianza militar que apenas diferirá por el lugar de las otras alianzas cuyos miembros viven aparte […] Es evidente, por tanto, que la *polis* no es la comunidad de lugar, con el fin de prevenir agravios recíprocos y fomentar el comercio. Estas cosas son sin duda condiciones necesarias para la existencia de la ciudad, mas no porque se den todas ellas existirá ya la ciudad, sino que esta es una comunidad para la vida mejor entre familias y linajes, y su fin es la vida perfecta y autosuficiente.[17]

Para Aristóteles, las leyes de la polis, por encima de cualquier otro propósito, deben cumplir con la finalidad principal de propiciar la educación virtuosa de los ciudadanos. Sin embargo, Aristóteles piensa que si bien todos los seres humanos comparten idéntica capacidad racional, no todos poseen la misma disposición de carácter para alcanzar la virtud. La diferencia entre los seres humanos no es en principio un problema de racionalidad, sino de carácter, y el carácter del ser humano virtuoso no es general, sino privilegio de unos pocos. Para que estos pocos lleguen a ser virtuosos es suficiente con que adquieran el arte de la argumentación moral, y la educación debe proveer las bases suficientes para el desarrollo de la capacidad argumentativa, mientras que para el común de los seres humanos es necesaria la educación por medio de las leyes a los efectos de ser utilizada para moderar las pasiones y lograr una convivencia pacífica y justa en la polis:

> De consiguiente, las leyes deben regular la educación y los oficios juveniles, que no serán ya penosos una vez que se hayan vuelto habituales […] Y por esto piensan algunos que así como los legisladores deben exhortar a la virtud e inclinar a ella por la sola consideración del bien […] así también deben imponer penas y sanciones a los desobedientes y de mala condición; y a los incurables, desterrarlos en absoluto.[18]

La última frase de Aristóteles podemos incorporarla a nuestras coordenadas contemporáneas. Sandel analiza el tema de la desigualdad, cons-

[17] Aristóteles, *Política*, lib. III, v. 1280b, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1963.

[18] Aristóteles, *Ética nicomaquea*, lib. X, ix. 1179b, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1954.

ciente de que la brecha entre ricos y pobres, y muy especialmente en Estados Unidos, se ha ensanchado de forma exponencial. Ni los libertarios conservadores ni los liberales igualitarios han caído en la cuenta de que la desigualdad corroe algo tan fundamental como lo son las virtudes cívicas: "El vaciado de la esfera pública dificulta que se cultiven la solidaridad y el sentimiento comunitario de los que depende la ciudadanía democrática".[19] El comunitarismo ofrece una respuesta en términos de cohesión social que llega hasta la raíz misma de la desigualdad, más allá de las transacciones de mercado y de criterios distributivos:

> Si la erosión de la esfera pública es el problema, ¿cuál es la solución? Una política del bien común tomaría como una de sus primeras metas la reconstrucción de la infraestructura de la vida cívica. En vez de centrarse en la redistribución con la intención de ampliar el acceso al consumo privado, gravaría a las personas para reconstruir los servicios e instituciones públicos, a fin de que, así, ricos y pobres disfruten de ellas por igual.[20]

La necesidad de una cohesión comunitaria puede dar respuesta, también, a problemas que han puesto en entredicho las alternativas ofrecidas por las democracias liberales. Pensemos en los movimientos migratorios en los últimos veinte años. Sandel se pregunta: "¿qué justificación puede tener que las naciones impidan a los extranjeros incorporarse a ellas?" El mejor argumento no puede ser sino comunitarista, dado que la regulación de las condiciones de admisión y exclusión, como dice Walzer, "está en la raíz de la independencia comunitaria". Tenemos una "obligación especial hacia el bienestar de nuestros conciudadanos en virtud de la vida en común y de la historia que compartimos". Por ello, citando de nueva cuenta a Walzer, Sandel da un paso más en la lógica dicotómica amigo-enemigo, miembros-extraños:

> Solo si el sentimiento patriótico tiene algún fundamento moral, solo si la cohesión comunitaria conduce a obligaciones y significados compartidos, solo si hay miembros y hay extraños, tendrán alguna razón las autoridades del Estado para ocuparse en especial del bienestar de su propio pueblo […] y del éxito de su propia cultura y su propia política.[21]

---

[19] Sandel, Michael, *Justicia*, *cit.*, p. 302.

[20] *Idem.*

[21] *Ibidem*, pp. 262 y 263.

III. Autonomía personal y vínculos sociales

Debemos tener mucho cuidado en el empleo de la noción de relativismo que permea toda la argumentación de los comunitaristas. Si por relativismo cultural se entiende la descripción del hecho sociológico de que las sociedades difieren en sus juicios éticos o de que la gente tiende a tomar en cuenta las evaluaciones prevalecientes en su comunidad, esta afirmación es a todas luces verdadera pero irrelevante, ya que no afecta la validez ni la posibilidad de juicios morales universales. Si lo que se pretende es esto último, el relativismo es autodestructivo, porque su referente normativo no está contenido en las prácticas o convenciones de nuestra sociedad.

Si bien el comunitarismo puede mostrar una cara amable haciendo énfasis en una visión realista del hombre, en el valor de los lazos familiares y sociales como fundamento de derechos y deberes especiales, etcétera, también puede presentar aspectos indeseables. Como afirma Nino:

> La idea de que el elemento social es prevalente en una concepción de lo bueno puede conducir a justificar sacrificios de los individuos como medio para promover o expandir el florecimiento de la sociedad o del Estado concebido en términos holísticos. La exaltación de los vínculos particulares con grupos sociales como la familia o la nación puede servir de fundamento a las actitudes tribalistas o nacionalistas que subyacen a buena parte de los conflictos que la humanidad debe enfrentar. Por último, la dependencia de la crítica respecto de la práctica moral puede dar lugar a un relativismo conservador que, por un lado, es inepto para resolver conflictos entre quienes apelan a tradiciones o prácticas diferentes y, por el otro lado, no permite la valoración de esas tradiciones o prácticas en el contexto de una sociedad, ya que la valoración presupondría esas prácticas y no es posible discriminar entre prácticas valiosas o disvaliosas sin contar con principios morales que sean independientes de ellas.[22]

Si los liberales están tan comprometidos con la idea de imparcialidad del Estado es con el propósito de salvaguardar la autonomía de los individuos. Si el Estado, en respuesta a las demandas comunitarias, es parcial con respecto a ciertos planes de vida, estará asumiendo posiciones paternalistas

---

[22] Nino, Carlos S., "Liberalismo *vs.* comunitarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988, p. 367. Para un análisis del concepto de comunidad y los alcances de un comunitarismo "fuerte" y "débil", véase Rivera López, Eduardo, *Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo,* México, Fontamara, 1999, especialmente los caps. 6 y 7.

difíciles de justificar. Por tanto, reitero que lo importante de entender desde una perspectiva liberal es que la autonomía de los individuos es la condición de posibilidad para la elección y materialización de cualquier plan de vida. El sujeto moral es, desde el punto de vista normativo, anterior a cualquier concepción de lo bueno. Como afirma Rawls:

> Como personas libres, los ciudadanos se reconocen con el poder moral de tener una concepción del bien. Esto significa que no se ven a sí mismos inevitablemente atados a perseguir una concepción particular del bien o de los últimos fines contraídos en algún tiempo determinado. En cambio, como ciudadanos, se conciben, en general, como capaces de revisar y cambiar su concepción sobre bases racionales y razonables. Esto permite sostener que es permisible para los ciudadanos colocarse aparte de las concepciones de lo bueno y examinar y evaluar la variedad de sus últimos fines.[23]

La postura de Rawls adquiere mayor sentido si asumimos que nuestro interés esencial es vivir una buena vida y no la vida ordinaria que creemos que es la buena. En este sentido, los comunitaristas se equivocan al pretender que los valores que debe asumir el individuo ya se encuentran dados por la comunidad, lo que implicaría la imposibilidad de permitir al individuo abandonar una comunidad, si fuera el caso, si su evaluación de los bienes que ella sustenta no está de acuerdo con su deliberación personal, o bien, manifestar al interior de la propia comunidad cualquier tipo de disidencia. El comunitarismo, si permanece congruente, debe concluir en un conservadurismo dogmático.

Ciertamente, esta crítica comunitarista ha encontrado respuesta entre los liberales, pero como afirma Carlos Nino, las defensas de la posición kantiana han resultado sorprendentemente débiles y en algunos casos hasta se han constituido en franca retirada.[24] Esta retirada liberal se puede apreciar en un paladín del liberalismo como Thomas Nagel.

En su libro *Igualdad y parcialidad*, Nagel parte de la idea de que en nuestra vida existe una tensión constante entre el punto de vista objetivo, la perspectiva desde ninguna parte, que es la de la imparcialidad y el altruismo, y el punto de vista subjetivo que toma en cuenta las circunstancias particulares del individuo. Nagel se muestra escéptico ante la posibilidad de concebir una moral que incluya tanto razones agencialmente neutrales *(agent-neutral reasons)* como razones agencialmente relativas *(agent-relative reasons)* con el fin

[23] Rawls, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy,* núm. 77/9, 1980, p. 544.

[24] Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos,* Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 142 y ss.

de superar la tensión o el conflicto. Contra la posibilidad de acciones altruistas, Nagel sostiene ahora que:

> El mero altruismo […] no provee un punto de vista común desde el cual cada uno pudiera alcanzar las mismas conclusiones —y esta es la esencia de la idea contractualista o kantiana de legitimidad—. El altruismo por sí mismo genera tantos puntos de vista conflictivos como concepciones del bien existen.[25]

Nagel no integra el punto de vista personal en la perspectiva de la imparcialidad porque esta misma ya no es universalizable ni objetiva, y si solo se le considera desde un ángulo procedimental, tiene poca relevancia moral.

Creo que el error de Nagel, y el de buena parte de los comunitaristas, consiste en considerar la autonomía y la dignidad de la persona implícitas en la idea de imparcialidad que exige el discurso moral, como un plan de vida más —el que proponen las sociedades liberales democráticas— entre otros planes de vida posibles y no como los principios subyacentes y necesarios para la materialización de cualquier plan de vida posible. Lo que el liberalismo kantiano defiende no es una concepción descriptivista de la persona moral sino normativista, es decir, una concepción no preocupada por cómo *son* los individuos en sí mismos y en sus relaciones comunitarias, sino por cómo *deben* ser tratados los mismos. Reprochar a los liberales que han olvidado al sujeto concreto es apuntar las críticas hacia un blanco inexistente.

En el ámbito latinoamericano, y desde una crítica fina a Ernesto Garzón Valdés en torno a su concepción de homogeneidad social, Luis Villoro toma como punto de partida la propuesta liberal de que en toda asociación política voluntaria se deben aceptar las condiciones que la hacen posible, a saber:

> 1. el respeto a la vida del otro, por lo tanto, la satisfacción de las necesidades naturales necesarias al mantenimiento de esa vida; 2. la aceptación de su autonomía, en el doble sentido de aceptación de su capacidad de elección conforme a sus propios valores y de su facultad de ejercer esa elección; 3. la aceptación de una igualdad de condiciones en el diálogo que conduzca al convenio, lo cual incluye el reconocimiento por cada quien de la posibilidad de que los otros guíen sus decisiones por los fines y valores que les son propios; 4. por último, para que se den esas circunstancias, es necesaria la ausencia de coacción entre las partes.[26]

---

[25] Nagel, Thomas, *Equality and Partiality,* Oxford University Press, 1991, p. 164.

[26] Villoro, Luis, "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 3, octubre de 1995, p. 9.

Parece que estas condiciones ideales del discurso no presentan problemas, siempre que los sujetos pertenezcan a la misma comunidad de cultura. El problema surge cuando no se comparten las mismas creencias básicas sobre fines y valores. Entonces cabría preguntarse si entre tales condiciones no habría que incluir el respeto al contexto comunitario, precisamente para garantizar a las diferentes comunidades culturales la autonomía que haga posible la elección de los individuos. La respuesta de Villoro es afirmativa:

> Los derechos básicos comprenden el derecho a la autonomía de la persona. Pero la persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y esta no puede darse más que en contexto cultural. [...] Las creencias básicas, que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables, varían de una cultura a otra. Por lo tanto, el respeto a la autonomía de las personas incluye el de las comunidades culturales a las que pertenecen. El "derecho de los pueblos" solo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que el "pueblo" sea una condición para la autonomía de la persona [...].[27]

El problema que surge de la propuesta de Villoro es precisamente el de la prioridad ética que otorga, a fin de cuentas, al contexto comunitario sobre el principio de autonomía kantiano. Si tal contexto de elección es un bien primario y se incluye entre aquellos que conforman el "coto vedado", en la afortunada expresión de Garzón Valdés, merecería por ese solo hecho el mismo respeto que el bien primario de la libertad individual, pero entonces, ¿qué sucedería si aquel entra en contradicción con esta última? El respeto al contexto cultural de elección, ¿exigiría la violación de ciertas libertades básicas? Claro que Villoro no aceptaría estas consecuencias, pero si la respuesta es que no se deben permitir ciertas acciones, usos y costumbres, porque violan los llamados derechos liberales, entonces debemos aceptar la supremacía de estos últimos sobre los derechos culturales o comunitarios.

IV. *Excursus.* Derechos liberales o derechos comunitarios

Quiero abordar el debate sobre la prevalencia o no de los derechos liberales sobre los derechos comunitarios y culturales desde la teoría de la justicia con el propósito de argumentar a favor de la siguiente tesis:

[27] *Ibidem*, pp. 10 y ss.

> *La existencia, respeto y promoción de las comunidades menos aventajadas solo es posible sobre la base de la implementación incondicional de los derechos derivados del principio de autonomía personal, es decir, de los llamados "derechos liberales" especialmente cuando estos entran en conflicto con los "derechos comunitarios" o culturales.*

Dicho de otra manera, *la pretensión de imparcialidad y universalidad de los derechos liberales* —incluyo bajo esta expresión tanto los derechos individuales como los sociales— *es el mejor criterio del que disponemos para una sana convivencia entre las culturas.* A este respecto, veamos algunos casos conflictivos que ayudarán a introducirnos en la temática.

El 16 de diciembre de 1984, mediante asamblea convocada por el señor Florentino Díaz Rangel, presidente municipal de Santa María de Taxicaringa, se acordó ahorcar y quemar con leña verde a Alejandro Barraza Sosa y Matilde Díaz Rangel, quienes se dedicaban a la práctica de la brujería. La decisión buscaba liberar a la comunidad tepehuana de los brujos, designados como perniciosos por los habitantes. El 19 de diciembre se ejecutó la sentencia en los términos acordados, con la participación de una decena de los miembros de la comunidad. Los hechos fueron denunciados en la capital del estado de Durango, México, y fueron detenidos los involucrados, quienes narraron los hechos sustentándose en la decisión de sus *autoridades tradicionales.*[28]

El 25 de septiembre de 1992, el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) turnó al agente del Ministerio Público el caso de una niña huichola de 10 años que declaró haber sido violada por su padrastro. La madre, de 34 años, aseguró que actualmente tiene otro marido con quien procreó cuatro hijos. Ella niega que su marido violara a su hija, pero en caso de ser cierto, lo perdona, porque entre "nosotros los huicholes así se *acostumbra* ya que los papás pueden vivir con sus hijos. Además, si meten a la cárcel a mi marido después quién va a mantener a mis hijos...". Por su parte, el denunciado, de 27 años de edad, declara: "Que sí es cierto tal y como dice el acta de la Policía Judicial [992], ya que no recuerdo si fue en año nuevo o el diez de mayo cuando hubo fiesta, llegué en compañía de mi mujer a la casa y abracé a la niña y le bajé los calzones y le hice el amor [...] y después que hicimos el amor, se metió a la casa llorando y mi mujer estaba dormida y mi mujer es su mamá; al día siguiente yo le dije lo que pasó, pero también le dije que cuando la niña estuviera grande me iba a casar con ella para que fuera mi mujer, y ella me dijo que estaba bien ya que así se *acostumbra* entre nosotros

[28] Beller Taboada, Walter *et al., Las costumbres jurídicas de los indígenas en México,* México, CNDH, 1994, p. 90.

[...] Pero vuelvo a decir que es nuestra costumbre ya que podemos tener una, dos o tres mujeres".[29]

Un caso muy controvertido, sucedido en Colombia, es el del indígena guambiano Francisco Gambuel. En 1997, Gambuel promovió un juicio de tutela en contra del cabildo de Jambaló, Cauca (zona de alta concentración indígena y de intensos conflictos entre grupos guerrilleros, narcotraficantes, paramilitares y autoridades locales). El cabildo de Jambaló expulsó a Gambuel y a otros seis indígenas de la comunidad, los privó de sus derechos étnicos y los sentenció a sufrir varios azotes. Los reos habían sido encontrados culpables de ser "actores intelectuales" del asesinato del alcalde del pueblo, pese a que las guerrillas locales se habían atribuido el homicidio. Un tribunal ordinario falló a favor de Gambuel y sus asociados, argumentando que el cabildo les había negado a los acusados la posibilidad de defenderse, que los jueces fueron parciales y que los azotes eran una forma de tortura y, por tanto, estaban prohibidos por las leyes internacionales. Ante la apelación del cabildo, el tribunal de segunda instancia ratificó la decisión. El caso atrajo la atención internacional cuando Amnistía Internacional acusó al cabildo de practicar la tortura. Finalmente, el 15 de octubre de 1997, la Corte Constitucional ratificó la sentencia del cabildo. En su decisión, el juez Gaviria concurrió con las autoridades indígenas en que la intención de "los azotes no es causar sufrimiento excesivo sino más bien representa la purificación ritual del transgresor y la restauración de la armonía a la comunidad. El grado de sufrimiento físico es insuficiente para que sea considerado tortura".[30] Así quedó bien establecido el precedente de que las penas corporales eran lícitas.[31]

En estos tres casos, el común denominador es que se trata de grupos minoritarios que hacen valer sus costumbres y tradiciones como justificación de los actos realizados. Asimismo, tales costumbres y tradiciones, reconocidas y promovidas por los diversos ordenamientos jurídicos, colisionan con los valores éticos y jurídicos de Estados nacionales constitucionales y democráticos.[32] Por supuesto, este conflicto de valores o de derechos, como se prefiera, debe ser resuelto.

---

[29] *Ibidem,* p. 92. Véase también, en materia de reconocimiento de derechos políticos de las mujeres en un buen número de municipios de Oaxaca, el caso *Eufrosina Cruz:* México, Congreso de Oaxaca, sesión del Colegio Electoral, *Diario de Debates,* núm. 009, 13 de diciembre de 2007.

[30] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523/97, exp. T-124907, 1997.

[31] Aguilar, José Antonio, "De Bogotá a San Andrés. Las migraciones de la persuasión cultural", en *Nexos,* México, núm. 277, enero de 2001, p. 12.

[32] Véase a este respecto, entre otras, la Constitución de Bolivia, ratificada en referéndum popular el 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero del mismo año. La integración

En México, el artículo 2 constitucional reconoce explícitamente el pluralismo comunitario:

> La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.[33]

La primera frase de este párrafo es una constatación empírica irrefutable. Las dos siguientes se prestan a un debate teórico en el que las posiciones oscilarían entre lo que algunos autores han llamado "la reservación o la integración".[34] En otros términos, o el respeto a los usos y costumbres de los pueblos indígenas hasta hacer prevalecer el derecho consuetudinario sobre las disposiciones constitucionales, o bien, la integración indiscriminada aun a riesgo de poner en peligro la propia sobrevivencia individual fuera del marco cultural definido por su lengua, usos y costumbres.

Como sostiene Luis Villoro, el debate oscila entre dos extremos éticamente injustificables: o la integración indiscriminada o la tolerancia incondicional de los grupos minoritarios. Villoro ha puesto de manifiesto esta antinomia, referida al caso de México y muy especialmente en el contexto del levantamiento zapatista de Chiapas, en los siguientes términos:

> En el caso de México, el primer extremo sería el reconocimiento de soberanía política a las comunidades indígenas, lo que supondría la disolución del Estado nacional; el segundo, la integración forzada de las culturas minoritarias a la cultura nacional hegemónica. Ambas posiciones tienden al mismo

---

de las comunidades indígenas con sus usos y costumbres, el reconocimiento de sus derechos y la propuesta explícita de diversas formas de democracia —directa/participativa, representativa y comunitaria— entre otras novedades, representa sin duda un esfuerzo notable en sede constitucional, pero no deja de presentar serios problemas con respecto a la conflictividad de los derechos y el mismo ejercicio democrático.

[33] *Diario Oficial de la Federación (DOF),* México, 28 de enero de 1992, como adición al texto original.

[34] Blanco, Víctor, "¿Reservación o Integración?", *Este País,* México, núm. 38, mayo de 1994, pp. 31-36. El autor propone "explorar el concepto de «autonomía» para concretar en favor de los pueblos indígenas (y de otros grupos étnicos) una serie de disposiciones permanentes que permitan su sobrevivencia como grupo sin que se generen desigualdades que afecten a otros grupos o individuos".

> resultado: la destrucción de las culturas minoritarias; la primera, por dejarlas aisladas y sin defensa, la segunda por desintegrarlas.[35]

En efecto, el debate no debe plantearse en términos de "limpieza étnica" o de "guettización", aunque por desgracia no falten ejemplos históricos cercanos o contemporáneos de ambos fenómenos. Las propuestas deben ubicarse más bien en esa zona intermedia que supone el reconocimiento fáctico de las minorías[36] y la posibilidad de un consenso entre las partes.

Planteado el problema en términos de derechos humanos, no se trata de sostener una *incompatibilidad absoluta* entre los derechos liberales y los derechos culturales, sino de reconocer lo que Paolo Comanducci ha llamado una *incompatibilidad relativa* entre ambos. Según esta, existen criterios para resolver las antinomias sin que sea necesario rechazar el reconocimiento de alguno de ellos. Estas posiciones proponen algún tipo de jerarquización entre los diferentes tipos de derechos, que se pueden agrupar en dos grandes tendencias: la que construye una jerarquía en orden descendente, que va de los derechos liberales a los culturales, y la tendencia contraria que construye la jerarquía en orden ascendente.[37] En otros términos, o la supremacía de los derechos liberales sobre los culturales o la de estos últimos sobre los primeros.

Pienso que la concepción ético-política que mejor responde a la supremacía de los derechos liberales sobre los culturales es la *liberal igualitaria.* Si se acepta esta concepción, y a partir de su noción de persona moral, debe insistirse en que las concepciones que privilegian éticamente a la comunidad por encima del individuo terminan aceptando una forma de integrismo por la cual la existencia y el bienestar del individuo dependen de la existencia y del bienestar de la comunidad a la que él mismo pertenece.

Ronald Dworkin critica con razón tal forma de integración, que llama "metafísica", porque termina sucumbiendo al antropomorfismo. La integración metafísica sugiere que esta: "...depende de una metafísica barroca que afirma que las comunidades son entidades fundamentales en el univer-

---

[35] Villoro, Luis, "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", *cit.,* p. 9.

[36] Me refiero aquí a las minorías "culturales", es decir, a los conjuntos de individuos que se encuentran —por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo, y dependiendo de sus características raciales, sexuales, éticas, lingüísticas, etcétera— en una condición de desventaja con respecto a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.

[37] Comanducci, Paolo, "Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista", *Ragion Pratica,* Milán, Anabasi, núm. 2, 1994, pp. 40 y 41.

so y que los seres humanos individuales son solo abstracciones o ilusiones".[38] Lo implícito y compartido por todo liberal en esta crítica es la idea de que las entidades colectivas no poseen los atributos de individualidad, autonomía y dignidad que caracterizan al agente moral. A partir de esta concepción de la persona moral se pueden esbozar al menos dos argumentos en favor de la primacía de los derechos liberales sobre los culturales: el del individualismo ético y el de la imparcialidad.

1. *El argumento del individualismo ético*

Según este argumento, y en una síntesis apretada, los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen. Más aún, los grupos valen solo por y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten, y no tienen ningún valor intrínseco que permita idealizarlas o hasta absolutizarlas, como parece desprenderse de la siguiente afirmación de Bonfil Batalla: "La única civilización, las únicas culturas auténticas, son las que encarnan los pueblos indios".[39] Más allá del romanticismo que inspira esta frase, toda cultura puede y debe ser modificada o abandonada si deja de valer para los individuos. En este sentido, tiene razón David Gauthier cuando sostiene que: "La idea de que las formas de vida tienen derecho a sobrevivir... es un recién llegado al escenario moral. Es también una idea totalmente equivocada. Son los individuos los que cuentan; las formas de vida importan como expresión y sustento de la individualidad humana".[40]

En tal sentido, la mejor defensa de las minorías culturales es la superación del relativismo cultural y la afirmación del individuo en cuanto agente moral. Esto no significa que se deba ignorar la diversidad cultural en aras del valor incondicionado del progreso, sino que deben buscarse principios que, respetando la pluralidad, puedan ser compartidos por todos los agentes, lo cual significa que no serán aceptados aquellos que destruyan la ca-

---

[38] Dworkin, Ronald, "Liberal Community", en Avineri, Shlomo y Shalit, Avner de, *Communitarianism and Individualism, cit.,* pp. 208-210.

[39] Bonfil Batalla, Guillermo, Introducción a la recopilación de documentos *Utopía y revolución en el pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina,* cit. por Garzón Valdés, Ernesto, "El problema ético de las minorías étnicas", *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993, p. 537.

[40] Gauthier, David, *Morals by Agreement,* Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 288.

lidad moral de los agentes.[41] Por ello, como sostiene Garzón Valdés: "Con respecto a las autoridades nacionales: están *prima facie* éticamente obligadas a posibilitar a todos los habitantes el goce de los derechos vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas. Este es el deber de homogeneización. Una sociedad en la que se viola este deber puede ser calificada de indecente". Asimismo, y tomando como ejemplo de minorías a las comunidades indígenas, sus representantes:

> Están éticamente obligados a informar a sus miembros acerca de las consecuencias que trae aparejado el rechazo del principio de homogeneidad. Este es el deber de disposición al cambio. Su no aceptación conduce a la transformación de las comunidades indígenas y a los individuos que las integran en "piezas vivientes de museo".[42]

Al deber de *homogeneización* corresponde entonces un deber de *dinamización,* no bajo el supuesto de una idea de progreso *per se,* a todas luces absurda, sino bajo el supuesto de que lo que verdaderamente cuenta es el individuo y no las formas de vida idealizadas y tantas veces absolutizadas.

Desde esta perspectiva, los derechos comunitarios no deben adscribirse a grupos o a la cultura de las minorías "como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco", sino que si entran en contradicción con los derechos liberales, deben ceder como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único e irrepetible. Si los derechos de una comunidad entran en colisión con los derechos individuales, entonces:

> […] no deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros [...] Todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos.[43]

---

[41] Garzón Valdés, Ernesto *Derecho, ética y política, cit.,* p. 538.

[42] *Ibidem,* pp. 535 y 536. También para Thomas Nagel su propuesta de una "unanimidad razonable" supone que las minorías sean razonables y se comprometan a modificar sus reclamos, requerimientos y motivos en una dirección que haga posible un marco común de justificación. Véase *Equality and Partiality, cit.,* p. 34.

[43] Stavenhagen, Rodolfo, "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 3, octubre de 1995, p. 120.

2. *El argumento de la imparcialidad*

El argumento del individualismo ético se complementa con el de la imparcialidad. Según este, se requiere de un metacriterio que permita resolver los eventuales conflictos interculturales. Si se quiere evitar el enfrentamiento entre culturas, es necesario asumir un "punto de vista moral" que, con base en el reconocimiento de la pluralidad cultural, garantice la mutua tolerancia.

Ahora bien, aceptar el pluralismo y la imparcialidad no significa desatender las exigencias concretas y los compromisos reales con los demás individuos y con la propia sociedad. Lo que se requiere es la aceptación de un consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer para el logro de una vida humana digna.

Los bienes primarios o las necesidades básicas, así como los derechos humanos, requieren de "convenciones profundas", a diferencia de las necesidades o deseos secundarios basados en "convenciones variables". Los primeros no están sujetos a negociación; los segundos sí. Un pluralismo así entendido excluye el desacuerdo y el conflicto entre los individuos y los grupos: se parte de un consenso profundo con respecto a los bienes básicos, pero, al mismo tiempo, se deja un amplio margen para el desacuerdo, el diálogo y la negociación con respecto a los valores que se sujetan a la contingencia de las diversas tradiciones culturales.

Pienso que tal distinción constituye un punto de partida fundamental para comenzar a debatir sobre el problema del multiculturalismo. Poco se avanza en esta polémica si, sobre la base de un pluralismo mal entendido, se piensa que todas las culturas tienen igual valor y todas merecen igual respeto. Esta premisa es falsa. Las culturas que organizan su modo de vida a partir de una reiterada violación de los derechos individuales no tienen el mismo valor que aquellas en las cuales su organización política y su vida cultural no permiten tales violaciones o abusos de autoridad.

Es verdad, como sostiene Walzer, que el debate serio entre los filósofos no requiere del reconocimiento o no de los derechos, dado que todos parecen partir de la premisa de su existencia.[44] Si bien esto es cierto, está muy lejos de ser una demanda minimalista *(minimalist claim)*,[45] como parece desprenderse de la propuesta del autor. Muy por el contrario, el reconocimiento de los derechos humanos básicos es un primer paso para justificar las intervenciones humanitarias, como lo reconoce el propio Walzer cuando afirma que: "los

[44] Walzer, Michael, *On Toleration*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1997, pp. 5 y 6.

[45] *Ibidem*, p. 2.

actos y prácticas que «producen *shock* en la conciencia de la humanidad» son, en principio, intolerables",[46] por ejemplo, la "crueldad, opresión, misoginia, racismo, esclavitud o tortura". Si estas acciones son censurables, lo son en la medida en que atentan no contra los valores de la comunidad, sino contra la autonomía y la dignidad de los individuos que la integran.

Tal afirmación es lo que permite a comunitaristas como Walzer, con un fuerte arraigo liberal, apartarse de posiciones neoconservadoras y libertarias que no dudarían en mediatizar los derechos humanos en aras de intereses holistas. El 25 de octubre de 2001, unas semanas después de que la Casa Blanca declaró la guerra al terrorismo, Tucker Carlson, conocido analista neoconservador, explicó a los televidentes del programa *Crossfire* de CNN: "La tortura es detestable. Pero recuerden que existen cosas peores... En ciertos casos, la tortura resulta ser el mal menor porque hay otros males que son realmente abominables". Y por el lado libertario, el 2 de septiembre de 2002, Richard Posner escribió en el periódico *The New Republic*: "Si lo que está en juego es suficientemente importante, la tortura es concebible. Quien tenga duda al respecto, no puede ocupar un cargo de responsabilidad. Si la tortura es la única forma de obtener informaciones indispensables para prevenir la explosión de una bomba atómica en Times Square, pues se debe recurrir a ella y se recurrirá a ella".

Por supuesto, las citas podrían multiplicarse. Lo que intento decir con ellas es que si estas acciones merecen el calificativo de intolerables, es porque atentan no contra los valores de una comunidad o contra los intereses de una nación, sino contra la autonomía y la dignidad de los individuos que las integran. Por ello, resulta incoherente Walzer cuando se pronuncia por una suerte de tolerancia que, carente de límites, puede asumir las formas de resignación, indiferencia, estoicismo, curiosidad o entusiasmo,[47] según las culturas. Ante la violación de los derechos humanos básicos no cabe la resignación, la indiferencia ni la tolerancia, sino una actitud de franca intolerancia, capaz asimismo de reconocer diferencias cualitativas entre las culturas.

Así pues, si aceptamos la distinción entre "consensos profundos" y "consensos variables", y asumimos que el respeto a los derechos humanos individuales es la mejor opción para juzgar la legitimidad de los derechos culturales y garantizar la imparcialidad, debemos aceptar que el ámbito de la tolerancia queda acotado precisamente por el respeto a tales derechos. Su ámbito quedaría reducido, entonces, al de las convenciones derivadas: a las necesidades o deseos secundarios.

---

[46] *Ibidem*, p. 21.

[47] *Ibidem*, p. 12.

Si tolerante es aquel que tiene el poder de tratar de suprimir o prevenir —o al menos de oponerse u obstaculizar— lo que resulta lesivo para sus convicciones, pero se abstiene de hacerlo, es decir, no prohíbe el acto lesivo, la evaluación de no intervenir tiene sentido solo si está *tácitamente permitido* en el sistema de reglas de la sociedad en la que se mueve el individuo. Esto quiere decir que ante una prohibición, un mandato o una permisión expresa desde el punto de vista jurídico, sustentada en las garantías individuales, no cabe la tolerancia.[48] No tiene sentido entonces plantearse la posibilidad de ser tolerante ante grupos minoritarios que atentan contra los derechos básicos. La violación de los mismos exige no una abstención, sino una firme intervención dentro de los cauces legales establecidos en el marco de un Estado liberal igualitario y democrático. No se trata por supuesto de defender un liberalismo impositivo y, menos aún, justificar la violencia bélica en aras de salvaguardar o instrumentar los derechos humanos. De lo que se trata, más bien, es de practicar un liberalismo político de compromisos y estrategias que permitan el reconocimiento paulatino de los derechos a través de negociaciones pacíficas.[49]

Llego a una conclusión obvia, pero no por eso intrascendente: mientras más fortalecida se halle una sociedad en la vigencia de los derechos, y entre estos, con supremacía de los derechos liberales sobre los comunitarios y culturales, menos necesaria resultará la observación de la tolerancia. Esta se consumará en el ámbito de lo tácitamente permitido, que guarda relación nada más y nada menos que con la moral autorreferente, o bien, con la moral intersubjetiva, por ejemplo, filial, conyugal o fraternal, siempre que no se incurra en daños a terceros por acción o por omisión. En términos de culturas, un multiculturalismo fuerte que argumente en contra del individualismo ético es inaceptable, y un multiculturalismo débil —coincido con Garzón Valdés— termina por reducir las peculiaridades éticamente respetables, o en su caso tolerables, a las necesidades o deseos secundarios de las personas.[50]

Regreso a los tres casos citados al principio. Si debo escoger entre el interés de la niña huichola a no ser dañada en su integridad física, el de los brujos tepehuanes a no ser quemados con leña verde y el del indígena

---

[48] Schmitt, Annette,"Las circunstancias de la tolerancia", *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 11, 1992, pp. 80-81.

[49] Kymlicka, Will, "Two Models of Pluralism and Tolerance", en Heyd, David (ed.), *Toleration. An Elusive Virtue*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1996, pp. 95 y 96.

[50] Garzón Valdés, Ernesto, "Derechos humanos y minorías", texto leído en el Seminario Eduardo García Máynez sobre Teoría y Filosofía del Derecho, México, ITAM-UIA-Escuela Libre de Derecho, 25 de septiembre de 1993, mimeo.

guambiano a no ser discriminado y azotado, o bien, la alternativa de padecer la violación, perder la vida o ser torturado en aras del valor intrínseco de las culturas a las que pertenecen estos individuos, no me cabe duda alguna, deben prevalecer los derechos liberales sobre los comunitarios. En estas situaciones y en otras semejantes, el reconocimiento de derechos vuelve innecesaria la observancia de la tolerancia.

Capítulo cuarto

JUSTICIA COMO DISPOSICIÓN CONSERVADORA

Los orígenes del conservadurismo como doctrina política-jurídica y social, inscrita en el ámbito de la modernidad, no debe remontarse más allá del siglo XVIII, entre otros, por ejemplo, en los escritos de Edmund Burke.[1] Desde aquí, y en los autores seleccionados para este capítulo, he intentado condensar el pensamiento conservador sin pretender una exposición exhaustiva —y por momentos hasta un tanto alejada y poco acabada— de una teoría de la justicia. El tema de la justicia social o distributiva no ha sido uno de los *leitmotiv* de su propuesta. Con todo, creo que podemos entresacar algunas conclusiones que perfilan un modo de acercamiento, o mejor, una actitud, una forma de hacer justicia, con un carácter conservador, que merece un tratamiento especial.

I. ¿Qué es ser conservador?

El conservadurismo aparece, por un lado, como una reacción a los valores y principios de la Revolución francesa y, sin ir más lejos, a la misma idea de "revolución" en cuanto movimiento transformador radical y a gran escala de las condiciones políticas, sociales y económicas. Por otro lado, se presenta como crítica a un cierto determinismo histórico implícito en el proceso social, que conduciría inevitablemente a un mundo mejor, en un progreso ininterrumpido y en cierto sentido mesiánico, sea bajo las promesas del naciente capitalismo o bien desde la utopía intramundana del socialismo.

Por otra parte, el conservadurismo comparte con el liberalismo la idea del mercado como proceso "natural", así como la crítica al Estado burocrático socialista; y con el socialismo, la comprensión de la justicia social desde un enfoque "asociacionista", así como la crítica al liberalismo por la insensibilidad a las condiciones sociales y a la autoridad establecida.

---

[1] Burke, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2016.

1. *Crítica al racionalismo y disposición conservadora*

Con raíces en el escepticismo de Hume y enmarcado en el contexto de la posguerra, Oakeshott emprende una tarea de enorme envergadura: la crítica a la tradición racionalista occidental.

La apuesta por el escepticismo supuso abrir un frente en varias direcciones. Por una parte, contra el positivismo científico y la idea de una modernidad construida desde un conocimiento técnico-estratégico, contrario al conocimiento práctico propio del hombre común. Por otra parte, contra el mismo pensamiento conservador de corte libertario, en autores como Hayek, con su visión instrumental y progresista en el ámbito político-jurídico y social. Los orígenes del primero habría que remontarlos hasta Bacon y Descartes;[2] y los del segundo hasta dos clásicos del pensamiento inglés, Hobbes y Locke.

En línea con el pensamiento discursivo, práctico y asistemático de autores como Montaigne o Pascal, la crítica de Oakeshott se centra en la concepción del Estado como una construcción mecánica, técnica y burocrática.

Bajo esa concepción, la función del politólogo o del jurista se limitaría a la labor de un ingeniero abocado a la elaboración de diseños institucionales. Tal es el caso de Hobbes en la construcción del gran Leviatán, y el de Locke —quizás mal comprendido— en el diseño racionalista-constitucional, que serviría de fundamento para la Declaración de Independencia estadounidense y su apuesta por la universalidad de los derechos humanos. Se trataría de los teóricos *by the book*, refractarios al sentido común inserto en el acontecer histórico, en la condición humana, en el conocimiento práctico:

> […] la política racionalista es la política de la necesidad sentida, no calificada por un conocimiento genuino, concreto, de los intereses y la dirección permanentes del movimiento de una sociedad, sino interpretada por la "razón" y satisfecha de acuerdo con la técnica de una ideología: tal es la política del libro. […] Este es un síntoma del triunfo de la técnica que, como hemos visto, es la raíz del racionalismo; porque lo que contiene el libro es solo lo que se

[2] La crítica a la razón instrumental y la referencia al mismo Bacon como uno de los precursores del iluminismo totalitario —"el intelecto que vence la superstición debe ser el amo de la naturaleza desencantada"— ha sido una de las notas distintivas de una buena parte del pensamiento de la posguerra reflejada, como veremos en el capítulo siguiente, en uno de los libros más representativos, producto de la Escuela de Frankfurt: Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *Dialéctica del iluminismo*, trad. de H. A. Murena, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, edición original de 1944. La respuesta de Oakeshott en este contexto, y desde el conservadurismo, adquiere una relevancia significativa.

> puede poner en un libro: las reglas de una técnica. Y, libro en mano […] los políticos de Europa observan con atención el banquete hirviente que están preparando para el futuro; pero, como los aprendices de cocinero que sustituyen a un cocinero ausente, su conocimiento no va más allá de la palabra escrita que ellos leyeron mecánicamente: genera ideas en su cabeza, pero no gustos en sus palabras.[3]

El racionalismo occidental, en la interpretación de Oakeshott, ha significado una verdadera "corrupción de la mente" y carece de poder para corregir sus propias deficiencias; a lo más, sustituye un proyecto racionalista por otro con el que espera triunfar.[4] Se reproduce y perpetúa a través de una educación técnica e instrumental, contraria a la disposición conservadora, pero entonces: *¿Qué es ser conservador?*

En una conferencia dictada en 1956, Oakeshott intenta dar una respuesta a esa pregunta, cuyo texto se ha convertido en un clásico del conservadurismo. Ser conservador no responde a una teoría o a un cuerpo doctrinario y sistematizado. Se trata más bien de una actitud, una forma de comportamiento, una clase de conducta, que Oakeshott resume bajo la noción de "disposición".

Una de las características centrales de tal disposición es la de usar y disfrutar lo que se encuentra disponible ahora, en el presente, y no en "lo que estaba o podría estar". Saber situarse en el aquí y ahora depende de las propias condiciones del presente. Si este es árido, su disfrute será débil; si es inestable, se buscará algo más firme en una "vuelta al pasado", a lo ya conocido y de alguna manera experimentado:

> Entonces, ser conservador es preferir lo familiar a lo desconocido, preferir lo experimentado a lo no experimentado, el hecho al misterio, lo efectivo a lo posible, lo limitado a lo ilimitado, lo cercano a lo distante, lo suficiente a lo excesivo, lo conveniente a lo perfecto, la risa presente a la felicidad utópica.[5]

Por lo mismo, no debe confundirse el cambio con la innovación. El conservador manifiesta una especial aversión al cambio, precisamente como amenaza a la identidad: "todo cambio es un emblema de la extinción". El cambio es una pérdida de algo que aprendimos a disfrutar, mientras que aquello que lo sustituye no produce ningún apego inmediato. Por ello, para

---

[3] Oakeshott, Michael, *El racionalismo en la política y otros ensayos*, trad. de Eduardo Suárez Galindo, México, FCE, 2000, pp. 40 y 41.

[4] *Ibidem*, p. 49.

[5] *Ibidem*, p. 377.

la actitud conservadora los cambios lentos, pequeños, sin grandes estridencias serán más tolerables que los grandes y repentinos. Se es más proclive a las reformas y se rechazan categóricamente los procesos revolucionarios.

Hay una gran diferencia entre el cambio y la innovación: el cambio implica alteraciones que debemos sufrir o soportar, mientras que la innovación "denota alteraciones que diseñamos y ejecutamos". Por supuesto, no toda innovación genera "mejoramiento", e innovar sin mejorar resulta una "tontería deliberada o inadvertida". Ante la innovación se impone la cautela, el ritmo lento para observar las consecuencias corrientes y hacer los ajustes necesarios. Creo que el siguiente párrafo resume sin desperdicio alguno la "disposición" conservadora en la interpretación de Oakeshott:

> [El conservador] si se ve obligado a navegar en lo desconocido, le parece virtuoso ponderar cada paso. Lo que otros identifican plausiblemente como timidez, él lo reconoce como prudencia racional; lo que otros interpretan como inactividad, él lo reconoce como una disposición a disfrutar antes que sacar provecho. Es cauteloso y se inclina a indicar su asentimiento o disentimiento en términos graduales no absolutos. Considera la situación en términos de su propensión a no perturbar la familiaridad de las características de su mundo.[6]

En lo tocante a la política y al derecho, el conservador se inclina por el buen gobierno, es decir, resolver imparcialmente los conflictos que se suscitan por los enfrentamientos entre diversas creencias y actividades, preservar la paz sin imponer una uniformidad sustantiva y añadir un ingrediente de moderación antes de inflamar las pasiones. Se trata de administrar y aplicar las reglas conocidas antes de inventar una nueva.[7] Como decía Burke:

> Las buenas maneras son más importantes que las leyes. El derecho depende, en gran medida, de ellas. La ley no alcanza solo aquí y allá […] son los modales que irritan o pacifican, corrompen o purifican… nos barbarizan o nos refinan […] ellos dan forma y color a nuestras vidas. Según su calidad contribuyen a la moral y la alimentan, o bien la destruyen totalmente.[8]

El buen gobernante se mostrará suspicaz con respecto a las propuestas de cambio en exceso de las declaraciones que demanden generalidades

---

6 *Ibidem*, p. 380.

7 *Ibidem*, p. 397.

8 Burke, Edmund, *Letters on a Regicide Peace*, cit. por López Portillo, José Juan, "«Pequeños pelotones»: Edmund Burke y la vida pública", en López Portillo, José Juan *et al.*, *¿Por qué leer a Burke hoy?*, México, Fontamara, 2017.

como el "bien público" o la "justicia social", y de aquellos gobernadores que se presenten a sí mismos como "*salvadores de la sociedad* que se pongan armaduras y busquen dragones para luchar". Por el contrario, un temperamento adecuado para el buen gobierno, para un gobierno electivo, debe suponer algunas condiciones que lo hagan viable. Bagehot pensaba que se requería una *confianza* mutua entre los electores, misma que se propicia si existen fuertes raíces en el suelo natal; también la *calma* del espíritu nacional; una *razón instintiva* sustentada en la experiencia acumulada, y finalmente un pueblo *respetuoso:*

> Es, en verdad, cosa evidente, que nada hay tan difícil como crear una nación respetuosa. El respeto es obra de la tradición: se concede, no a lo que es bueno, sino a lo que, por su antigüedad es venerable. Ciertas clases, en ciertos pueblos, conservan de un modo señalado el privilegio de ser preferidas para las funciones políticas, porque siempre han poseído ese privilegio, y porque reciben, a modo de herencia, cierto prestigio que les da una especie de dignidad.[9]

2. *Mercado, tradición, autoridad, justicia y religión*

En 1981, Roger Scruton, en sintonía con el pensamiento de Oakeshott, publica *The Meaning of Conservatism,* y diez años después, una antología de autores conservadores. Scruton abre su antología con una introducción que intenta sintetizar el pensamiento conservador en sus líneas fundamentales y especialmente en su propuesta ética, política y jurídica.[10]

Resulta razonable iniciar la discusión sobre el moderno conservadurismo con el concepto de libre mercado. La intuición básica de Adam Smith —y que de acuerdo con Scruton intenta recuperar Hayek— es la comprensión del mercado bajo el paradigma de la "epistemología social", es decir: "Economic reasoning, it is supposed, depends upon knowledge that is (a) practical, (b) tacit, and (c) social, arising only in conditions of cooperation, and not available outside the social activity that engenders it".[11] El mercado entendido como una actividad social de cooperación, dinámico, flexible; y no estático, rígido o mecánico.

---

[9] Bagehot, Walter, *La Constitución inglesa*, trad. de Adolfo Posada, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 39.

[10] Scruton, Roger, *Conservative Texts. An Anthology*, Londres, Macmillan, 1991.

[11] *Ibidem*, p. 4.

Sin embargo, el pensamiento conservador no considera el mercado —como sí lo hacen los libertarios y, desde una posición crítica, los mismos marxistas— como la única fuente de libertad política y jurídica. Esta suposición sería incurrir en la falacia de pensar que la estructura económica es prioritaria al orden institucional. Tocqueville, en su *Democracia en América,* ya veía al mercado como una de las características del proceso democrático, pero la sola comprensión de la democracia desde las relaciones de mercado solo podría conducir a la mediocridad y la vulgaridad, con capacidad para destruir la fortaleza social del asociacionismo.[12]

Esa fuerza social es lo que el conservador entiende como tradición. Esta supone una comprensión de la sociedad como algo más que la simple suma de individuos; con un sentido de ajuste y cooperación; con un "saber cómo hacer las cosas"; con un conocimiento tácito de las formas y modos sociales. Y de la misma manera que las relaciones de mercado no pueden imponerse desde una planificación racional vertical, tampoco las tradiciones pueden imponerse desde una autoridad central. Tanto el mercado como la tradición responden a un "orden espontáneo": el primero mirando y encauzando las energías hacia el futuro, el segundo poniendo la mirada en el pasado. Este maridaje entre mercado y tradición es lo que permite entender y distinguir, por ejemplo, el *common law* de los sistemas jurídicos estatutarios, con codificaciones rígidas y poco proclives a la flexibilidad judicial.

Incorporar la tradición en el marco de la cooperación social es comprender "desde dentro" la vida y los propósitos de las instituciones, que es tanto como comprender la noción misma de *autoridad.* De ella emerge el sentido del deber y de deferencia hacia la historia y la cultura, que constituyen a las instituciones. También emerge cierto sentido de piedad y gratitud, que no se deposita en algún individuo en particular; de ahí la diferencia con un liberal, que*:* "seeks to emancipate the individual from authority, the conservative seeks to protect authority from individual rebellion".[13]

El individuo se encuentra ligado o atado, o mejor, tiene una deuda de lealtad hacia la familia y el Estado, pero también con sus conciudadanos, sus vecinos, que conforman lo que desde Hegel entendemos como "sociedad civil". La sociedad civil es el resultado de la totalidad de asociaciones libres, que se construye de manera espontánea, en un proceso gradual, y respondiendo a necesidades naturales del ser humano. No es producto de un contrato o de un consentimiento hipotético, ajeno precisamente a las

[12] Véase Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1957, cap. IV.

[13] Scruton, Roger, *Conservative Texts. An Anthology*, *cit.*, p. 9.

costumbres, a la historia, a las tradiciones y a las lealtades con la autoridad institucional.

La sociedad civil no es un constructo artificial ni se califica por algún propósito instrumental; no responde a un fin preestablecido que se impone desde fuera, sino que se edifica desde dentro en una suerte de *partnership* social y fraternal, con identidades comunes, como Burke y Tocqueville intuían. La sociedad civil no se configura desde la concepción de un agente racional, con derechos individuales y con vocación de universalidad, sino desde agentes corporativos —iglesias, escuelas, clubes, instituciones jurídicas, parlamentos— contextualizados histórica y culturalmente, con una identidad común.

Si alguna institución encarna tal sentido de unidad identitaria y refleja el espíritu de la nación es la Constitución. Ella se encuentra más allá del alcance de la democracia, de las decisiones mayoritarias; más allá incluso de las propias corporaciones. En palabras de Spinoza, es "el alma del Estado". Tal espíritu unitario —que puede encarnar en una institución como la monarquía constitucional— anima al cuerpo político a tal grado que los representantes elegidos no deben responder a un mandato imperativo, sino más bien, deben constituirse en portavoces de esa unidad nacional, representan a la nación, como quería Burke.

De ahí también la necesidad de asegurar la independencia judicial y la custodia de los valores constitucionales entendidos en términos de un derecho a la accesibilidad judicial, a una judicialización "aquí y ahora" de acuerdo con unos derechos, si se quiere, que se han formado en algún momento y que se pierden en el tiempo, pero ciertamente no a partir de una justicia y de derechos abstractos. No es casual que desde esta concepción el iusnaturalismo —en autores como Leo Strauss, por ejemplo— se justifique también desde premisas conservadoras.

Para los conservadores, la defensa de la propiedad privada como institución debe quedar garantizada por el Estado en cuanto *rights of ownership*. La propiedad tiene un valor intrínseco y su origen práctico y moral radica en la misma sociedad civil. La prolongación hereditaria de la misma constituye un factor de cohesión familiar y asegura la tradición identitaria de un sector social aristocrático, que encarna los valores nacionales y en el que se depositan las virtudes propias de una educación superior. Se comprende, entonces, la hostilidad de todo conservador hacia el Estado de bienestar y su justificación desde la idea de una "justicia social". En primer lugar, porque se fundamenta en un paternalismo estatal que corrompe el sentido moral; en segundo término, porque mina el sentido de lealtad, responsabilidad per-

sonal y gratitud hacia las instituciones sustituyéndolas por un aparato burocrático impersonal e ineficiente; y porque, finalmente, el *welfare state* siempre promete más de lo que puede proveer, beneficiando a un sector social pobre a costa de la misma capacidad productiva, que termina perjudicando a la sociedad en general. No es posible elevar la igualdad a un valor absoluto. Las personas son desiguales en inteligencia, fortaleza, talentos, salud, y esta desigualdad natural genera desigualdades sociales:

> […] to think otherwise is to fail to notice that intelligence, strength and beauty are actually more attractive than stupidity, weakness and ugliness. Hierarchy and advantage are therefore unavoidable. Our task is not to oppose them, but to strive to prevent their pathological forms, and to sustain those forms which are most readily accepted by those with less to gain.[14]

Por último, contra el sentido de laicidad liberal, por lo que hace a la separación entre iglesias y Estado o entre religión-moral y derecho, no solo no es posible sino tampoco deseable, y constituye una distorsión radical de la misma idea de Estado de derecho, *rule of law*. La religión constituye un baluarte para la moralidad, y la moralidad es una condición necesaria para el orden social. Es gracias a la religión que las personas pueden hacer frente a los temores y a los sufrimientos, y permite generar hábitos de lealtad y deferencia al orden jurídico institucional: "Un Estado virtuoso depende del espíritu público de sus ciudadanos".[15]

3. *Virtud y educación*

Quizás sea Alasdair MacIntyre quien ha puesto más énfasis en el sentido de la virtud —del Estado virtuoso— desde una concepción conservadora. En 1981 publica *Tras la virtud,* una poderosa obra que intenta poner un límite a las concepciones voluntaristas liberales, ajenas al entorno comunitario, pero sobre todo busca acentuar la narrativa histórica que caracteriza y define a cada uno de los individuos con un carácter virtuoso. Su crítica se dirige especialmente a la versión liberal de Rawls. Para Rawls:

> […] una sociedad está compuesta de individuos, cada uno con sus propios intereses, que luego se reúnen para formular reglas comunes de vida […] Los individuos son así primarios y la sociedad secundaria, y la identificación de

[14] *Ibidem*, p. 24.
[15] *Ibidem,* p. 28.

> los intereses individuales es anterior a, e independiente de, la construcción de cualquier vínculo moral o social entre ellos.[16]

Por cierto, este individualismo asocial no es exclusivo de Rawls, sino característico del proyecto ilustrado. MacIntyre realiza un balance de la modernidad entendida bajo tal paradigma, para concluir que el proyecto ilustrado fracasó:

> […] los filósofos morales del siglo XVIII se comprometieron en lo que era un proyecto inevitablemente fracasado […] Heredaron fragmentos incoherentes de lo que fue un esquema coherente de pensamiento y de acción y, puesto que no reconocieron su peculiar situación histórica y cultural, no pudieron reconocer la imposible y quijotesca naturaleza de su empresa.[17]

Para MacIntyre, los ilustrados abandonaron una concepción teleológica o finalística de la naturaleza humana, por tanto, si pensamos al ser humano en términos de *telos,* el problema de la falacia naturalista, que tanto preocupó a los ilustrados, se disuelve. Esta forma de concebir la naturaleza humana tiene una tradición muy antigua que se remonta hasta Homero y encuentra su desarrollo teórico más pleno en Aristóteles. Reintroducir este concepto significa restaurar un sentido de la moralidad al mismo tiempo razonable y objetiva. Más aún, la única manera de rescatar a la moralidad del abandono preconizado por Nietzsche es recuperar el punto de vista aristotélico que permite fundarla en las virtudes.

En la interpretación de MacIntyre, Aristóteles afirma que lo que para el ser humano constituye el bien es el ejercicio de las virtudes; sin embargo, este ejercicio no debe comprenderse como independiente de la comunidad política. Es más, la vida virtuosa solo puede realizarse en la polis. Virtudes como la fortaleza, la fidelidad y la amistad, constitutivas del carácter del ser humano, solo son posibles en un contexto social. Este es, al fin y al cabo, el sentido que confiere Aristóteles a la noción de "animal político".

Asimismo, con el fin de evitar conflictos entre diferentes virtudes, es necesaria una explicación de lo bueno que comprenda a toda la vida humana concebida como unidad. En otros términos, debemos entender nuestras vidas como una narración actuada dirigida por el *telos* que le da sentido:

> Vivimos nuestras vidas, tanto individualmente como en nuestras relaciones con los demás, a la luz de ciertas concepciones de un posible futuro compar-

[16] MacIntyre, Alasdair, *After Virtue,* University of Notre Dame Press, 1984, pp. 232 y 233.
[17] *Ibidem,* p. 53.

> tido […] No hay presente que no esté informado por algunas imágenes de algún futuro, y una imagen del futuro que siempre se presenta en la forma de un *telos* —o una variedad de fines y propósitos— hacia el cual nos movemos o desistimos de hacerlo en el presente.[18]

Por tanto, si la narración de mi vida está incluida en la historia de la comunidad a la que refiero y de la cual derivo mi identidad, esto significa que sus tradiciones serán esenciales para definir lo que es bueno tanto para mí como para cada uno de los sujetos con los que se convive. Pero es precisamente la pérdida de esas tradiciones lo que ha conducido a una crisis cultural y a una "cerrazón de las mentes".

En 1987, Allan Bloom publica *The Closing of the American Mind*, en pleno auge republicano y neoconservador en Estados Unidos. Bloom parte de la idea de que las raíces de la crisis cultural por la que atraviesa Estados Unidos, y por extensión la cultura occidental, han sido los supuestos ideológicos del movimiento de educación progresista que dominaron el currículum después de la Segunda Guerra Mundial y muy especialmente los años sesenta. Esta década en particular habría resultado desastrosa para la preservación de las virtudes heredadas de la cultura occidental. Para Bloom, la apertura que pretende la educación progresista ha conducido a un relativismo respecto a los valores que, paradójicamente, lejos de "abrir las mentes", las ha cerrado:

> En la medida en que pensemos que en las universidades americanas podemos crear y recrear todos los estilos de vida y dejar convivir aun los valores más incoherentes, en esa misma medida, reforzamos la idea de que no necesitamos de los otros. La apertura termina en conformismo.[19]

Bloom critica la modernidad y propone la restauración del platonismo. En su crítica aparecen todos los elementos de una toma de posición conservadora y de corte elitista, como el aborrecimiento a la cultura de masas, el rechazo a lo que llama el antiintelectualismo de las culturas populares, étnicas y raciales, así como de las comunidades feministas y homosexuales; todas ellas formas irracionales de cultura ajenas a la tradición occidental con su idea universalista de amor a la sabiduría. La modernidad termina siendo una forma de nihilismo acusando al liberalismo del deterioro de la educación y de la sociedad:

---

[18] *Ibidem,* p. 200.

[19] Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*, Nueva York, Simon and Schuster, 1987, p. 34.

> País, religión, familia, ideas de civilización, todas las fuerza históricas y sentimentales que se erguían entre el infinito cósmico y el individuo, proporcionando alguna noción de lugar dentro del todo, han sido racionalizadas y han perdido su capacidad impulsora. Norteamérica ya no es sentida como un proyecto común sino como un marco dentro del cual la gente son solo individuos, abandonados dentro de él […] el alma de los jóvenes está en una situación similar a la de los primeros hombres en el estado de naturaleza, espiritualmente desnudos, desconectados, aislados, sin relación alguna incondicional o heredada con nada ni con nadie.[20]

Bloom no espera que todas las escuelas ayuden a poner remedio al malestar espiritual que vive Occidente. Esta tarea recae en las 20 o 30 instituciones de educación superior que cuentan con la fortuna de albergar a los mejores estudiantes. Bajo estos supuestos es claro que para Bloom la admisión abierta es una acción injusta que va en detrimento de la calidad misma de la educación. En este sentido, toda ayuda a los grupos desaventajados, vía cuotas o acciones afirmativas, sería claramente discriminatoria.

II. Algunas críticas liberales

Por lo pronto, creo que no es difícil encontrar simetrías entre la crítica conservadora a la razón instrumental —a la construcción mecánica y burocrática del Estado y a una concepción *by the book*— de los derechos humanos y del Estado de derecho en general, con las críticas que se vienen realizando desde Max Weber y la Escuela de Frankfurt —en el periodo de entreguerras— al modelo libertario de organización social, y al capitalismo en general. Difícilmente se puede estar en desacuerdo con el diagnóstico con respecto al desencanto de posguerra y su reflejo en una actitud escéptica frente a las propuestas teleológicas y a la construcción de utopías; aun con las del propio socialismo, cuya posición no supera la de una modernidad ilustrada con su idea del progreso.

No cabe duda de que el discurso crítico y escéptico de Oakeshott, y en parte el de Scruton, presenta la cara amable de un lenguaje rico y sugestivo, apoyado tanto en conocimientos históricos como en recursos literarios. Por supuesto que el estilo no es arbitrario; responde al énfasis puesto en el punto de partida moral —el mundo de los deseos, intereses y recuerdos del sujeto moral—, así como en el ejercicio de hábitos y vínculos tradicionales en el ámbito de la sociedad civil, que refuerzan y constituyen su identidad. Por

[20] *Ibidem*, p. 85.

contraste, aquel que asume un punto de partida moral distinto —como lo es el de la imparcialidad— y adopta conceptos abstractos y no "densos" está condenado a un lenguaje árido y poco estimulante.

Pero más allá de este primer acercamiento de tipo expresivo, existe una crítica de fondo hacia los modelos de corte deontológico que me parece del todo injustificada. Lo que autores que se inspiran en las premisas kantianas defienden, es al individuo que se cuestiona esa cadena tradicional y asume un punto de vista imparcial y crítico que lo sitúa por encima de las contingencias temporales, y no al sujeto individual inmerso en el devenir histórico y ligado a un pasado inmune a una crítica racional.

Ello no significa ignorar que el discurso moral también se mueve en un mundo real. Nada más concreto, por ejemplo, que tomar como punto de partida el reconocimiento de necesidades básicas, las circunstancias de la justicia o las convicciones espontáneas para un equilibrio reflexivo a la Rawls; pero precisamente son un punto de partida que apunta hacia una empresa común más ambiciosa, como es la posibilidad de lograr algún acuerdo entre puntos de vista distintos y encontrados. Para ello, es necesario proporcionar razones objetivas para la acción y proponer un punto de vista universal e imparcial, que involucre a todos los seres humanos como agentes morales.

Asimismo, cuando el pensamiento conservador recurre a nociones como "tradición", "lealtad", "cohesión religiosa o moral", parece que se apela más a la emotividad que a la racionalidad. Para que estas nociones y la idea de una mayor comunicación entre tradiciones distintas, lealtades familiares diversas o convivencia entre convicciones religiosas —o entre quienes no comulguen con ninguna religión— distintas, en la misma sociedad y con respecto a las generaciones futuras, adquieran pleno sentido, deben justificarse a partir de un principio más radical, como es el mismo principio de igualdad. Los vínculos se consolidan solo si existe un trasfondo de justicia sustantiva, igualitaria.

Por otra parte, resulta comprensible desde el enfoque conservador la crítica hacia cualquier referencia a la conformación de un Estado de bienestar, la defensa de una cooperación social espontánea en términos de relaciones de mercado y de tradición, y la defensa a ultranza de la propiedad privada y su continuidad hereditaria. Hay un trasfondo anárquico y romántico en las diversas propuestas conservadoras que encarna en la idea de espontaneidad natural. Sin embargo, nada impide pensar que las interrelaciones de mercado devengan con el tiempo en situaciones perversas en términos de monopolización, que terminen perjudicando a los propios individuos; y nada impide pensar tampoco que existan tradiciones que refuercen un *statu quo* discrimi-

natorio y excluyente que incida negativamente en la tan deseada armonía y cohesión social como valores conservadores. Habrá necesidad, entonces, de un Estado que regule el mercado y que haga valer de manera positiva los derechos humanos en el reconocimiento de la tolerancia y la pluralidad.

La construcción de un *welfare state*, respetuoso de los derechos individuales pero redistributivo en términos de justicia social para los más desaventajados, no tiene por qué asumirse como un Estado paternal si de lo que se trata es de satisfacer las necesidades básicas poniendo en sus justos límites la lotería natural, como quería Rawls. Las diferencias son inevitables, como dice Scruton, pero no incorregibles o aceptables de acuerdo con una suerte de destino manifiesto. No existen jerarquías naturales o por nacimiento que se constituyan falazmente en un orden normativo. En este sentido, la visión meritocrática y elitista de MacIntyre y de Bloom, con fuertes resabios platónicos y aristotélicos, adolece de una contraintuitiva gratuidad. Como afirma Nussbaum:

> [Los estudiantes] que son de clase acomodada y que sobresalen en los estudios, que pueden asistir a las pocas universidades de élite y continuar sus estudios sin la distracción de un trabajo, pueden considerarse aquellos que poseen "el mayor talento" y la naturaleza "más compleja". Se dice que son personas que "fácilmente podrían beneficiarse de una educación liberal" y que son los que "más necesitan una educación". Parece que los que están en una situación de desventaja, tal como Bloom los imagina, tienen menor talento, naturaleza más simple y menos necesidades. Sin embargo, jamás dice qué hacen. Simplemente no tiene interés en estos alumnos que no son de élite —una élite que él define claramente a partir del dinero y la posición social al que por las características intelectuales da mayor valor.[21]

III. Una polémica clásica[22]

El debate entre Patrick Devlin y Herbert Hart fue planteado en torno a la conveniencia, o no, de descriminalizar los comportamientos homosexuales y

---

[21] *Cit.* por Aronowitz, Stanley y Giroux, Henry A., *Education under Siege*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1987, p. 26.

[22] El talante liberal de Hart se agudiza en su polémica con Devlin, que en buena medida se halla enmarcada en un librito que puede ubicarse al mismo nivel que *On Liberty* de John Stuart Mill. Me refiero a *Law, Liberty and Morality.* Este libro intenta ser también una respuesta a las Conferencias Macabeas de Devlin, de 1959, recogidas en su libro *The Enforcement of Morals,* Oxford, del mismo año.

la prostitución. La Comisión Wolfenden había dictaminado en 1957 que era oportuno desregular ambas conductas basándose en un argumento liberal (inspirado en Mill):

> En nuestra opinión no es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, ni intentar exponer ningún modelo de comportamiento determinado, más allá de lo que sea necesario para llevar a la práctica los propósitos que hemos bosquejado […] Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho.

Devlin consideró que las conclusiones de la Comisión Wolfenden eran equivocadas. Lo cierto es que en todos los sistemas jurídicos se puede constatar la imposición de una determinada moral a través del derecho penal, como un medio que tiene la sociedad de defenderse de los ataques que pueden destruirla. Más aún, para Devlin, el consentimiento de la víctima no juega ningún papel en el derecho penal como elemento de justificación o de excusa. La razón de esto es que un delito no solo es un ataque a un individuo determinado, sino también un agravio a la comunidad en su conjunto.

La concepción moral de Devlin se basa en las siguientes premisas:

1. La cohesión social es una función del derecho que depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad (al compartir estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una sociedad).
2. Toda sociedad tiene derecho a defender su integridad, tanto frente a ataques internos como externos (la sociedad tiene derecho a usar sus leyes como un acto de autodefensa de su integridad).
3. No cabe distinguir entre una inmoralidad pública y otra privada. En todo caso, únicamente cabría hablar de inmoralidades cometidas en público y en privado. Y dado que Devlin supone una determinada moralidad media, si se quiere conservar esa sociedad se ha de impedir que se cambie esa moral. Este es el sesgo conservador de Devlin.

Para Devlin, lo que justifica la imposición jurídica es la cohesión social *per se,* es decir, no se requiere que las creencias que comparten los miembros de la comunidad sean verdaderas. Con todo, para Devlin, sobre la base de un relativismo ético, no bastaría que un acto, para ser inmoral, sea repudiado por la mayoría, es necesario que exista un verdadero sentimiento de reprobación, de repugnancia.

Las objeciones de Hart a la posición de Devlin pretenden sentar las bases de un derecho penal que se fundamente en criterios liberales, atendiendo en primer término al principio del daño. Según Hart:

> […] se debe demostrar que la conducta punible es, o bien directamente perjudicial, o lo es con los individuos o su libertad, o bien pone en peligro el interés colectivo, el cual es mantenido por los miembros de la sociedad para su organización o defensa. Según este punto de vista, el mantenimiento de un código moral dado no es, como tal, el objetivo del derecho penal de cualquier institución coercitiva. Esto es algo de lo que se deberían ocupar otros organismos, la educación, la religión, o la libre discusión entre adultos.

En opinión de Hart, las tesis de Devlin son equivocadas por varias razones:

1. Porque Devlin confundiría las leyes bajo fundamentos paternalistas que prohíben ciertos actos —con el fin de evitar que personas incompetentes se dañen física o psíquicamente a sí mismas—, con la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad. Esta confusión se debe en parte a la aceptación de que el consentimiento no juega papel alguno en el derecho penal.
2. Devlin confunde también la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado. La represión de acciones indecentes tiene por objeto evitar la ofensa de los sentimientos de terceros y estaría claramente justificada aun cuando las mismas acciones realizadas en privado sean incluso legítimas. Por ejemplo, mantener relaciones sexuales en privado dentro del matrimonio es legítimo, en la vía pública resulta indecente. Y Hart señala además cómo en algunos casos de los propuestos por Devlin, tal como el de la bigamia, la represión estaría justificada por la existencia de daños a terceros, y no por castigar una mera inmoralidad.
3. Devlin no ofrece prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal de un mal —la sanción penal siempre es un mal que se infringe al condenado—, cuando en realidad se pueden lograr los mismos fines con otros métodos no dañinos como la educación, etcétera.
4. Devlin tampoco ofrece ninguna prueba empírica de que la modificación de los hábitos morales cause o haya conducido a la desintegración de ninguna sociedad. Por el contrario, una sociedad plural y

tolerante puede contribuir de manera más efectiva a la integración de la misma.

5. Por último, Hart se pregunta cómo es posible que la moral crítica ordene imponer cualquier moral positiva, incluso aquella que se basa en ignorancias o errores de diverso tipo. Lo cierto es que el legislador, al dictar la ley penal, debe valorar críticamente cuáles son los fundamentos de la moralidad positiva vigente y, en su caso, actuar en contra de lo mayoritariamente deseado. De no ser así, piensa Hart, se confundiría, tal como lo hace Devlin, la democracia como forma de gobierno con un populismo moral, según el cual, la mayoría de la población tendría derecho a estatuir cómo deben vivir los demás.

La polémica entre Devlin y Hart, de plena actualidad, sigue reflejando el debate entre posiciones conservadoras y posiciones liberales.[23] La opción por una o por otra es, quizás, una de esas decisiones últimas que definirá y justificará en buena medida nuestra concepción del derecho y el sistema de organización política y social.

IV. *Excursus.* Derechos de la niñez: a la educación y a una vida en familia

En este *excursus* me interesa seguir ahondando en el problema de la educación que, como hemos visto, ocupa un lugar central en las propuestas conservadoras. El problema se presenta de manera más acuciante cuando la referimos a la niñez y al entorno familiar en la que esta se desarrolla. Desde un punto de vista liberal, es necesario insistir en el principio de laicidad y en la necesidad de reconocer la pluralidad actual en cuanto a los diversos formatos de familia y la urgente necesidad de una educación en el respeto y la tolerancia.

1. *Derecho a la educación*

Entre los derechos de la niñez, la educación es sin duda uno de los más relevantes y, por supuesto, no está exento de un posible paternalismo adultista. A fin de cuentas, se argumenta, ¿no son los hijos una extensión natural

[23] Referido al tema de la homosexualidad remito al fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Lawrence vs. Texas,* 539 U.S. 558 (2003), y de manera especial al voto disidente del juez conservador Antonin Scalia.

de sus padres? ¿No justifica esta relación natural un derecho *a priori* de los padres sobre sus hijos? El peligro es caer en un autoritarismo moral bajo la suposición de que los niños son una especie de propiedad de los padres, que impide reconocer en ellos a seres humanos con intereses, necesidades y derechos.

No hay duda alguna de que los padres tienen prioridad sobre otro tipo de instituciones en la educación de sus hijos, simplemente por razones empíricas, como son las razones psicológicas. Pero debe reconocerse que el derecho de los niños a la educación debe prevalecer sobre las preferencias de los mismos padres cuando el ejercicio de estas puede limitar el desarrollo pleno de aquellos. Restringir tales libertades por medio de la coerción legal evita daños a terceros —los niños— y crea las condiciones que hacen posible el gozo de las capacidades de estos últimos. A este respecto vale la pena recordar las palabras en disidencia del juez William O. Douglas, refiriéndose a los niños pertenecientes a la Old Order Amish, en el conocido caso *Wisconsin vs. Yoder:*

> Un niño Amish puede querer ser un pianista o un astronauta o un oceanógrafo. Para lograrlo deberá apartarse de la tradición Amish [...] Si sus padres conservan al niño fuera de la escuela más allá de la primaria, entonces el niño quedará imposibilitado de participar en el nuevo y apasionante mundo de la diversidad que tenemos hoy día [...] Si es constreñido a la forma de vida Amish por aquellos que tienen autoridad sobre él y si su educación es truncada, su vida entera puede ser impedida y deformada.[24]

De acuerdo con el juez Douglas, el bien de la educación, especialmente de la educación básica, debe prevalecer sobre la libertad religiosa o las tradiciones de los padres de la Old Order Amish. Y la razón parece clara: tal tipo de educación tiene relación directa con la formación de la autonomía de los menores y no con su ejercicio; y tal formación es una condición necesaria para la satisfacción de las intereses y derechos del menor. Si esto es así, entonces está plenamente justificado interferir en las preferencias de los padres cuando estos obstaculizan la formación básica de sus hijos.

Debe rechazarse la hipótesis naturalista y tradicionalista, de tipo conservador, que hace de los hijos una prolongación "ontológica" de sus padres. Esta hipótesis solo puede conducir a la justificación de cualquier tipo de adoctrinamiento adultista que, reitero, atentaría contra los derechos de los menores. En materia educativa, la Convención sobre los Derechos del

[24] Corte Suprema de Estados Unidos, *Wisconsin vs. Yoder,* 406 U.S. 205 (1972), opinión de la Corte y voto disidente del juez William O. Douglas.

Niño menciona en sus artículos 28 y 29, entre otros objetivos: desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad física y mental del niño hasta el máximo de sus posibilidades y preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

El caso de los padres amish y las limitaciones a su libertad religiosa obliga a plantearnos no tanto el problema de la justificación de la educación en general, sino el tipo de educación que debe impartirse en particular. Estoy convencido de que toda educación básica, sea pública o privada, debe adecuarse, antes que a cualquier otro valor de carácter cívico o democrático, al criterio de laicidad.

Durante los gobiernos panistas en México (2000-2012) se abrió una vez más el debate en torno al tema de la laicidad educativa en las escuelas públicas. Se argumentó, entonces, nada menos que por el *ombudsman* nacional, que la prohibición de la enseñanza religiosa en las escuelas era una forma de discriminación negativa hacia aquellos padres de familia que, sin tener recursos suficientes para enviar a sus hijos a escuelas privadas confesionales, debían enviarlos, contra sus convicciones, a escuelas públicas laicas.[25]

En el mismo sentido, para el entonces presidente del Episcopado mexicano, las leyes mexicanas debían garantizar la libertad religiosa, que es mucho más amplia en su contenido que la libertad de creencia y culto. Hacer valer la libertad religiosa es hacer valer el derecho de los padres de familia a que sus hijos sean educados conforme a su fe y el Estado debe implementar las condiciones y los recursos para que tal libertad religiosa no se vea limitada.[26] No está de más considerar la advertencia de Claudio Magris con respecto a las consecuencias que se podrían seguir de este argumento:

> En nombre del deseo de los padres de hacer estudiar a sus hijos en escuelas que se funden en principios (religiosos, políticos o morales), surgirían escuelas inspiradas en los diversos harapos ocultistas de cada vez mayor difusión, en conventículos estrafalarios e ideologías de todo género. Hay ciertamente padres racistas nazis, estalinistas deseosos de educar a sus hijos (a nuestras expensas) en el culto de su Moloch; padres que pedirían escuelas en las que sus pimpollos no se sienten junto a condiscípulos meridionales. Nacerían pro-

[25] Véase una crítica a la posición del *ombudsman* nacional, José Luis Soberanes, en Volpi, Jorge, "Soldados de Cristo", *Proceso,* núm. 1484, 10 de abril de 2005, p. 54.

[26] Véase la entrevista de Rodrigo Vera al presidente del Episcopado mexicano, Carlos Aguiar Retes, en *Proceso,* núm. 1574, 31 de diciembre de 2006, pp. 13 y ss.

> bablemente escuelas satanistas, otras prestas a llamar como "expertos" a cartománticos y magos y así sucesivamente.[27]

Por supuesto, no es objeto de debate el hecho de que en materias como Historia y Educación Cívica se explique el fenómeno religioso y se enseñe una historia comparada de las religiones. Pero la pretensión del prelado iba más lejos, en el sentido de incluir la enseñanza de una religión como parte del currículo escolar y financiarla por el Estado. A esta pretensión debían añadirse otras demandas: el voto pasivo de los ministros de culto; el derecho a expresar sus opiniones en materia política y a asociarse con fines políticos; que las asociaciones religiosas posean medios de comunicación masivos, y que las iglesias reciban subsidios públicos mediante la recaudación de un impuesto especial que recogería y distribuiría el Estado.[28] Al comentar estas demandas, un católico como Pablo Latapí manifestaba su inconformidad cuando decía que:

> […] se habla de un "Estado confesional" que vendría en sustitución del "Estado laico". […] A los católicos que vamos depurando nuestra idea de la Iglesia en la dirección contraria —como una comunidad de fieles en la fe cuya seguridad no estriba en el poder temporal, sino en la confianza en Dios, como aparece en el Evangelio— nos chocan profundamente estas demandas de la jerarquía eclesiástica.[29]

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 62, se señala explícitamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura en el marco de un Estado laico acorde con las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales. Hasta donde puedo entender, el alcance de estas reformas, por lo que hace a la educación, debería incluir no solo a la

---

[27] Cit. por Alfonso Ruiz Miguel, "Laicidad, laicismo, relativismo y democracia", en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente,* México, Coyoacán, 2007, p. 165-*n*-7.

[28] Estas demandas se orientan a la eliminación del inciso e) del artículo 130 constitucional: "Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en acto de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios".

[29] Latapí, Pablo, *Andante con brío,* México, FCE, 2008, pp. 37 y 38. Varios líderes religiosos manifestaron su desacuerdo con las pretensiones de la Iglesia católica. El obispo primado de la Iglesia anglicana en México, Carlos Touché, dijo desconocer si "detrás hay un intento de los obispos católicos por recuperar el poder y la influencia que tuvieron en el pasado, lo cual significaría un retroceso". *Milenio,* 20 de marzo de 2008, Política, p. 13.

educación pública, sino también a la educación privada, es decir, a todo tipo de educación que se imparte en México, en tanto constituidos en un Estado laico. Si esto es así, entonces el inciso a) de la fracción VI del artículo 3 constitucional, que exceptúa a los particulares de apegarse a la fracción I, donde expresamente se hace referencia a la educación laica impartida por el Estado, incurre en una incoherencia.

No veo por qué la exigencia de educación democrática debe universalizarse incluyendo a la educación privada y no deba exigirse lo mismo con respecto a la laicidad, ahora entendida como una propiedad del Estado junto con su carácter republicano, representativo, democrático y federal (artículo 40 constitucional).

Si además reforzamos el derecho de aquellos que ejercen patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes para guiarlos de conformidad con sus creencias religiosas y sus tradiciones culturales en el ámbito de la educación privada, entonces tenemos el camino libre, como decía Claudio Magris, para que los adultos adoctrinen a los menores en sus creencias, que en algunos casos podrán ser tolerantes, pero en otros, con sesgos claramente fundamentalistas.

De igual manera, en la misma ley se hace referencia a los fines de la educación, entre los que se señala:

> Promover la educación sexual integral conforme a su edad, el desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, de las niñas, niños y adolescentes que le permitan a niñas, niños y adolescentes ejercer de manera informada y responsable sus derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las Leyes y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.[30]

El texto final de la ley contrasta con la iniciativa aprobada por el Senado, en la que se señalaba: "Promover la educación sexual integral, que contribuya al desarrollo de competencias que le permitan a niñas, niños y adolescentes ejercer de manera informada y responsable sus derechos sexuales y reproductivos".[31] Así de simple, lisa y llanamente, sin remisiones a otras normatividades de superior jerarquía, como aparece en la versión final y acotando los márgenes interpretativos.

---

[30] Artículo 58, párr. VIII, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

[31] Iniciativa de Decreto que expide la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, remitida a la Cámara de Senadores el 1 de septiembre de 2014.

De nueva cuenta, la presión conservadora de corte religioso, con el pretexto de proteger a los menores de edad, logra eliminar la mención explícita a los derechos sexuales y reproductivos del texto definitivo. No es algo inocuo. En la versión inicial se ponía nombre y apellido al ejercicio responsable de tales derechos de las niñas, niños y adolescentes, con el propósito de asumirlos con plena conciencia, desde muy temprana edad, para prevenir, por ejemplo, embarazos no deseados, o enseñar la forma de defenderse y denunciar acciones tan indignas y humillantes como el acoso sexual por parte de los adultos. Entre estos adultos merecería un capítulo especial, en el libro de las infamias, el abuso y la violencia sexual practicados, irónicamente, por "los hombres (y mujeres) de dios" que tienen a su cargo, desafortunadamente, una buena parte de la educación básica de niñas, niños y adolescentes.

2. *Derecho a una vida en familia*

Pese al tinte conservador que deja ver la frase "derecho a una vida en familia", su calificación dependerá de la concepción de familia que se adopte y, más en general, del alcance que se quiera dar a la idea de procreación, y el debate, ya un tanto añejo pero con consecuencias siempre actuales, de la llamada procreación asistida y los derechos correspondientes.[32]

Desde el punto de vista de una ética conservadora o tradicional,[33] el problema de la procreación asistida debe ser abordado a partir de tres premisas básicas: 1) existe un manifiesto interés por preservar los valores y principios de la familia cuyo núcleo se constituye por la pareja heterosexual que decide optar por la paternidad-maternidad; 2) el nuevo ser no debe instrumentalizarse hacia otros fines que no sean el asegurarle que será recibido en el seno social, con las mejores condiciones para su formación y crecimiento armónicos —se entiende que este fin solo es alcanzable si se cumple el inciso anterior—, y 3) la reproducción humana asistida no es una alternativa al proceso reproductivo natural, sino una técnica destinada a tratar la inferti-

[32] Para un acercamiento conservador al tema de los derechos sexuales y reproductivos remito a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, acción de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 24029-S, "Fecundación *in vitro* es inconstitucional", exp. 95-0011734-0007-CO, octubre de 2000, recurrido posteriormente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que dio lugar a una resolución memorable: *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.*

[33] Para una justificación conservadora de la familia y los temas relacionados con los derechos sexuales y reproductivos, véase la iniciativa ciudadana de reforma constitucional para proteger el matrimonio y la familia, "Reforma por la familia, por los niños y por todos", Consejo Mexicano de la Familia, A.P.B., febrero de 2016.

lidad de las parejas cuando ya han fallado otras técnicas o procedimientos terapéuticos, por lo que solo debe aplicarse a parejas infértiles.

Desde una perspectiva laica liberal, ninguna de las tres premisas sería aceptable, tanto por consideraciones fácticas como por razones normativas. Con respecto a 1), es un hecho que en muchas sociedades actuales, entre los diversos planes de vida, son empleados y aceptados modos alternativos de procreación y formatos de familia distintos al de la pareja heterosexual con unión matrimonial formal. Vale la pena recordar las posibilidades existentes para tener un panorama lo más amplio posible de tales alternativas. He intentado ordenarlas en forma descendente de aceptación social, consciente de su alcance subjetivo:

a) Niños nacidos de parejas heterosexuales en uniones matrimoniales formales o *de facto* estables.
b) Niños nacidos de matrimonios previos o de uniones *de facto*, pero ahora, o bien están en una situación uniparental, o bien en una familia reincorporada después del divorcio y nuevo matrimonio.
c) Niños adoptados en otra familia, a través de adopción "tradicional" donde la madre que renuncia no tiene contacto con el niño que dio en adopción y el niño no tiene información sobre sus orígenes; o de adopción "abierta" donde la madre que renuncia puede mantener contacto con el niño y el niño puede tener acceso a la información sobre sus orígenes; o de adopción donde la madre que renuncia toma parte en la selección de los padres adoptivos.
d) Niños nacidos de una situación de padres solteros o de madres solteras.
e) Niños nacidos de los gametos de una pareja heterosexual a través de la inseminación artificial o de la fecundación *in vitro* y transferencia de embrión.
f) Niños nacidos de parejas heterosexuales mediante la inseminación artificial de un donante.
g) Niños nacidos de los gametos de donantes o de embriones de donantes mediante la fecundación *in vitro* y traslado de embrión.
h) Niños nacidos por acuerdo de alquiler donde la madre sustituta aporta o no el óvulo.
i) Niños nacidos de parejas homosexuales (lesbianas) a través de inseminación artificial de un donante.
j) Niños adoptados por parejas de homosexuales masculinos.[34]

[34] Con algunas ligeras modificaciones tomo esta tipología de Charlesworth, Max, *La bioética en una sociedad liberal*, trad. de Mercedes González, Cambridge University Press, 1996, pp. 76 y 77.

k) Niños que podrán nacer por clonación a partir de la transferencia de núcleo en un óvulo. Transferencia que puede realizarse a partir de una célula somática de hombre o de mujer. En este último caso con la posibilidad de que la mujer use su óvulo para clonar con una célula somática propia.

Hay que reconocer el hecho de que la organización familiar tradicional no solo se está transformando vertiginosamente, sino que además no se percibe con claridad que este cambio esté provocando consecuencias negativas en términos de cohesión social, ni que los niños producto de los nuevos métodos de reproducción asistida sufran algún daño como efecto directo de los mismos.

Lo cierto es que las nociones de paternidad y maternidad pasan a ser títulos escindibles, y esta escisión no ha tenido que esperar a las técnicas de reproducción asistida, sino que la novedad fue introducida por la institución de la adopción. En efecto, es con esta institución que se hace patente que la familia, los padres, los hijos, no son "hechos naturales", sino un haz de relaciones jurídicas: "Es desde el ordenamiento [jurídico] desde el que se determina el modelo de familia lícita, esto es, si cabe, por ejemplo, que los menores puedan ser adoptados por parejas no casadas, de igual o distinto sexo, o por solteros".[35]

En relación con 2) se objeta que las técnicas de reproducción asistida trastocarían en alto grado todas las relaciones filiales y de parentesco existentes y consagradas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Se estaría violando, entre otras cosas, el derecho a ser concebido heterosexualmente en una familia con doble figura genital. Por otra parte, tales métodos abrirían opciones que posibilitarían la creación de niños por motivos dudosos moralmente: vanidad, conveniencia utilitaria, comercio de órganos o reemplazo de otros fallecidos. El niño pasaría a convertirse en un instrumento al servicio de los intereses egoístas de los progenitores. Aun en el caso de que se buscara una mejor calidad de vida para el niño, se estaría enviando el mensaje muy específico sobre el valor negativo de las vidas que no son perfectas y los seres humanos perderían el derecho a aceptar aquello que es imperfecto. La crisis de la organización familiar tradicional daría por resultado una severa inestabilidad en la sociedad, para lo cual el derecho debe introducir y asegurar medidas restrictivas.

A todo ello se responde que si bien es cierto que *prima facie* existe un derecho del niño a una vida estable, a una "vida en familia", no hay estudios

[35] Lora, Pablo de, *Entre el vivir y el morir,* México, Fontamara, 2003, p. 23.

empíricos concluyentes, como ya se dijo, que demuestren que los niños educados con madres o padres solteros, heterosexuales u homosexuales, sufran daños que imposibiliten un adecuado desarrollo psicológico y una armoniosa integración social. Las precauciones que se deben tomar en ciertas circunstancias responden más a razones estratégicas, (p. ej., socioculturales), que a razones morales sustantivas.

Asimismo, la instrumentalización de los niños por motivos no altruistas no parece ser una razón concluyente para calificar de incorrectas las técnicas de reproducción asistida. El mismo argumento podría utilizarse para todo tipo de método natural, en los que no se exige de los padres una moral supererogatoria o ideal. En cuanto a una posible comercialización, desgraciadamente es este un fenómeno que no ha tenido que esperar a las técnicas de reproducción asistida. A lo único que invita a pensar este tipo de situaciones no es a la prohibición de las mismas, sino a la exigencia de una regulación apropiada y de una aplicación estricta de tal normatividad que haga valer la autonomía y dignidad de los niños con todos los derechos correspondientes.

Por lo que hace a 3), desde un punto de vista liberal, la tolerancia y aceptación de métodos alternativos de procreación y formatos de familia, y en varios de ellos su ratificación legal, ha permitido hablar en nuestros días de un "derecho a la libertad de procreación" —que supone tanto la colaboración coital como la no coital— y consecuentemente un derecho de acceso sin discriminación alguna a las nuevas formas de tecnología de reproducción. A este respecto vale la pena citar a la jurista estadounidense Lisa Ikemoto cuando sostiene que:

> La procreación de colaboración no coital presenta un conjunto más amplio de opciones comparada con la reproducción a través de las relaciones sexuales, dando a los participantes la oportunidad de determinar el origen del material genético, el método y el tiempo de la concepción, la mujer que llevará el niño y las personas que lo educarán. La viabilidad en la ampliación del conjunto de opciones proporciona a los individuos un mayor control sobre su destino genético, biológico y psicosocial y, por lo tanto, mayor autonomía. La Constitución debe proteger la autonomía de decisión en la procreación, ya que nuestro concepto de libertad requiere que el gobierno deje libres a los individuos para determinar temas tan fundamentales para sus personas.[36]

Si aceptamos que los formatos tradicionales de familia y el matrimonio, heterosexual y monógamo, no son los únicos éticamente correctos para

[36] Charlesworth, Max, *La bioética en una sociedad liberal, cit.*, pp. 77 y 78.

procrear, su aceptación exclusiva contradice los principios de una sociedad liberal y laica y, en concreto, atenta contra el principio de autonomía personal del que se infiere el derecho a la libertad de procreación y de acceso a las nuevas tecnologías de reproducción. Entre estas, por supuesto, la posibilidad de que se permita la inseminación artificial a una mujer soltera, viuda, divorciada o lesbiana. Es en este contexto que tiene sentido hablar del derecho de acceso a las tecnologías de reproducción como no discriminatorio, es decir, a las que puedan acceder no solo las personas o parejas infértiles, como una especie de último recurso, sino las mismas personas o parejas fértiles si así lo consideran necesario para la organización de su plan de vida. Si para ser usuaria de la IA (inseminación artificial) o la FIV (fecundación *in vitro*) no hay que ser infértil, entonces el derecho a la procreación asistida no es una expresión del derecho a la salud, sino un medio alternativo de reproducción, es decir, una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, en legislaciones de corte conservador, es un hecho que se ponen límites a las técnicas de reproducción asistida prohibiendo producir más embriones de los que se requieren para obtener un éxito razonable en el proceso de implantación y de transferencia de embriones a la paciente. La razón de esta prohibición es evitar producir embriones sobrantes y su eventual crioconservación o destrucción. No deja de ser curioso el hecho de que el desarrollo de estas técnicas de reproducción asistida hará que en un futuro se logren mayores anidaciones en el útero de las que se logran "naturalmente". Una vez que esto ocurra, y dado el compromiso que las posiciones conservadoras asumen con el valor supremo de la vida humana, estas técnicas no solo deberían ser moralmente toleradas, sino moralmente obligatorias, porque "[protegen] mejor la vida y desarrollo exitoso del embrión que el mecanismo de implantación natural dispuesto por Dios".[37]

No debe llamar la atención que en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el capítulo "Del Derecho a Vivir en Familia"[38] no haya ninguna referencia explícita al concepto de familia y a los diversos formatos de familia. No basta la mención genérica a "las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores". En sede legislativa se podría haber dado un paso cualitativamente importante en aras del reconocimiento de la diversidad parental acorde con la diversidad procreativa. No se ha hecho, y este silencio convalida posiciones conservadoras contrarias al carácter laico del Estado.

---

[37] Lora, Pablo de, *Entre el vivir y el morir, cit*, p. 31.

[38] *Ibidem*, cap. cuarto, artículos 22-35.

Capítulo quinto

JUSTICIA COMO PLURALIDAD CULTURAL

La disputa entre liberales y comunitaristas, como decíamos en el capítulo tercero, ocupó intensamente la atención de los intelectuales desde mediados de los años setenta hasta los ochenta. A partir de los noventa, y hasta nuestros días, tal disputa se ha desplazado hacia los problemas generados por la constatación fáctica de la diversidad cultural.

Es un hecho que la conformación de los Estados modernos alberga en su interior claras diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas, entornos geográficos y costumbres diversas. Estas diferencias no se pueden obviar desde una perspectiva política que pretenda mantenerse neutral o que procure una suerte de homogeneidad general, a costa del reconocimiento de las mismas. Como afirma Seyla Benhabib:

> Las luchas por la identidad no solo están teniendo lugar en los umbrales y fronteras de los nuevos Estados-nación que surgen de la desintegración de regímenes regionales, como el comunismo de estilo soviético en Europa Central y del Este y en Asia Central, o en continentes como África, donde el Estado-nación —una institución frágil con raíces que apenas cumplen medio siglo— se derrumba en Ruanda, Uganda y el Congo, entre otros. De hecho, también ocurren luchas similares dentro de las viejas democracias liberales. […] ya sea que llamemos a los movimientos actuales "luchas por el reconocimiento" (Charles Taylor, Nancy Fraser y Axel Honneth), "movimientos por la identidad/diferencia" (Iris Young, William Connolly) o "movimientos por los derechos culturales y la ciudadanía multicultural" (Will Kymlicka), estos señalan un nuevo imaginario político que catapultan al primer plano del discurso político el tema de la identidad cultural, en el sentido más amplio del término.[1]

A partir del reconocimiento de la pluralidad cultural, gran parte de las críticas se han centrado en las propuestas liberales, especialmente en aquellas más identificadas con un enfoque libertario —neutralidad, atomismo

[1] Benhabib, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, trad. de Alejandra Vassallo, Buenos Aires, Katz Editores, 2006, pp. 8 y 9.

individualista, primacía absoluta de los derechos individuales—; pero también en las igualitarias, en propuestas como la de Rawls y su neocontractualismo hipotético, así como en su concepción de la "posición original". El surgimiento de los nacionalismos, el fenómeno de los movimientos migratorios y la situación de las fronteras resultaban ajenos al liberalismo rawlsiano: la idea de "sociedad bien ordenada" omitía estos problemas, restringiendo así las capacidades explicativas de su teoría liberal.

La constatación de la diversidad cultural, la demanda de los grupos hacia el interior de los Estados y la relación dinámica entre estos a partir del fenómeno creciente de las migraciones han representado un reto político y normativo —ético y jurídico— del que se debe dar cuenta, y del que los propios liberales no pueden mantenerse ajenos.

Aceptada la diversidad cultural como fenómeno social, es necesario distinguir aún su dimensión política de su dimensión normativa. Con respecto a la primera, las estrategias de políticas públicas para su gestión presentan varios enfoques posibles:

1. *Asimilacionista*, para el cual: "la esfera pública se caracteriza por ser culturalmente homogénea [predominio de la cultura hegemónica que interpreta la diversidad cultural como amenaza] y se considera que no es necesario modificar sus demarcaciones ni su contenido".
2. *Integracionista*, que "está a favor de la interdependencia entre grupos de diversas culturas y no obstruye el intercambio de normas, valores y modelos de comportamiento".
3. *Pluralista*, que "defiende la preservación y desarrollo de todas las culturas […] cada una de ellas se considera igualmente valiosa […] y no se otorga prioridad ni valor a la interrelación entre ellas".
4. *Intercultural* que "aspira a la edificación de una sociedad igual en derechos y equidad y se pretende contribuir a la construcción de relaciones interculturales armoniosas [a partir de la construcción de una esfera pública abierta]".[2]

I. Debate en torno al pluralismo cultural

Con respecto a la dimensión normativa, el debate se ha centrado en dos enfoques: el multiculturalista y el intercultural. Ambos parten del supuesto común

[2] Wences Simon, María Isabel, *La diversidad cultural a debate. Quebec consulta a la ciudadanía*, col. Temas de la democracia, serie Conferencias magistrales, núm. 21, México, IFE, 2013.

de que en sociedades democráticas, la diversidad cultural constituye un valor y resulta necesario reconocerla y promoverla.

En un esfuerzo de síntesis, José María Sauca propone "una caracterización estandarizada" del pluralismo cultural, desde el punto de vista normativo, en los siguientes términos:

1. La justicia no solo tiene que ver con el paradigma de la distribución, sino con el paradigma del reconocimiento, y la igual dignidad de los individuos debe complementarse con la dignidad diferenciada.
2. La identidad cultural es relevante para el proyecto moral —planes de vida— del individuo.
3. No es posible la neutralidad estatal y su sostenimiento supone también una concepción ideológica.
4. La cultura debe definirse con un carácter no esencialista, sino textual, dinámico y relacional.
5. Se critica el pretendido carácter universal de los principios liberales y se reivindica el diálogo intercultural y el igual valor de las culturas.
6. Se valora la diversidad cultural y se critica el modelo asimilacionista entendiendo que la diferencia social no debe ser fuente de estigmatización sino de emancipación en el reconocimiento de derechos de grupo.
7. Se propone un tipo de educación que tome en cuenta la diversidad cultural en los *curricula* que permita a los estudiantes comprender sus orígenes, su contexto social y les posibilite su capacidad de crítica.[3]

La diferencia entre multiculturalismo e interculturalismo —especialmente referida, por ejemplo, a la situación de Quebec, en Canadá— radica en que el primero:

> […] permite, e incluso fomenta, que los diferentes permanezcan juntos (lo cual, en su expresión más radical, conduce a la formación de guetos), mientras que el interculturalismo procura que las personas de diferentes culturas interactúen entre sí y estén abiertas a los cambios que puedan suscitar estos encuentros y contactos, con la única condición de respetar algunos valores sociales básicos. En palabras de los presidentes de la Comisión [Bouchard-Taylor para Quebec]: El interculturalismo promueve la edificación de una identidad común mediante la interacción de ciudadanos de todos los orígenes.[4]

---

[3] Sauca Cano, José María, "Multiculturalismo y sociedad civil", en Sauca Cano, José María y Wences Simon, María Isabel, *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías*, Madrid, Trotta, 2007, p. 114.

[4] Wences Simon, María Isabel, *La diversidad cultural a debate, cit.*, pp. 31 y ss.

Otras diferencias con el mismo caso de Quebec —que de acuerdo con la Comisión Bouchard-Taylor[5] debería ser más proclive al interculturalismo— *vis-à-vis* el Estado nacional canadiense, que defiende un multiculturalismo, es que en este último se destaca la importancia de las dos lenguas oficiales asegurando que al menos se aprenda una de ellas y, además, que se promocione la ciudadanía canadiense por encima de la pertenencia a la sociedad quebequense.

De acuerdo con estas caracterizaciones, tanto el multiculturalismo como el interculturalismo tienen argumentos poderosos para confrontar las posiciones libertarias, y varios de sus enunciados, lejos de oponerse a un enfoque liberal igualitario, vienen a enriquecerlo. ¿Qué premisas pueden ser compartidas con la versión igualitaria del liberalismo? Ciertamente, la no neutralidad del Estado, el rechazo de una concepción esencialista de la cultura, la crítica a políticas asimilacionistas y la necesidad de una educación en y para el reconocimiento de la diversidad cultural. Otros enunciados, que pueden y deben complementar y robustecer al liberalismo igualitario, merecen algún comentario más detenido:

1. En términos de justicia, el liberalismo igualitario se robustece al incorporar —además de la justicia como reciprocidad y la justicia distributiva— la igualdad y dignidad diferenciada, que permite hablar de una justicia como reconocimiento. En un constitucionalismo liberal no cabe la dominación hegemónica de grupos mayoritarios en perjuicio de los colectivos minoritarios o vulnerables. Por tanto, se debe preservar y maximizar la diversidad cultural como un fin legítimo del Estado constitucional, siempre que tal maximización no vulnere los derechos de las minorías ni de los individuos hacia el interior de las propias comunidades. Esta maximización debe alcanzar también al ámbito judicial y juzgar con perspectiva intercultural.[6]
2. La identidad cultural —en el reconocimiento de las diferencias— es un factor que refuerza la autoestima y, en general, la autonomía

[5] Comission de Consultation sur les Practiques d' Accommodements Reliées aux Différences Culturelles, Building the Future. A time for Reconciliation, Informe de Gérard Bouchard y Charles Taylor, Canadá, 2008.

[6] Véase TEPJF, recurso de reconsideración SUP-REC-830/2014; y Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, "JUZGAR CON PERSPECTIVA INTERCULTURAL. ELEMENTOS PARA SU APLICACIÓN EN MATERIA ELECTORAL", Tesis XLVIII/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral,* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 9, núm. 18, 2016.

de las personas para la organización libre y racional de sus planes de vida. El límite para un liberal igualitario estaría en la imposición autoritaria de tal identidad bajo criterios mayoritarios, o bien, la imposición de una minoría territorialmente hegemónica, refractaria a los elementos cohesionadores de la unidad constitucional.

3. Todo ello, sin embargo, no debe conducirnos a una polarización insalvable entre las propuestas liberales y las identidades culturales, o incluso de valores nacionales, siempre que, como dijera Jonathan Glover, quien a su vez parafrasea a Kant: "se debe tratar a las naciones como medios y nunca como fines en sí mismas".
4. Para un liberal igualitario, el factor de cohesión social y la convivencia armónica en las diferencias solo es posible a condición de reconocer el carácter objetivo, universal y necesario de los derechos humanos, tanto individuales como sociales. En este punto no hay concesión posible ni para la relativización cultural de los mismos ni para negar un individualismo ético, en términos de autonomía y dignidad personales que, por ejemplo, situara los derechos colectivos o grupales por encima, o al mismo nivel, de los derechos individuales.

Dicho lo anterior, detengámonos en algunas propuestas desarrolladas por Luis Villoro, Seyla Benhabib y Will Kymlicka, que, junto con Wences y Sauca, podríamos ubicar dentro de un pluriculturalismo moderado.

II. Hacia un pluriculturalismo moderado

Para Villoro, una teoría que parta del hecho de la pluralidad cultural debe seguir varios pasos: identificar, comprender y, finalmente, valorar la cultura en cuestión. Con respecto a la valoración, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿son equivalentes todas las culturas? Las respuestas han oscilado entre dos extremos: el relativismo o el universalismo.

Un relativismo absoluto estaría "obligado a aceptar la igual validez de cualquier cultura dominante y discriminadora"; por su parte, la marcha hacia el universalismo "no ha sido la obra de una comunicación racional y libre sino de dominación y de violencia". Tanto uno como otro deben ser criticados. Por un lado, reivindicando el valor de la autonomía cultural, en la medida en que:

> […] la libertad es preferible a la dominación; si afirma su identidad, establece la superioridad moral de ser auténtico; si rechaza el sentido de su vida sea determinado por otros, proclaman el derecho de todos a elegir sus propios fines. Esos valores no pueden ser ya relativos; si lo fueran, no habría justificación racional para rechazar una cultura que les fuera contraria. […] el relativista tiene que admitir ciertos valores transculturales para justificar su propio relativismo.[7]

Por el otro, aceptando la posibilidad de una transversalidad de las culturas, en la medida en que se priorice el reconocimiento del otro y se abran los espacios públicos para una comunicación racional y razonable. La comprensión intercultural, para Villoro: "no distinguiría las distintas culturas según categorías lógicas de géneros y especies, sino según semejanzas y desemejanzas parciales, como los «rasgos de familia» que pueden distinguir a varias personas, de que hablaba Wittgenstein".

Las condiciones de posibilidad de tal discurso intercultural tendrían que cumplir con algunos "criterios formales de valoración", que servirían para evaluar las culturas: autonomía, autenticidad, finalidad y eficacia. Una cultura debe tener capacidad de autodeterminación sin coacción o violencia ajenas; debe ser la expresión real de las disposiciones de los miembros de una comunidad; debe poder proyectar un abanico de fines que den sentido a la vida personal y colectiva, y debe tener poder para implementar y hacer viable su autonomía, su autenticidad y sus fines.

Desde el punto de vista jurídico, el multiculturalismo se ha incorporado en la normatividad internacional y local a partir del reconocimiento del "derecho de los pueblos". Mientras que el Estado se define por una relación de poder, los pueblos por una relación de cultura. De acuerdo con Villoro, se debe entender por pueblo, a diferencia de las "etnias":

> […] cualquier forma de comunidad humana que cumpliera con los siguientes requisitos: 1. tener una unidad de cultura, la que comprende instituciones sociales que garantizan la permanencia y continuidad de esa cultura; 2. asumir un pasado histórico y proyectar un futuro común; 3. reconocerse en una identidad colectiva y decidir aceptarla; 4. referirse a un territorio propio. […] ¿Y las etnias? No todas la etnias tienen los rasgos que caracterizan a una comunidad de cultura, ni responden todas a una voluntad colectiva de continuidad en el espacio y en el tiempo; muchas no constituyen una comunidad estable, con las condiciones para decidir por sí misma de los asuntos que les conciernen. […] Los instrumentos de la ONU distinguen, desde luego, entre derechos de las "minorías" y derechos de los "pueblos".[8]

---

[7] Villoro, Luis, *Los retos de la sociedad por venir*, México, FCE, 2007, pp. 143 y ss.

[8] *Ibidem*, pp. 154 y ss.

A partir de lo dicho, según Villoro, ¿sería compatible o complementaria esta concepción multiculturalista con el liberalismo? No lo sería con las premisas que han conducido a lo que Taylor ha llamado "el desencanto de la modernidad": el individualismo metodológico, la razón instrumental y el atomismo de la sociedad; pero sí con una concepción amplia del liberalismo que comprendería "concepciones actuales como el «republicanismo», el «socialismo democrático» o aun el llamado por Dworkin «liberalismo basado en la igualdad»".[9] Más aún, para Villoro es necesario hacer frente a un doble equívoco:

> La ideología liberal confunde el multiculturalismo con su interpretación por integrismos monistas. La ideología integrista confunde al liberalismo con su interpretación en favor de un poder político. […] Trataré de mostrar que el multiculturalismo lleva a su fin un pensamiento contrario a toda dominación. En este sentido, puede considerarse un liberalismo radical. Un liberalismo radical y un pluralismo cultural coinciden en el fondo: ambos pretenden oponer al monismo de la dominación el pluralismo de la libertad.

En síntesis, tal "liberalismo radical", en la propuesta de Villoro, incorpora: 1. el reconocimiento de las diferencias y el derecho a la pertenencia como miembro de una comunidad en que se construye la identidad de la persona como condición para su libre elección de vida; 2. la pluralidad, la comunicación y el diálogo para la aceptación de valores transculturales, y 3. la organización de un Estado plural, no un Estado homogéneo, de acuerdo con Kant y Rawls. Esto último con el propósito de construir una democracia tolerante y respetuosa de las personas consideradas como fines en sí mismas y no solo como medios.

Desde la propuesta de una democracia deliberativa, Seyla Benhabib piensa que es factible incorporar las demandas multiculturalistas, en la medida en que tal modelo:

> […] permita la máxima controversia cultural dentro de la esfera pública, en las instituciones y asociaciones de la sociedad civil y a través de ellas. Aunque soy partidaria del universalismo constitucional y jurídico en el sistema de gobierno, también sostengo que ciertos tipos de pluralismo legal y de participación en el poder a nivel institucional a través de parlamentos regionales y locales son perfectamente compatibles con los enfoques democráticos deliberativos.[10]

---

[9] *Ibidem*, pp. 187 y ss.

[10] Benhabib, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura, cit.*, p. 9.

Benhabib repasa someramente las permutaciones de la noción de cultura: el significado inicial clásico ligado a la preservación, atención y cuidado referido, especialmente a la agricultura, se confronta con la concepción económica moderna, capitalista mercantil, con su racionalización científica e instrumental del mundo. El periodo romántico, con Herder[11] a la cabeza y en contraste con la expansión industrial, opone cultura a civilización.

A diferencia de "civilización" —que se refiere a valores y prácticas materiales compartidas con otros pueblos, pero que no reflejan la individualidad de los mismos—, la expresión "cultura" expresa el "espíritu" de un pueblo diferenciado de los demás, individualizado, interiorizado y valorativamente más profundo. El advenimiento de las masas totalitarias en Europa al término de la Primera Guerra Mundial cuestionó la viabilidad de la cultura: ¿podría haber una cultura de masas? ¿Las masas serían capaces de tener cultura? Parecería tratarse de un oxímoron inviable:

> La cultura de masas portaba todos los atributos negativos vinculados, alguna vez, con el concepto de *Zivilisation*, a saber: superficialidad, homogeneidad, reproducibilidad, falta de durabilidad y falta de originalidad. La cultura de masas no es ni educativa ni transformadora; no forma el alma ni expresa el espíritu o el genio colectivo de un pueblo. Es mero entretenimiento y, en la frase memorable de Theodor Adorno, "el entretenimiento es traición" […] puesto que promete felicidad a las masas consumidoras que trasladan a la pantalla de Hollywood y a sus figuras la *promesse du bonheur* que el capitalismo avanzado siempre sostiene frente a sus narices y que jamás cumple.[12]

El contraste entre "cultura" y "civilización", cargado de prejuicios y sin duda con fuertes acentos elitistas, fue abandonándose para dar lugar a una concepción más igualitaria entre las culturas, en buena parte debido a los trabajos en el campo de la antropología social, entre otros, de Malinowski, Mead, Lévi-Strauss, "todos ellos críticos de los presupuestos culturales eurocéntricos", como afirma Benhabib. Sin embargo, este enfoque progresista que acompañaba el desarrollo de las democracias con un fuerte sentido igualitario tenía que convivir con visiones conservadoras que criticaron la hibridación cultural como fuente de conflictos e inestabilidades. Lo que habría que evitar a toda costa era el "choque de civilizaciones" (Huntington).

---

[11] Herder, Johann G., *Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad*, trad. de J. Rovira Armengol, Argentina, Losada, 1959. Ya Montesquieu hablaba de un "espíritu general" producto de factores tan diversos como el clima, la religión, las costumbres y las máximas aprendidas. También véase *El espíritu de las leyes*, México, Oxford University Press, 1999, p. 210.

[12] Benhabib, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura, cit.*, pp. 23-24.

Lo cierto es que, sean progresistas o conservadores, según Benhabib, ambos comparten el error de "esencializar" la idea de cultura y derivar hacia una concepción reduccionista de las mismas: las culturas no son totalidades fácilmente delineables, no son incontrovertibles y entre los diferentes grupos que las integran surgen conflictos y tensiones muy significativos.

Benhabib defiende un constructivismo social en el que la perspectiva que se asuma sea la del participante y no la del observador social. La visión narrativa de los participantes de la cultura: "experimentan sus tradiciones, historias, rituales y símbolos, herramientas y condiciones materiales de vida a través de relatos narrativos compartidos, aunque también controvertidos y factibles de ser rebatidos".[13] Formar parte de una cultura significa "estar dentro de ella", pero estar dentro no significa minimizar las diferencias, o considerarlas irreales o pasajeras.

De lo que se trata es de comprender la totalidad de las circunstancias de la cultura, abrirse al otro, reconocerlo y escuchar su voz. Bajo estas premisas, Benhabib rechaza lo que llama "multiculturalismo mosaico" o "fuerte", abogando porque "la justicia intercultural entre grupos humanos debería defenderse en nombre de la justicia y la libertad y no de una elusiva preservación de las culturas". Lo que demanda la igualdad democrática es la creación de:

> […] instituciones imparciales en la esfera pública y en la sociedad civil en las que la lucha por el reconocimiento de las diferencias culturales y la disputa por los relatos culturales puedan llevarse a cabo sin dominación.[14]

En línea con la ética comunicativa o ética del discurso de Habermas, Benhabib coincide en que todos los que pudieran ser afectados por las consecuencias normativas y los arreglos institucionales puedan ser participantes en un discurso práctico. Los propios participantes acuerdan un par de principios que fungen como rectores de la actividad humana: el principio de respeto universal y el de reciprocidad igualitaria. A diferencia de Rawls, tales principios no deben comprenderse como restricciones idealizadas sobre el contenido del discurso, lo que limitaría la agenda de conversación abstrayéndose de la identidad de los individuos, sino como condiciones que hacen viable un *universalismo interactivo* donde "puedo aprender quién es (son) el (los) otro(s) solo a través de sus relatos de autoidentificación" y así tomar conciencia de la *otredad de los otros*, sin que prevalezca un relato dominante.

---

[13] *Ibidem*, p. 29.

[14] *Ibidem*, p. 34.

El nacionalismo sería una forma clara de discurso esencialista, hegemónico, dominante y excluyente, lo que Benhabib incluiría dentro de un *multiculturalismo mosaico.* Pero, ¿sería posible intentar reconducir el nacionalismo hacia una propuesta más liberal? ¿Es posible un nacionalismo liberal acorde, quizás, con un multiculturalismo moderado? Will Kymlicka intenta dar respuesta a estos interrogantes.

Es un principio fundamental del liberalismo, en palabras de Kymlicka:

> […] que el Estado debe tratar a todos los individuos sujetos a su autoridad con igual consideración y respeto […] Del mismo modo en que hay una separación entre Iglesia y Estado, según la cual el Estado ni asiste ni impide la capacidad de los grupos religiosos de reproducirse, debe haber una separación entre el Estado y los grupos etnoculturales.[15]

Lo cierto es que las democracias liberales reales no permanecen neutrales; muy por el contrario, instrumentan "extensas campañas de construcción nacional", intentando promover en el territorio del Estado un sentido de nacionalidad común. Sin embargo, a diferencia de los nacionalismos no liberales, el nacionalismo liberal no pretende que el Estado se convierta en propiedad de un grupo o etnia dominante o supremacista. Kymlicka sintetiza en nueve las diferencias entre uno y otro nacionalismo:

1. *Grado de coerción.* Sin duda, en los Estados liberales existen aspectos coercitivos que presionan a los inmigrantes para que se integren a la sociedad, desde el aprendizaje de la lengua hasta el tiempo de residencia, y condiciones laborales restrictivas, pero las sanciones para aquellos que permanecen fuera del grupo dominante tienden a ser menos severas y las condiciones más flexibles.
2. *Concepción del espacio público más restringida.* O, a la inversa, una concepción más expansiva del espacio privado en donde las diferencias se toleran. Es probable que en los Estados liberales se exija hablar en el idioma oficial en instancias gubernamentales, pero es improbable que pongan restricciones de idioma en las asambleas sindicales, en las iglesias, en clubes o aun en las mismas universidades.
3. *No prohibición de discursos desafiantes de una identidad nacional privilegiada.* En los Estados liberales no se acostumbra prohibir los discursos y movilizaciones contra alguna identidad hegemónica. El espacio público puede ser usado para expresiones nacionales diversas y contestatarias.

[15] Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales,* trad. de Karla Pérez Portilla, Madrid, Trotta, 2006, pp. 51 y 52.

4. *Concepción más amplia de la comunidad nacional.* En general, cualquier individuo perteneciente a una etnia, raza o religión en particular puede unirse a la nación si así lo desea. El Estado liberal no esencializa una cultura determinada obligando a una minoría a representar y asumir los símbolos y las costumbres dominantes.
5. *Adopción de una identidad nacional menos exigente.* Como consecuencia de las condiciones anteriores, los requisitos de admisión a la nación son muy débiles. Integrarse a la nación no requiere abandonar el apellido, la religión, las costumbres o prácticas recreativas, y las exigencias, como se decía en 1, tienden a ser muy flexibles.
6. *La nación tiene un valor instrumental.* La nación no es algo sagrado o absoluto. La nación no es esencialmente valiosa en sí misma, sino en la medida en que favorece las condiciones que realmente importan al individuo para el desarrollo de su autonomía personal: pasatiempos, proyectos, relaciones personales, recreación.
7. *Vocación cosmopolita.* En una nación liberal, la cultura societaria es abierta y plural integrando cualquier cosa que resulta valiosa de otras culturas. Hay un proceso de interacción y aprendizaje refractarios a la amenaza de "pureza" o uniformidad. Los nacionalistas liberales:

> […] quieren llegar a ser cosmopolitas en la práctica, en el sentido de aceptar el intercambio cultural, pero sin aceptar la ideología cosmopolita que niega que el pueblo tenga vínculos profundos con su propia lengua y comunidad cultural.[16]

8. *La identidad nacional no debe ser excluyente.* Se puede ser un verdadero canadiense, ejemplifica Kymlicka, y sentirse al mismo tiempo miembro de la nación irlandesa o vietnamita. Nada impide las celebraciones de las fiestas nacionales o las manifestaciones públicas de identidad: no prohibir "izar la bandera irlandesa en una propiedad privada".
9. *Reconocimiento oficial y compartir espacio público con minorías.* "Los grupos territorialmente concentrados que fueron incorporados en contra de su voluntad al Estado no pueden ni deben ser forzados a adoptar la identidad nacional de la mayoría". Hay un reconocimiento explícito de los pueblos al autogobierno, a sus autoridades y costumbres jurídicas.

Las diferencias propuestas por Kymlicka acercan el multiculturalismo, y aun el nacionalismo, a concepciones liberales democráticas, pero sobre todo igualitarias. Se excluyen los extremos en términos de un nacionalismo

[16] *Ibidem*, p. 57.

dominante y de un liberalismo libertario ajeno a las condiciones históricas y sociales de los individuos, en tanto pertenecientes a grupos o colectivos culturalmente identificados.

III. Derechos sociales y derechos etnoculturales

¿Cuál es el reto que plantea la diversidad etnocultural a los derechos humanos? ¿Son suficientes los derechos individuales como fundamento para todos los grupos incluyendo las minorías? Antes de dar respuesta a estas preguntas recordemos brevemente la propuesta liberal en su vertiente igualitaria.

Desde el enfoque liberal igualitario, la protección y garantía de los intereses y necesidades de los individuos, a través de los derechos sociales, son una condición necesaria para el desarrollo y ejercicio de la autonomía y dignidad personales. Si revisamos la tipología de derechos sociales contenida en los documentos jurídicos, encontramos:

1. Derechos sociales entendidos como *libertades*: derecho a fundar sindicatos y a afiliarse libremente a ellos, derecho de huelga, etcétera. Estos derechos sociales pueden analizarse de la misma manera que se hace con respecto a otras libertades, libertad de expresión o libertad de circulación, por ejemplo. El núcleo básico de unos y otros es el mismo, a saber: el derecho a la ausencia de impedimentos en la realización de ciertas acciones.
2. Derechos sociales como *prestaciones*: el núcleo normativo de estos derechos es que el sujeto tiene un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes —derecho a una vivienda—, que se le presten ciertos servicios —educación, salud— o que perciba una asignación económica —pensiones, subsidios—.
3. Derechos sociales como *estatus legales*: cuando dadas ciertas condiciones de los sujetos —huérfano, jubilado, familia numerosa, menor de edad, edad avanzada, etcétera—, el ordenamiento contempla ciertas prestaciones sociales, beneficios económicos o exenciones de cargas.
4. Derechos sociales como *bienes públicos*: ciertas aspiraciones a la existencia de estados de cosas buenos o deseables, como el derecho a un medioambiente limpio o a gozar de los beneficios del progreso científico o del patrimonio cultural.[17]

[17] Laporta, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 298-300.

De esta tipología podemos extraer dos corolarios. Un primer corolario interesante es que, desde un punto de vista estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los llamados derechos civiles y políticos. No es correcto decir, sin más, que los derechos sociales son derechos de prestación, mientras que los derechos civiles y políticos son derechos de libertad. Entre los derechos sociales encontramos libertades en sentido estricto, como el ya mencionado derecho a afiliarse libremente a los sindicatos, pero también entre los derechos civiles más básicos encontramos derechos de prestación, como el derecho a un juicio imparcial. Y también los derechos políticos, entendidos como derechos de sufragio activo y pasivo, solo pueden existir en el marco de una compleja organización electoral que, entre otras cosas, confiera derecho al estatus legal de "ciudadano".[18]

Creo que a estas alturas no se necesita insistir más en la idea de que la dualidad irreconciliable entre libertad negativa y libertad positiva —para dar cuenta de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, respectivamente— se presenta como un binomio conceptual simplificador de una realidad interdependiente y compleja. No sabría decir hasta qué grado propuestas como las de Isaiah Berlin,[19] en aras de la claridad, han abusado del efecto didáctico de las tensiones antinómicas en detrimento de una explicación más fina y más acorde con la realidad.

Un segundo corolario tiene que ver también con el abuso de las tensiones antinómicas. Se ha querido llevar la oposición entre el "principio de libertad *vs*. el principio de igualdad" al terreno de la justificación de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales; y, de paso, calificar a los partidarios de la primera justificación como de "derechas" y a los de la segunda como de "izquierdas".

Creo, más bien, que la mera distribución igualitaria de bienes y recursos carece de una justificación independiente: la idea de extraer recursos o bienes de una persona para transferirlos a otra simplemente para que ambos reciban una idéntica cantidad carece de justificación. Si esta redistribución no tiene como objetivo algo que vaya más allá de la mera igualdad de recursos no se sostiene.[20]

Así lo entendieron igualitaristas como Ronald Dworkin, Amartya Sen o Carlos S. Nino: la igualdad de recursos, de riqueza, de bienes primarios, de

[18] *Ibidem,* p. 301.

[19] Véase Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

[20] Véase Laporta, Francisco, "Los derechos sociales y su protección jurídica…", *op. cit.*, p. 307.

necesidades, de capacidades básicas, es necesaria en la medida en que sirve para alcanzar la igual consideración y respeto de las personas (Dworkin), la libertad para promover en nuestras vidas objetivos que tenemos razones para valorar (Sen), la libertad para elegir, organizar y ejecutar nuestros planes de vida (Nino). El acceso a bienes y recursos se presenta entonces como una condición necesaria, aunque no suficiente, para el logro de una vida autónoma y digna. Existe, de nueva cuenta, una unidad compleja entre derechos civiles y políticos y derechos sociales; una suerte de influencia recíproca y convivencia continua que neutraliza cualquier pretensión de apropiación de los mismos por la derecha o por la izquierda.

En los Estados democráticos modernos, la constitucionalización es la instancia en la que suele diseñarse el tipo de poder estatal al que se encomendará la protección de los derechos. Tal proceso de constitucionalización también ha incorporado los derechos humanos consagrados en las disposiciones normativas internacionales. Si aceptamos los dos corolarios ya mencionados, entonces podemos inferir un par de consecuencias importantes en términos de obligaciones estatales, tanto genéricas como específicas.

Con respecto a las primeras, las obligaciones genéricas, estamos lejos ya de la concepción libertaria que las reducía exclusivamente a obligaciones de respeto. Se trata, también y principalmente, de *proteger, garantizar* y *promocionar*, pero entendidas estas obligaciones en una suerte de *continuum* que va desde el respeto hasta la promoción tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales. Así, a manera de ejemplo, considerando el derecho prestacional a la alimentación:

> La obligación de respetar el derecho a la alimentación es una clásica obligación negativa, en cuanto impone al Estado abstenerse de cualquier medida que pueda obstaculizar el ejercicio de este derecho o dificultar el acceso a la comida. La obligación de proteger exige, en cambio, que el Estado trabaje activamente para reglamentar la conducta de los actores no estatales, ya sean empresas o privados, con el fin de que estos no impidan a terceros tener acceso a una alimentación adecuada. De esto proviene la ulterior obligación de garantizar recursos efectivos en caso de violación de este derecho. Por último, la obligación de garantizar el derecho a la comida requiere una acción positiva del Estado, dirigida a identificar a los grupos vulnerables y a realizar políticas que faciliten el acceso a estos grupos a una alimentación adecuada, favoreciendo su capacidad de satisfacer sus propias necesidades alimentarias.[21]

[21] Forzi, Flavia, "Derecho a la alimentación", en Ansolabehere, Karina y Flores, Marcello, *Diccionario Básico de Derechos Humanos. Cultura de los Derechos en la Era de la Globalización,* México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad de Turín, 2009, pp. 38 y 39.

Una segunda consecuencia tiene que ver con obligaciones específicas o principios rectores para los Estados:

a) Adoptar las medidas que sean necesarias.
b) Las víctimas de violaciones a estos derechos deberán contar con *recursos judiciales efectivos,* así como una reparación adecuada.
c) Un Estado que no utiliza y que no está dispuesto a utilizar *el máximo de recursos disponibles* incurre en violación. En cualquier caso, corresponde al Estado demostrar que ha hecho lo posible "por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones".
d) Los derechos consagrados en el PIDESC tienen una naturaleza *progresiva*. Esto supone "la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena *efectividad de los derechos*" y "*abstenerse de adoptar medidas regresivas*, las que en todo caso deberán ser aplicadas tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y en su caso debidamente justificadas".[22]

Tales obligaciones estatales, genéricas y específicas, deben entenderse, como decíamos, a la luz de la normatividad internacional para cada uno de los derechos sociales en cuestión.

Desde un punto de vista liberal igualitario, los derechos sociales y su satisfacción no solo deben entenderserse como condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Como decíamos más arriba, deben atrincherarse en el mismo cuerpo constitucional, en pie de igualdad con las libertades. Pero, ¿qué decir de los derechos colectivos[23] y, en concreto para este capítulo, de los llamados derechos etnoculturales?

Desde la perspectiva multicultural, Kymlicka piensa que la concepción liberal de los derechos humanos, aun la igualitaria, que incluye el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, no basta para garantizar la justicia etnocultural. Esto sobre todo en los Estados con minorías nacionales que operaban con sus propias instituciones, cultura y lengua concentradas en un territorio antes de ser incorporadas a un Estado mayor. Pensemos en el País

[22] González, Enrique, "El derecho a la salud", en Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 174 y ss.

[23] Para un desarrollo de los derechos colectivos en el ámbito internacional, véase Sauca Cano, José María y Wences Simon, Isabel, "Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Eunomía*, núm. 9, octubre de 2015, pp. 195 y ss.

Vasco, en los escoceses, los catalanes, los flamencos y los pueblos indígenas, estos últimos antes del encuentro con la cultura hispana.

Por justicia etnocultural, Kymlicka entiende: "la ausencia de relaciones de opresión y humillación entre diferentes grupos etnoculturales".[24] Tres ejemplos ilustran la insuficiencia de la teoría liberal para proteger adecuadamente los intereses de las minorías nacionales y sus derechos:

1. *Las políticas internas de migración y asentamiento.* Es un hecho que se ha operado históricamente un desplazamiento de los nuevos inmigrantes hacia el territorio histórico ocupado por las minorías nacionales. Esta situación ha generado graves injusticias y resistencia de estas últimas a tales movimientos de ocupación. Para Kymlicka no existe nada en la doctrina de los derechos humanos que prohíba estas políticas de asentamiento. La resolución 2189 de la ONU (1967) condena los intentos colonizadores aplicables a las colonias de ultramar pero no a las minorías nacionales ya incorporadas. Por tanto, se debe hacer valer un derecho grupal o colectivo de la minoría a su tierra y a su cultura. Lo paradójico es que las democracias occidentales imponen restricciones a los inmigrantes a su país por la misma razón por la que las minorías nacionales tratan de restringir la inmigración a su territorio, precisamente por la amenaza que representan para su sociedad y su cultura.
2. *Los límites y los poderes de las subunidades políticas internas.* Los límites territoriales para las minorías nacionales han sido trazados, en muchos casos, para restarles poder político. Ello con la intención de imposibilitar una política coordinada o restarle fuerza numérica subsumiéndolas en una unidad política mayor y, de esta manera, suprimir los mecanismos tradicionales de autogobierno e impartición de justicia. La usurpación de poder es una injusticia. Lo que se requiere es garantizar a los pueblos su derecho a un autogobierno y el derecho de veto sobre cuestiones que afectan su supervivencia cultural.
3. *La política lingüística oficial.* Las lenguas no pueden sobrevivir mucho tiempo, a no ser que se utilicen en la vida pública. La imposición de una lengua oficial para los asuntos públicos, incluida la educación, contribuye a la desaparición de la lengua materna y con ella a la de la propia identidad cultural. Esto contribuye a una fuente de grandes injusticias. Las minorías que buscan igualarse en las oportunidades y

[24] Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 2003, cap. 4.

> los derechos humanos han mostrado su insuficiencia para frenar las imposiciones de festividades públicas, currículos escolares, símbolos nacionales y hasta códigos de vestimenta.

Con respecto al valor de las lenguas, hay que admitir que en general los liberales han sido muy proclives a reconocerles solo un valor instrumental y no sustantivo. Con Kymlicka se debe afirmar que la lengua también constituye una precondición necesaria para decidir autónomamente nuestro plan de vida: requerimos de un contexto de elección que tiene que ver con nuestra cultura y su narrativa histórica, y que se expresa en una lengua particular. Pero además, como bien señala Francisca Pou:

> […] la participación en una comunidad cultural o lingüística no debería verse tanto como una precondición del ejercicio de la autonomía individual, sino más bien como su *resultado:* constituiría el *objeto* de elección de un individuo, un elemento integrador de la idea de vida buena con la que una persona decide comprometerse. […] es importante no solo como contexto necesario para elegir con sentido (cosa que otra lengua podría proveer), sino como parte constitutiva de la clase de vida que como individuos deseamos llevar.[25]

Lo que parece que resulta claro en Kymlicka es que sería un grave error privilegiar los derechos colectivos de las minorías o de los pueblos por encima de los derechos liberales, individuales o sociales: los derechos pertenecientes a una minoría pueden resultar violados tanto por los propios dirigentes de su grupo como por el gobierno de la mayoría, propiciándose una dominación hacia el interior del grupo.

Inspirado en autores como Rawls, Kymlicka piensa que la justicia exige compensar o eliminar, si fuera posible, las desventajas producto de una lotería natural; no solo las desigualdades correspondientes a la raza y a la clase social, sino también las derivadas de la misma diferencia cultural: habría una desventaja de origen para los nacidos en culturas que no garantizaran la misma capacidad para vivir y trabajar en su propia lengua o cultura *vis-à-vis* la cultura mayoritaria o dominante.

---

[25] Pou, Francisca, "Contra la lengua invisible. Una discusión sobre la importancia normativo-legal de la pluralidad lingüística", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Tolerancia y pluralismo*, México, Coyoacán, 2005, pp. 249 y 250. Para Pou, y creo que un liberal igualitario, no tendría nada que objetar: "A las lenguas y a la diversidad cultural también se les puede reconocer un valor intrínseco", como, de acuerdo con Dworkin, se les reconoce a las obras de arte, las especies naturales, las culturas humanas… independientemente de lo que desean o necesitan. *Ibidem*, pp. 252-253.

Los liberales, afirma Kymlicka, se han mostrado muy resistentes frente a aquellas "restricciones internas" que algunos miembros del propio grupo imponen hacia el interior del mismo. En general se han mostrado tolerantes para no incurrir en una suerte de paternalismo o perfeccionismo injustificados, en la medida en que podría significar cierta invasión de la privacidad de los mismos individuos que conforman el grupo en cuestión. Sin embargo, han defendido ciertos derechos minoritarios estableciendo "protecciones externas", es decir, barreras en defensa de minorías desaventajadas frente a la dominación del grupo mayoritario con el cual deben convivir.

Mucha tinta ha corrido sobre este debate en torno a la justificación o no de los derechos sociales y etnoculturales. Por momentos da la impresión de que varias de las críticas de los multiculturalistas, en la versión moderada que hemos presentado en Villoro, Benhabib y Kymlicka, no terminan de aceptar la fuerte imbricación que existe entre derechos liberales y sociales, como hemos señalado más arriba, sobre la base de una teoría de los intereses y necesidades. El liberalismo igualitario, reitero, aceptaría una a una todas las críticas del multiculturalismo dirigidas a la versión libertaria, que se construye a partir de un individualismo metodológico, a los derechos entendidos únicamente de forma negativa y a la neutralidad del Estado.

Por otra parte, el derecho de los individuos a una identidad histórica y cultural, así como el derecho de acceso a los bienes públicos y el reconocimiento de derechos en razón de su estatus se han ido incorporando poco a poco —y en ocasiones con grandes resistencias— al elenco de los derechos sociales. Por supuesto, el ejercicio de los mismos puede accionarse de manera personal o colectiva y, en este punto, los instrumentos jurídicos, a buena hora, se han sofisticado y multiplicado; también es claro que el reconocimiento de las diferencias y la pluralidad en un ejercicio deliberativo incrementa la capacidad epistémica de la democracia; pero una cosa es entender el *ejercicio* de los derechos y otra, su titularidad. Esta última, para un liberal, corresponde exclusivamente a cada uno de los individuos.

IV. *Excursus.* Migración, fronteras y refugiados

En este *excursus* quiero centrar mi atención en algunas ideas desarrolladas por el filósofo italiano Ermanno Vitale en torno al problema de la migración y las nociones de ciudadanía y fronteras. El "debate sobre las fronteras" ha representado sin duda otro ajuste de tuercas para el liberalismo *vis-à-vis* el multiculturalismo.

Vitale parte de tres tesis básicas relacionadas entre sí: 1. el individualismo ético; 2. la comprensión de que cada individuo, en cuanto ser humano, es el titular de los derechos fundamentales, y 3. la idea de que las libertades y oportunidades deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación alguna.

De acuerdo con la primera tesis, y sintetizando lo dicho más arriba, los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen. Es más, los grupos valen solo por y en virtud de los individuos que los componen.

En tal sentido, y de acuerdo con la segunda tesis, la mejor defensa de las minorías culturales o de los migrantes es la superación del relativismo cultural y la afirmación del individuo como agente moral y sujeto de derechos fundamentales. Estos derechos corresponden universalmente a todos los seres humanos y, en cuanto tales, son inalienables e intransigibles o no negociables.

Entre tales derechos se encuentra el *ius migrandi*, es decir, el derecho de toda persona a la migración internacional como una extensión del derecho a la libre circulación, no reservada en exclusividad a los ciudadanos. Entre los posibles migrantes, los hay en condiciones de sufrimiento y humillación, los "más débiles" en la expresión que Vitale toma de Ferrajoli (el refugiado, el marrano, el deportado, el autodeportado, el autosegregado).[26] A estos, el derecho, tanto en el ámbito nacional como internacional, de acuerdo con la tercera tesis, debe garantizarles sus libertades y oportunidades en condiciones de igualdad.

Para entender adecuadamente la importancia de estas tres tesis en el pensamiento de Vitale, y en especial del *ius migrandi* como derecho fundamental de todo individuo, vale la pena pensar un poco en la figura del refugiado. Como el personaje ficticio de H. Arendt, tras haber sido 150% alemán, 150% vienés y 150% francés, Mr. Cohen no es nada:

> […] la concepción de los derechos del hombre [dice Arendt], basada en la existencia supuesta de un ser humano como tal, fracasó cuando los que la profesaban se encontraron por primera vez ante hombres que habían perdido realmente toda cualidad y relación específica —a excepción del puro hecho de ser humanos—.[27]

Por supuesto, hay buenas razones para compartir el pesimismo de Arendt, pero se equivoca en el diagnóstico. Es precisamente la categoría

---

[26] Vitale, Ermanno, *Ius migrandi,* trad. de Piero Dal Bon e Isabel Fernández Giua, Barcelona, Melusina, 2006, pp. 14 y ss., y *Derechos y paz. Destinos individuales y colectivos*, trad. de Pedro Salazar Ugarte, México, Fontamara, 2004, pp. 111 y ss.

[27] *Cit.* por Lucas, Javier de, *El desafío de las fronteras,* Madrid, Temas de Hoy, 1994, pp. 209 y 210.

de refugiado, en el ámbito de un pensamiento neoilustrado, la que mejor ha encaminado a la comprensión del *ius migrandi* y a revalorar la noción misma de derecho fundamental. En palabras de Javier de Lucas:

> […] quien no tiene ningún derecho, porque no es ciudadano de ninguna parte y renuncia a la trampa de la asimilación, es el auténtico sujeto universal, y si el fenómeno adquiere dimensiones de masa, con mayor razón. En ese sentido, deberá ser el sujeto primario de los derechos humanos, pues, si estos son los derechos universales, los del hombre sin más, el modelo por excelencia sería precisamente quien no tiene más que su condición de hombre, el refugiado.[28]

Bajo tales supuestos, no es difícil comprender que para Vitale, la única clase de ciudadanía compatible con el *ius migrandi* no es la que se obtiene por la sangre o por el nacimiento, que no es sino un accidente natural, mucho menos por la pertenencia a una etnia o a una religión determinada, todas ellas expresiones de una concepción organicista y naturalista de la ciudadanía, sino más bien por la clase de ciudadanía que corresponde a una sociedad civil ilustrada, la individualista y artificial, como es la que se obtiene, por ejemplo, por el solo hecho de la residencia.

Tal tipo de razonamiento toma distancia del liberalismo conservador y libertario, así como del comunitarismo y de algunas expresiones extremas del republicanismo, pero tengo algunas dudas con respecto a las críticas de Vitale al liberalismo multiculturalista, por ejemplo, en un autor como Kymlicka.

Mis dudas comienzan con la misma concepción de individualismo y de autonomía que emplea Vitale. Por lo que he dicho anteriormente, todo indica que estamos en presencia de un individualismo ético y de una concepción igualitaria de la autonomía; sin embargo, no faltan ocasiones en que parece defenderse un individualismo metodológico más comprometido con una visión atomista de los individuos, desde una concepción de la autonomía espontánea y sin ataduras. En su crítica a Kymlicka, y en concreto a su idea de "sociedad liberal más extensa", Vitale afirma:

> Pero esta sociedad más extensa no es, una vez más, esa sociedad civil cuya forma a un mismo tiempo atomística y asociativa —o, si se prefiere, competitiva y cooperativa— ha sido reelaborada a partir de Hegel, por autores como Habermas y Bobbio, sino básicamente una comunidad ético-política

[28] *Ibidem*, p. 209.

> nacional que puede a su vez estar constituida o no —ello depende de meras contingencias históricas— por un mosaico de comunidades particulares.[29]

Creo que el individualismo ético no debe confundirse con el individualismo atomista ni con una versión espontánea de la autonomía. Lo que se le exige a un liberal no es que no pueda ser o no deba estar influenciado por un grupo, adoptar una comunidad y pertenecer a determinada tradición, que valora como positivas, sino que tal pertenencia no sea una imposición forzada y que pueda en el seno de la propia comunidad examinar esa pertenencia y determinar si ha de continuar en ella o abandonarla. Es probable que esta concepción de la autonomía se acerque a la idea de "ausencia de dominación", *a la Pettit*, poniendo el acento en la posibilidad de la disidencia interna, y no comprometida solamente con una justicia distributiva, pero en todo caso, se separa claramente del "yo sin ataduras" y del atomismo competitivo, y asume claramente el problema del multiculturalismo en los términos de Kymlicka, quien no ha claudicado de los derechos liberales en aras de una concepción holista en el caso de un conflicto entre ambos.

Pero concedamos que mi apreciación sobre alguna ambigüedad en Vitale sobre su concepto de individualismo y de autonomía pueda ser errónea y ubiquémonos plenamente en el contexto de un liberalismo igualitario. Kymlicka, él mismo un liberal igualitario, lanza un primer reto interesante a este tipo de liberalismo cuando sostiene que los principios del liberalismo igualitario, es decir, la teoría sobre la igualdad moral de las personas y la titularidad de los derechos fundamentales en cada individuo por igual, incluidos los derechos sociales, quedan comprometidos, en aras de la coherencia teórica, con la defensa de la tesis de las fronteras abiertas. Un liberal coherente debe aceptar que "…aunque los Estados puedan conservar sus límites territoriales estos no deben constituir obstáculos para la movilidad; y el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no debe depender del lado de la frontera en que se haya nacido".[30]

Esta tesis, como es obvio, supondría un distanciamiento muy radical de la práctica de las democracias liberales más consolidadas. Kymlicka, como ya hemos visto, nos recuerda que el mismo Rawls no intentó siquiera aplicar los principios del liberalismo igualitario a la cuestión de las fronteras y de la pertenencia, sino que Rawls asume que estos temas han sido resueltos con anterioridad a su propuesta teórica.

---

[29] Vitale, Ermanno, "¿Sociedad civil o comunidad ética?", en Sauca Cano, José María y Wences Simon, María Isabel (eds.), *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías*, Madrid, Trotta, 2007, p. 156.

[30] Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales, cit.*, pp. 37 y 38.

El segundo reto, que Kymlicka lanza para los liberales igualitarios, tiene que ver con el trazado de las fronteras. No hay que insistir en el carácter ilegítimo a lo largo de la historia en el trazado de las mismas. Un liberal no debería dar ningún peso moral a las fronteras existentes; más bien debería permitir a la gente redefinirlas sobre la base de valores morales y constitucionales legítimos. Los liberales, y por supuesto incluyo a Vitale, han rechazado sistemáticamente cualquier propuesta de construcción anárquica de sociedades sin Estado y sin fronteras y han tratado, en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, justificar una concepción de ciudadanía incluyente.

Sin embargo, el binomio ciudadano-extranjero con límites fronterizos es la realidad aceptada en cualquier democracia liberal aun cuando se hable de fronteras extendidas o en expansión, como es el caso de la Unión Europea, en el que el extranjero se categoriza como "extracomunitario".

Vitale, ciertamente, está muy lejos de querer evadir los problemas y sus argumentos son muy poderosos en defensa del *ius migrandi,* desde un punto de vista normativo. Reivindicar el derecho de migración como un derecho de la persona debe servir como una *idea reguladora* de las políticas migratorias, de acuerdo con una política razonable. Me permito citar un párrafo extenso:

> Reivindicar que el derecho a la migración debe ser un derecho de las personas no significa negar que los flujos migratorios deban ser regulados: significa que los flujos deben regularse con la finalidad de favorecerlos, eligiendo y no impidiendo (sobre la base del culturalismo que ha reemplazado al racismo) las migraciones de las personas y, mucho menos, permitiendo su gestión como si se tratara de mercancías o de recursos a disposición de los procesos económicos (como una fuerza de trabajo que carece de derechos fundamentales). Por ejemplo, significa reconocer a los inmigrantes «extracomunitarios» la posibilidad «razonable» de obtener la ciudadanía de una Unión Europea que supuestamente se inspira en los valores liberal-democráticos: razonable quiere decir después de una permanencia relativamente breve en el territorio con un trabajo estable y regular. Quizá no baste solamente con un año, como lo exigía la constitución jacobina del año III (1793), pero un periodo de cinco años podría ser razonable.[31]

Se le podría proponer a Vitale dar un paso más desde la perspectiva de la normatividad jurídica internacional y, utilizando sus propias premisas a

[31] Vitale, Ermanno, "Ciudadanía, ¿último privilegio?", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005, p. 474.

partir del reconocimiento del derecho del más débil, considerar las obligaciones exigibles a los Estados para el respeto, protección y satisfacción de los derechos sociales, ahora aplicables a los migrantes. Me refiero a la obligación que se impone a los Estados de:

1. Adoptar las medidas que sean necesarias con recursos judiciales efectivos en caso de incumplimiento.
2. Utilizar el máximo de recursos materiales disponibles.
3. Comprender que los derechos de los migrantes tienen una naturaleza progresiva.
4. Que los Estados deben abstenerse de adoptar medidas regresivas.

Tales obligaciones tienen sentido si se asume una concepción que vaya más allá de los enfoques soberanistas. Para estos enfoques, la política migratoria está basada en el principio de soberanía nacional y, por tanto, el Estado puede determinar libremente el alcance de su propia política migratoria. ¿Qué política seguir con respecto a los refugiados?

Desde luego que existen potestades discrecionales en materia de derecho de asilo, pero no puede admitirse, desde el enfoque del *ius migrandi,* que la discrecionalidad sea absoluta en cada una de las facultades que ejerce la autoridad a lo largo del procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado o asilado. Afirmar esto sería tanto como decir que no existe ninguna obligación del Estado en materia de protección de refugiados.

Desde un punto de vista liberal igualitario, el *ius migrandi*, que supone el reconocimiento del derecho a la libre circulación de los migrantes, debe poner límites muy precisos al ejercicio de la soberanía estatal. En la Declaración de Cartagena de 1984 se reconoce que el refugiado es un extranjero que se interna temporalmente en el país:

> […] para proteger su vida, seguridad o libertad, cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen, que lo hayan obligado a huir a otro país.[32]

[32] Véase Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el "Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, apdo. III, tercera conclusión. Esta misma definición de refugiado, y ampliada con otros supuestos, se incluye en la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, *Diario Oficial de la Federación,* México, 27 de enero de 2011, artículo 13.

El derecho del refugiado a pedir asilo se corresponde con el principio de no devolución por parte del Estado, previsto en distintos instrumentos internacionales como una obligación de los Estados que han ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, por el cual:

> […] ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en la frontera de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.[33]

Ningún solicitante de refugio puede ser devuelto al país donde corre peligro su vida si no ha sido adecuadamente analizado su caso, con pleno respeto al derecho al debido proceso.

Dicho lo anterior, no deja de ser irónico, como bien lo ha señalado Javier de Lucas, que hoy día nos instalemos complacientemente en un mundo globalizado en términos de desterritorialización y, al mismo tiempo, nos aferremos a un severo control de fronteras, así como al olvido del principio de hospitalidad kantiano en el ámbito de las relaciones internacionales y a la terrible violación de los derechos humanos de los refugiados en términos de las necesidades más elementales.

Pese a las bondades manifiestas que conlleva la perspectiva normativa, lo que quizás se echa de menos es el aterrizaje más específico de estas ideas de acuerdo con innumerables factores empíricos, como son: la diversidad tipológica del migrante; los problemas internos en los Estados para la recepción de los mismos; las exigencias por lo que hace al conocimiento del idioma y a la inserción en una cultura dominante, o la escasez de recursos para la aceptación de migraciones masivas.

Quizás todo ello nos lleve a pensar en una estrategia metodológica distinta para abordar los problemas de migración, ciudadanía y fronteras, a saber: analizar las democracias liberales reales, observar las prácticas que han desarrollado a lo largo del tiempo, ver si es posible identificar alguna racionalidad normativa para tales prácticas[34] y, finalmente, contrastar tal racionalidad con nuestras convicciones y principios normativos universales, en una suerte de "equilibrio reflexivo", como proponía Rawls.

---

[33] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 33; adhesión de México, 7 de junio de 2000.

[34] Véase Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales, cit.*, p. 43.

Capítulo sexto

JUSTICIA COMO IGUALDAD SOCIALISTA

La historia de las ideas socialistas es, sin duda, una de las más fascinantes, complejas e imprescindibles para comprender el pensamiento político, económico, jurídico y filosófico desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días.[1] La familia socialista es muy variada y los calificativos también: utópica, científica, anarco-sindicalista, comunista o real, de mercado, democrática, cristiana, feminista; o bien, caracterizaciones que se desprenden desde las diversas internacionales socialistas —con sus pugnas internas— hasta el Foro de Sao Paulo y la crítica al neoliberalismo; así como las variantes más personalizadas —estalinista, trotskista, maoísta, fidelista, guevarista, allendista, chavista-bolivariana— o geográficamente localizadas —socialismo africano, islámico, latinoamericano. No alcanzaría una vida para adentrarse en todas sus variantes. Mi selección será sin duda muy parcial —temporalmente limitada a algunas expresiones contemporáneas— y con el acento puesto en la problemática de la justicia y los derechos humanos.

Durante mucho tiempo, como señala Gargarella, la izquierda marxista asumió que la clase obrera constituía la mayoría de la sociedad, generaba la riqueza de la misma, representaba a la clase explotada, se superponía con el grupo de los "necesitados", no perdía nada con la revolución, y tenía la misión de transformar a la sociedad liberando las fuerzas productivas y ubicándola en la antesala del comunismo. Con la crisis del socialismo real en 1991 y los cambios en un contexto de globalización, muchas de las críticas que venían gestándose desde el siglo XIX, y que se prolongaron a lo largo del siglo XX, fueron mostrando una a una las limitaciones o, simplemente, la falsedad de sus premisas. La clase obrera ya no constituía una mayoría, no producía toda la riqueza social, no era la única explotada, no se identificaba necesariamente con los más necesitados, podía perder mucho con la revolución y resultó muy cuestionable que el comunismo significara una

[1] Los varios volúmenes dedicados a la *Historia del pensamiento socialista* de un clásico como G. D. H. Cole, desde *Los precurosres* (1789-1850) hasta *Socialismo y fascismo* (1931-1939) constituyen una lectura obligada para quien esté interesado en conocer a fondo la evolución del socialismo en sus primeros 150 años de existencia.

sociedad hiperproductiva.[2] Los problemas de la moral se insertaban de esta manera en las reflexiones del socialismo, y no sólo a partir del "descubrimiento" o reivindicación del joven Marx en sus *Manuscritos*[3] y, en general, en sus primeros escritos, a través de nociones como las de "enajenación", "explotación" o "dominación", sino incluso en una crítica a fondo de su determinismo metodológico e histórico, en donde los derechos humanos deberían ser reconsiderados a partir de una sólida teoría de las necesidades básicas; la democracia representativa debía comprenderse no exclusivamente con un sentido instrumental sino también sustantivo; y en donde la misma idea de justicia resultaba ahora necesaria para dar cuenta de las promesas incumplidas. En este sentido, como afirma Tom Campbell, el cambio de énfasis llevado a cabo por los socialistas debía dirigirse hacia un tipo de existencia "en la que el libre desarrollo de cada uno sea la condición para el libre desarrollo de todos", en los propios términos de Marx y Engels, como puede leerse en el *Manifiesto del Partido Comunista*. Y ello, en la medida en que se comprendiera que no era suficiente la sola distribución de dinero o recursos en general "conforme a alguna ecuación mecánica":

> La justicia socialista tiene que ver con algo más que la rectificación de la conducta interpersonal dañina, la lucha por hacer más "equitativos" los sistemas económicos competitivos, y la instrumentación de una red de seguridad para los enfermos, los ancianos y los discapacitados. Se trata de entrar más bien en lo principios que organizan todas las actividades sociales, que se dirigirán a la satisfacción de las "necesidades" en un sentido lo suficientemente amplio como para abarcar todas las aspiraciones creativas y comunicativas del individuo plenamente desarrollado.[4]

A partir de este enfoque, centraré mi atención en dos propuestas contemporáneas, las de Max Horkheimer y Gerald Cohen, para concluir con algunas reflexiones en torno al socialismo democrático en dos de sus exponentes más preclaros en México, Carlos Pereyra y José Woldenberg.

I. Teoría crítica y anhelo de justicia

Hablar de teoría crítica remite inmediatamente a la Escuela de Frankfurt y a varios de sus representantes más ilustres, entre otros: Max Horkheimer,

---

[2] Gargarella, Roberto, *op. cit.*, pp. 104 y 105

[3] Sánchez Vázquez, Adolfo, *Filosofía y economía en el joven Marx (los Manuscritos de 1844)*, México, Grijalbo, 1982.

[4] Campbell, Tom, *op. cit.*, p. 199.

Theodor Adorno, Herbert Marcuse, un temprano Jürgen Habermas y un acompañante e inspirador siempre presente, Walter Benjamin. Nace como un Instituto de Investigaciones Sociales —inicialmente se llamaría "Instituto para el Marxismo"— con una vocación interdisciplinar, no atado, exclusivamente, al análisis económico. Son conocidas las etapas por las que transita la Escuela desde su creación en Alemania hasta el advenimiento nazi, su estancia en Estados Unidos y retorno final a Alemania en el periodo de posguerra. De entre sus representantes he elegido el pensamiento de Horkheimer por sus claras aportaciones y críticas a la concepción de la razón en tanto "razón instrumental" y el desarrollo de sus ideas, en una última etapa de su pensamiento, donde el tema central en varios de sus escritos será, precisamente, el de la justicia.[5]

En su *Crítica de la razón instrumental*,[6] producto de unas conferencias impartidas en 1944 en la Universidad de Columbia y reunidas posteriormente en un libro publicado en 1947 bajo el título *Eclipse de la razón*, Horkheimer —en diálogo permanente con Theodor Adorno— desarrolla una de las críticas más radicales a la razón occidental, caracterizada como razón instrumental. Esta razón, entendida bajo la lógica del "dominio" y de la "autoconservación", propia del llamado capitalismo tardío, tendrá resonancias también en otros representantes de la Escuela de Frankfurt, como es el caso de Marcuse con su idea del "hombre unidimensional", o de Habermas con la idea de "razón estratégica" en su *Teoría de la acción comunicativa*. En el prólogo fechado en 1946, Horkheimer señala los propósitos del libro: establecer un nexo entre el pensamiento filosófico en su hora actual y la "oscura perspectiva de futuro de la realidad". ¿Cuál es el concepto de "racionalidad subyacente a la industria cultural de nuestro tiempo"? Nos encontramos, afirma nuestro autor, situados ante un proceso creciente de deshumanización, en el que se percibe claramente que la autonomía del individuo se ha ido debilitando poco a poco en su capacidad de ofrecer resistencia al "aparato creciente de la manipulación de las masas".

Por lo pronto, para Horkheimer, la crítica de la razón instrumental no debe reconducirnos, en una suerte de nostalgia, a la razón metafísica como *afirmación* de un ser trascendente a partir de una razón objetiva y absoluta. Ésta ha sido la propuesta del neotomismo. El uso que hacen estos filósofos de categorías como causa, fin, alma o entidad es necesariamente acrítico. Y el reproche no se dirige tanto a Tomás de Aquino para quien tales catego-

---

[5] Horkheimer, Max, *Anhelo de justicia. Teoría crítica y religión*, ed. de Juan José Sánchez, Madrid, Trotta, 2000.

[6] Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, "Prólogo" de 1967, trad. de Jacobo Muñoz, Madrid, Trotta, 2002.

rías, en su época, "representaban conocimiento científico en el más alto grado", con la incorporación de Aristóteles a la teología occidental, sino a los tomistas contemporáneos que siguen usando las mismas categorías sin que representen ya "la columna vertebral del conocimiento científico" moderno. Tales absolutos metafísicos ya no resultan convincentes para el estado de la ciencia actual. Este desencuentro se traduce finalmente en una suerte de dogmatismo que termina ejerciendo un domino de la realidad y no una crítica de la misma. De igual manera, la crítica de la razón instrumental enfrenta otro tipo de dogmatismo racional a través de las diversas formas de positivismo con su propuesta de una hipóstasis de la ciencia y de sus métodos como explicación única de la realidad. Con todo, lo criticable del positivismo, no es el método científico en sí mismo, sino su incomprensión de que la ciencia es también un producto social y que, usada acríticamente, conduce al igual que el neotomismo, más pronto que tarde, a una "parálisis del pensamiento". Puesta al servicio de la sociedad para la que funciona:

> La filosofía positivista, que percibe el instrumento "ciencia" como motor automático del progreso, resulta tan confusa como otras glorificaciones de la técnica. La tecnocracia económica lo espera todo de la emancipación de los medios materiales de producción… El positivismo es tecnocracia filosófica. Hace de la fe exclusiva en las matemáticas condición indispensable para integrarse en los gremios de la sociedad.[7]

Y lo que es peor, el dogmatismo de la ciencia, el llamado "cientificismo", responde a una lógica perversa no orientada hacia la emancipación del ser humano, sino por el contrario, "puede ser utilizada también al servicio de las fuerzas sociales más diabólicas" y no resulta "menos estrecho de miras que la religión militante". Las barbaries del siglo XX así lo atestiguan, y no sólo por lo que hace al ejercicio instrumental de la razón llevado a su extrema burocratización en los campos de concentración, sino al mismo mal uso de la teoría marxista bajo el absolutismo comunista. En un prólogo posterior a su *Crítica de la razón instrumental*, fechado en 1967, Horkheimer denuncia también a los Estados comunistas —"que recurren a las mismas categorías marxistas a las que tanto deben mis propios esfuerzos teóricos"— por las falsas promesas de una aurora de la civilización, que "no están, ciertamente, más cerca de la irrupción de ese nuevo día que los países en los que, de momento al menos, aún no se ha extinguido la libertad del individuo".[8] En síntesis: "Tanto el positivismo como el neotomismo son

[7] *Ibidem*, p. 90.

[8] *Ibidem*, p. 41.

verdades limitadas, que ignoran la contradicción que entrañan sus principios. En consecuencia, uno y otro intentan atribuirse un papel despótico en el ámbito del pensamiento".[9] Ambos resultan ser dos "panaceas universales antagónicas", igualmente dogmáticas y acríticas.

¿Qué debemos entender, entonces, por crítica de la razón instrumental? Para responder a esta pregunta, me parece importante seguir la argumentación de Horkheimer como la desarrolla en su primera conferencia dictada en Columbia, "Medios y fines". Es una pieza ejemplar de la teoría crítica, que debe leerse, conjuntamente, con "Concepto del iluminismo", ensayo con el que abre el libro *Dialéctica del iluminismo*, escrito con Theodor Adorno.[10] Si este último tiene toda la fuerza retórica de un manifiesto, el primero tiene lo propio de un análisis pausado. Me centraré en "Medios y fines".

Conviene comenzar haciendo una distinción entre razón subjetiva y razón objetiva. La primera tiene que ver esencialmente con medios y fines, con la adecuación de los métodos y modo de proceder de los fines: "Unos fines que son más o menos asumidos y que presuntamente se sobreentienden".[11] Si existe alguna preocupación por los fines lo será en orden a la conservación del individuo, a su utilidad, pero no en razón de sí mismos. Cuando éstos se consideran bienes deseables por sí mismos, su comprensión corresponderá a la razón objetiva. Desde el punto de vista de la racionalidad subjetiva, de la razón "formalizada" o, para decirlo de una vez, "instrumental"; no hay ningún fin racional en sí, o, en otros términos, "no hay realidad singular alguna que pueda aparecer como racional *per se*". Para Horkheimer, la crisis contemporánea de la razón

> […] radica fundamentalmente en el hecho de que, llegando en su evolución a una determinada etapa, el pensamiento o bien perdió por completo la capacidad de concebir tal objetividad, o bien comenzó a combatirla como un espejismo. Este proceso vino poco a poco a afectar hasta el contenido objetivo de todo concepto racional.[12]

Se ha operado el tránsito de una razón desinteresada a una razón egoísta. Con palabras que resuenan en nuestros días, se pregunta Horkheimer, ¿cuáles serían entonces las consecuencias de la formalización de la razón? Y responde:

---

[9] *Ibidem*, p. 106.

[10] Horkheimer, Max y Adorno, Theodor W., *Dialéctica del iluminismo*, trad. de H. A. Murena, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1969.

[11] Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, *cit.*, p. 45.

[12] *Ibidem*, p. 48.

> Justicia, igualdad, felicidad, tolerancia, todos los conceptos que como ya se dijo, latían en siglos anteriores en el corazón de la razón, o tenían que ser sancionados por ella, han perdido sus raíces espirituales […]. Cuanto más se debilita el concepto de razón, tanto más fácilmente queda a merced de la manipulación ideológica y de la difusión de las mentiras más descaradas. El avance de la ilustración disuelve la idea de razón objetiva, el dogmatismo y la superstición; pero a menudo son precisamente la reacción y el oscurantismo los que más ventajas sacan de esta solución.[13]

Lo cierto es que la tradición ha perdido poder sobre los seres humanos, pero de aquí no se sigue que la alternativa consista ahora en un retorno conservador o romántico a la misma. Para Horkheimer, hemos visto, la propuesta metafísica del neotomismo resulta anacrónica, pero de igual manera negar cualquier referencia a la razón objetiva y ciertos valores absolutos, en línea con el positivismo, terminaría en un cientificismo dogmático y perverso. La claudicación de la razón, en razón instrumental, que ya no encuentra justificación en sí misma sino en las posibilidades que abre al comercio y la industria, al éxito, a un "plan para la acción", ha intentado convertir estos criterios en una filosofía: el pragmatismo. La crítica de Horhheimer a esta propuesta —Peirce, James y Dewey— es contundente, aunque un tanto exagerada: "el pragmatismo refleja una sociedad que no tiene tiempo de recordar ni de reflexionar". Como sea, no es éste precisamente el prototipo del hombre inteligente para Horkheimer. La razón subjetiva, vacía ya de contenido, pragmatizada, sin límites sustantivos, ha generado un "hombre unidimensional", que ha perdido la capacidad de estar "abierto a la percepción de contenidos objetivos" y ha claudicado ya de los conceptos de dignidad, justicia e igualdad. La lógica perversa del proceso, que conduce al predominio de la razón instrumental, ha conducido hacia un "ocaso del individuo": no sólo asistimos al fin del individuo burgués —una mónoda egoísta producto del capitalismo— sino a su transformación en un "individuo-masa", un tecnócrata, ingeniero o mánager movido únicamente por la razón instrumental, perfectamente redondeado e integrado en el sistema. Ante este escenario pesismista, la pregunta para Horkheimer es si este destino lúgubre, que ha conducido a las calamidades más aberrantes, a una "banalidad del mal", como dirá Hannah Arendt, es irreversible o podemos abrigar aún la esperanza de construir un "individuo *post-burgués*". Un individuo, como afirma Juan José Sánchez, entendido como "*sujeto* capaz de

[13] *Ibidem*, pp. 60 y 61.

resistir a la injusticia, al poder de la realidad imperante, un individuo sujeto de pensamiento *autónomo* y de *solidaridad* social".[14]

Para Horkheimer, la crítica de la razón instrumental y la denuncia de los excesos de la modernidad que, en aras del progreso, invisibilizó el sufrimiento de las víctimas y canceló toda posibilidad de emancipación individual, fue el primer paso por vía negativa para dar impulso a una suerte de reivindicación de la esperanza. Cito nuevamente a Juan José Sánchez:

> Es, ahora, como antes, el infinito anhelo de justica plena, universal y cumplida que, como grito de protesta y resistencia, se ha alzado a lo largo de la historia desde la otra cara de ésta, desde los márgenes de su marcha triunfal, desde la "historia del sufrimiento" (W. Benjamin) de los vencidos o ignorados, de las innumerables víctimas que de ese triunfo solo probaron su precio.[15]

Más que un "anhelo de lo totalmente Otro", que podría denotar algún tipo de acercamiento positivo a lo trascendente, que Horkheimer rechaza categóricamente apoyándose en la teología negativa de Paul Tillich, y que, en cualquier caso, no podría ir más allá del ámbito de la finitud humana a no ser que se incurriera en una transgresión de los límites de nuestro conocimiento, la idea de un "anhelo de justicia" tiene que ver con una nota de esperanza. A la pregunta de "¿qué significa aquí teología?", la respuesta de Horkheimer es radical:

> En modo alguno responde aquí teología a la ciencia de lo divino, y mucho menos a la ciencia de Dios. Teología significa aquí la conciencia de que este mundo es un fenómeno, que no es la verdad absoluta, que no es lo último. Teología es —me expreso conscientemente con gran cautela— la esperanza de que la injustica que atraviesa este mundo no sea lo último, que no tenga la última palabra […] expresión de un anhelo, del anhelo de que el verdugo no triunfe sobre la víctima inocente.[16]

Son claras las resonancias de Walter Benjamin en el pensamiento de Horkheimer. Para Benjamin: "La tradición de los oprimidos nos enseña que el «estado de excepción» en que ahora vivimos es en verdad la regla. El concepto de historia al que lleguemos debe resultar coherente con ello".[17] Y tal concepto tiene que ver, no con una "cadena de acontecimientos" que mira

---

[14] Sánchez, Juan José, "Prólogo" a *Crítica de la razón instrumental*, *cit.*, p. 34.

[15] *Idem.*

[16] Horkheimer, Max, *Anhelo de justicia*, *Teoría crítica y religión*, *cit.*, p. 169.

[17] Benjamin, Walter, *Tesis sobre la historia*, trad. de Bolívar Echeverría, México, Ítaca-UAM, 2008, VIII, p. 43.

al futuro desde ese "huracán que nosotros llamamos progreso" y que deja a su paso daños y víctimas colaterales, inevitables y necesarias, como parte del mismo proceso causal, sino, más bien, con las mismas víctimas, los oprimidos de la historia, con los que sufren injustificadamente, y que representan una "catástrofe única, que arroja a sus pies ruina sobre ruina, amontonándolas sin cesar".[18] La historia para Benjamin debe reconstruirse no desde la esperanza utópica de un progreso racional y la llegada final de una sociedad o de un mesías salvífico, sino desde el mismo dolor de los desposeídos y de los "instantes de peligro" que fracturan la cadena causal y en los cuales el mesías irrumpe asumiendo el mismo dolor de las víctimas, sin escatologías, insertándose en la propia materialidad histórica. Esos "instantes de peligro" no sean otra cosa sino los momentos revolucionarios que marcan el devenir histórico, pero a diferencia del marxismo ortodoxo, sin temporalidades lineales, sin destinos manifiestos, sin utopías.

La esperanza, para Horkheimer, tiene que ver, precisamente con una conciencia clara de la injusticia, y con un anhelo de que aquí, en este mundo, el "verdugo no triunfe sobre la víctima inocente". Una esperanza que no llegará del cielo, sino que se construye, reconstruyendo la historia, y dejándose interpelar por el sufrimiento único e irrepetible de las víctimas. Se trata de acceder a la justicia por vía negativa: desde lo injusto a lo justo. La misma idea de necesidades, en el marxismo, en la interpretación de Benjamin y Horkheimer, referidas al sujeto como unidad somatizada, ajena a cualquier tipo de dualismo, alma-cuerpo, por ejemplo, supone la constatación de carencias que requiere de una satisfacción urgente.

Cierro con una cita que, me parece, resume su sentido de la teoría crítica y su anhelo de justicia. En una de las últimas entrevistas y ante la pregunta, "¿Y qué queda, entonces?", su respuesta:

> Queda el anhelo; no el anhelo del cielo, pero sí el anhelo de que este mundo horrible no sea lo verdadero, el anhelo de justicia, no el dogma de que existe un Dios que la lleva a cumplimiento. Y pienso que este anhelo, y todo lo cultural que se relaciona con él, es uno de los elementos que habría que conservar a lo largo del progreso para que no nos adaptemos sólo a los hechos que configuran la marcha de la historia […]. Mi pesimismo se entiende mejor si se asume con él el pensamiento que yo siempre he expresado […], el lema: pesimista en la teoría, optimista en la práctica; esperar lo malo, y no obstante intentar lo bueno. Lo cual vale también para la teoría crítica: expresar lo malo y tratar de cambiarlo en la praxis.[19]

---

[18] *Ibidem*, IX, pp. 44 y 45.

[19] Max Horkheimer, entrevista realizada en 1972, *Anhelo de justicia. Teoría crítica y religión*, Madrid, Trotta, 2000, p. 219.

Se trata, finalmente, de mantener "el inextinguible impulso sostenido contra la realidad, de que ésta debe cambiar, que se rompa la maldición y se abra paso la justicia".[20] Una justicia en y por la praxis.

II. Igualdad y *ethos* comunitario

El pensamiento de Gerald Cohen se inscribe en lo que la literatura se conoce como "marxismo analítico". Su trabajo sobre "teoría marxista de la historia", escrito en 1978, marca el inicio de esta concepción a la que se van incorporando autores tan significativos como Jon Elster, John Roemer, Adam Przeworski y Philippe Van Parijs. Los rasgos distintivos de esta teoría podrían sintetizarse en los siguientes: 1. Un compromiso con las normas científicas convencionales y el valor de la investigación empírica; 2. Una acentuada preocupación por la aclaración de conceptos y una coherencia lógica de los distintos análisis; 3. Uso explícito de modelos abstractos como en la teoría de juegos, dentro de la concepción más amplia de la teoría de la elección racional; 4. La importancia otorgada a las acciones intencionales-psicológicas de los individuos tanto en las teorías explicativas como en las normativas.[21]

De acuerdo con algunos de su representantes, entre ellos Jon Elster, Marx "mantenía una explícita teoría de la justicia" al hacer patente, a través de su teoría de la plusvalía, el "robo" a los trabajadores por parte de los capitalistas, así como su crítica a la situación de enajención y la afirmación y defensa de los valores comunitarios y humanistas. Más aún, el mismo enunciado de justicia en términos de considerar a "cada uno según su capacidad", y darle a "cada uno según sus necesidades" debería comprenderse, según Elster, como un principio normativo aplicable en la etapa "superior" del comunismo.[22]

De igual manera, con respecto a los bienes primarios, la propuesta de Van Parijs y Van de Veen, en términos de asegurar a todos los individuos un ingreso suficiente para satisfacerlos —*ingresos básicos universales*— independientemente de trabajos actuales o pasados, o de necesidades particulares, debe enmarcarse en una concepción integral y normativa de autorrealización personal. Como sabemos, esta última propuesta ha sido objeto de varios cuestionamientos. El mismo Elster la critica, quizás con un asomo un tanto libertario, en el sentido de que "la noción de los «subsidios» parece

[20] *Ibidem*, "Notas 1949-1969", p. 226.

[21] Gargarella, Roberto, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

[22] *Ibidem*, p. 106.

más bien apelar a un principio de características inaceptables, como el permitir la «explotación de los trabajadores por los perezosos»".[23] Dicho esto, en lo que sigue quiero centrar mi atención, brevemente, en dos obras tardías de Gerald Cohen directamente relacionadas con el tema de la justicia: *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?*, y con la noción misma de socialismo, *Why not Socialism?*

Según Gerald Cohen, para que una sociedad pueda considerarse justa no basta —como piensa Rawls— con que en ella se asegure la justicia de su estructura básica (justicia de sus instituciones), también se requiere que sean justas las elecciones personales de los individuos que la componen. Los individuos no pueden dejar de lado en sus vidas cotidianas principios que pretenden honrar en su vida pública. Cohen hace suya la consigna feminista: "lo personal es político":

> Si, como ahora creo, el egoísmo de la gente afecta las perspectivas de igualdad y de justicia, entonces eso es, en parte, porque, como también creo en este momento, la justicia no puede ser sólo una cuestión de la estructura legal del Estado dentro del que la gente actúa, sino que también es una cuestión que tiene que ver con los actos que la gente elige dentro de esa estructura, con las opciones personales que llevan a cabo en su vida diaria. He llegado a pensar, por decirlo con un eslogan que se ha hecho popular recientemente, que *lo personal es político.*[24]

Este "giro" de Cohen, desde concepciones muy rígidas desde un punto de vista empírico en el ámbito del marxismo, hacia cuestiones más normativas y centradas en las cualidades de los individuos, se debe en buena medida a los cambios que se han operado históricamente en los mismos presupuestos empíricos del marxismo ya señalados al principio. El individuo y sus opciones deberían ser recuperados desde un sentido de justicia o *ethos,* anterior y en algún sentido justificador de las instituciones. Su propuesta es una crítica radical al institucionalismo de Rawls:

> Una sociedad que es justa dentro de los términos del principio de diferencia —podemos, pues, concluir— no exige simplemente *reglas* coercitivas, sino también un *ethos* de justicia que contribuye a dar forma a las opciones individuales. En ausencia de tal *ethos,* se producirían desigualdades que no serán necesarias para mejorar la condición de los que peor están: el *ethos* requerido fomenta una distribución más justa de lo que las reglas del juego económi-

[23] *Ibidem*, pp. 116-119.

[24] Cohen, Gerald A., *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?,* Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 2000, p. 166.

> co pueden asegurar por sí mismas. Y lo que se exige es, de hecho, un *ethos*, una estructura de respuesta situada en las motivaciones que orientan la vida diaria…[25]

Tal *ethos* de los individuos y, por extensión, el de una sociedad de la cual forman parte, "es un grupo de sentimientos y actitudes en virtud del cual su práctica normal y sus presiones informales son lo que son".[26] Un *ethos* igualitarista podría dar lugar a una distribución de los recursos más equitativa aun cuando los agentes que participaran en la distribución no estuvieran motivados por el principio de diferencia a la Rawls. Cohen ejemplifica con el *ethos* protestante. Esta ética:

> […] es indiferente a la igualdad (sobre la tierra) como tal, pero cuyo acento sobre la abnegación, el trabajo duro y la inversión de los excedentes (a pesar del ascetismo que hay en ella) hace que los que peor están estén tan bien como les sea posible estar. Tal *ethos* logra la justicia del principio de la diferencia en la distribución, pero los agentes que participan en ella no estarían motivados por el principio de la diferencia y, por tanto, no podrían ser considerados justos, dentro de los términos de esos principios.[27]

Pero lo que le interesa a Cohen, en el contexto de sociedades tan desigualitarias, no es la conducta predecible de los libertarios, ajenos a políticas redistributivas, sino la conducta de aquellos que se autodefinen como igualitarios, e igualitarios ricos y declarados; digamos aquellos que podrían ubicarse en el 20 o 10% de la población mundial: un empresario medio, un profesor universitario, un profesionista que se asumen progresistas de izquierda, pero que dados sus ingresos se ubican en la atalaya de los más aventajados, y no parecen muy dispuestos a renunciar a sus beneficios. Cohen ejemplifica esta paradoja con un relato que vale la pena transcribir en su totalidad. Cita la novela de David Lodge, *El mundo es un pañuelo*, en la que este autor describe "el encuentro entre Morris Zapp, un profesor judío norteamericano de inglés de la «Universidad del Estado Eufórico» (en realidad Berkeley), y Fulvia Morgana —en la suntuosa casa de esta última en Milán—, una intelectual revolucionaria italiana de enorme riqueza", asidua lectora del marxista francés Luis Althusser:

---

[25] *Ibidem*, p. 174.
[26] *Ibidem*, p. 197.
[27] *Ibidem*, p. 179.

> Hay algo que debo preguntarte Fulvia —dijo Morris Zapp, mientras bebía un whisky con hielo que había vertido de una jarra de cristal que una doncella vestida de negro y con delantal blanco había traído en una bandeja de plata hasta el salón de la primera planta de una magnífica casa del siglo XVIII en las afueras de la Villa Napoleone, a la que habían llegado en coche [desde el aeropuerto en el Masrati coupé de Fulvia] […]—. Puede sonar ingenuo, en incluso brutal, pero no puedo reprimirlo más tiempo… Quiero saber… cómo consigues aunar vivir como una millonaria con el hecho de ser marxista.
>
> Fulvia, que estaba fumando un cigarrillo con boquilla de marfil, lo agitó despreocupadamente en el aire "Una pregunta muy americana, si se me permite decirlo, Morris. Por supuesto que reconozco las contradicciones de nuestra forma de vida, pero son las mismas contradicciones características de la última fase del capitalismo burgués, que a la larga llevará a su derrumbamiento. Renunciando a nuestra pequeña parte de privilegio —aquí Fulvia extendió sus manos en un gesto de dueña de la casa que implicaba que ella y su marido disfrutaban de un nivel de vida sólo un escalón o dos más alto que, digamos, el de una familia de Puerto Rico que viva acomodadamente en el Bowery [en Manhattan]—, no deberíamos acelerar ni un minuto la consumación de ese proceso, que posee su propio ritmo inexorable y su *momentum* y se determina por la presión de los movimientos de la masa, no por las acciones insignificantes de los individuos. Pues en términos de materialismo dialéctico no hay diferencia para el proceso de la historia si Ernesto y yo, como individuos, somos ricos o pobres; bien podemos ser ricos, porque es un pael que sabemos desmpeñar con cierta dignidad. Mientras que ser pobres con dignidad, pobres como son nuestros campesinos italianos, es algo que no se aprende fácilmente, es algo que se lleva en la sangre, a lo largo de generaciones.[28]

No parece ser muy convincente este ejemplo para comprender el inevitable devenir histórico desde la doctrina del materialismo dialéctico, pero más allá de ello, el interés de Cohen es poner en evidencia la perplejidad ante una pregunta que parece quedar sin respuesta: "Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?". Por supuesto, señala Cohen, "un filósofo igualitarista angloparlante no es ni tan izquierdista ni tan rico como lo es Fulvia", pero ese filósofo se queja frecuentemente que gana menos que muchos abogados, arquitectos o ejecutivos prominentes, aunque es innegable de que gana mucho más que la mayoría de la gente, y si, además, llega a ser importante y reconocido, puede llegar a ganar mucho más como académico. Puedo imaginarme algunos ejemplos en la cabeza de Cohen con respecto a varios de sus contemporáneos.

---

[28] *Ibidem*, pp. 207 y 208

En cualquier caso, ¿tiene cabida el *ethos* personal del que se viene hablando en este núcleo poblacional? ¿Es posible y justificable trasladarlo a la organización política? ¿Desde las instituciones familiares y educativas? ¿Desde el Estado? Por supuesto, Cohen excluye las ejemplaridades caudillistas, el moralismo tiránico, o cualquier tipo de perfeccionismo moral que alimentan los fundamentalismos y los nacionalismos excluyentes, pero ¿hasta dónde Cohen quiere llevar el *ethos* igualitario?

En un opúsculo delicioso y muy provocador, *¿Por qué no el socialismo?*,[29] Cohen pone a prueba a los igualitaristas imaginando la convivencia posible en una excursión de campo entre varios conocidos/amigos que dan por sentada la convivencia en términos de igualdad: Harry es muy bueno pescando y exige por su contribución comer el mejor pescado, lo que ciertamente provoca la reacción airada de los demás compañeros; Sylvia encuentra un manzano y solicita ser recompensada con menos trabajo, lo que también provoca un rechazo unánime. En el campamento no caben las codicias egoístas.

La convivencia igualitaria sólo sería posible bajo dos principios excluyentes: el principio de igualdad de oportunidades y el principio de comunidad. El primero presenta tres variantes, todas ellas criticables: *a)* la igualdad burguesa de oportunidades que elimina las restricciones socialmente construidas de estatus, y echa mano del principio de no discriminación o de no arbitrariedad; *b)* la igualdad liberal de izquierda que elimina, además, las circunstancias sociales de nacimiento y crianza que los sitúa en una desventaja no querida, por lotería natural, y echa mano del principio de no dominación, o no sometimiento, para tratar de eliminar las llamadas "desigualdades estructurales", y *c)* la igualdad socialista de oportunidades que corrige, además, las desventajas innatas de los individuos, y las diferencias de resultado dependerán exclusivamente del gusto y la elección (trabajo y ocio) bajo el supuesto de un disfrute similar de vida.

Si bien los dos últimos tipos de igualdad de oportunidades se mueven en un sentido de justicia más integral, en ninguno de ellos se percibe un sentido de fraternidad solidaria que es la exigible en la convivencia del campamento. En este contexto aun los gustos deben restringirse con un genuino altruismo y la reciprocidad de bienes y capacidades deben compartirse en estricta igualdad. Este tipo de convivencia igualitaria es la propia del principio de comunidad. No sé si Cohen tenía en mente la organización de los *kibbutzin*, especialmente en los primeros asentamientos anteriores e incluso posteriores al establecimiento del Estado de Israel que, sin duda merecerían

[29] Cohen, G., *Why Not Socialism?*, Princeton University Press, 2009.

un estudio minucioso a la luz de esta concepción socialista. En cualquier caso, creo que no interpretaríamos mal a Cohen si en términos de su concepción, ser igualitarista requiere de un *ethos* muy exigente. ¿Posible? ¿Deseable? ¿Aspiracional? Por lo pronto, creo que más allá de cualquier diseño y compromiso institucionales.

III. Consenso socialdemócrata

De acuerdo con Carlos Monsiváis: "la obra teórica de Carlos Pereyra, a lo largo de casi tres décadas, es una de las mejores versiones disponibles del proceso de los intelectuales *en* la izquierda mexicana. […] A él, que repetía la frase de Mariátegui: «A mí, marxista convicto y confeso», la experiencia del 68 lo llevó a renunciar expresamente a la mentalidad de guetto, con su «conservación a toda costa de la pureza»".[30] Tal renuncia se hace manifiesta en la crítica lúcida e incisiva de Pereyra a la misma izquierda tradicional y a la ultraizquierda, pero de igual manera, lo lleva a analizar —en uno de sus últimos ensayos publicados, "Teoría ¿para qué?"— la propuesta normativa de un liberal como Rawls y reprocharle que nunca aparecieran en su *Teoría de la justicia*, "preocupaciones relacionadas con la formación y mantenimiento del poder político", como si "los problemas de la justicia pudieran analizarse al margen de una teoría del Estado y de una teoría de la sociedad". No le faltaba razón y, como sabemos, el mismo Rawls tomará nota de ello en su *Liberalismo político*, obra que Pereyra no alcanzó a conocer. Lo que de todos modos sí reconoce Pereyra, en las líneas finales de su ensayo, es que en Rawls: "sus desarrollos relativos a la prioridad de las libertades respecto a la distribución de bienes (al menos en las condiciones de una sociedad de escasez moderada), tienen particular relevancia en una época donde el prurito de igualdad ha significado menosprecio a las libertades fiundamentales".[31]

La última frase es reveladora de una trayectoria intelectual en la que, como afirma José Woldenberg, Pereyra "realizó la revalorización de la democracia como forma de gobierno" desde las premisas socialistas. Y llegó a ello, especialmete en la década de los ochenta, a través de tres polémicas que vale la pena tener presente: "*a)* como un ajuste de cuentas con las aberraciones del autoritarismo del llamdo socialismo real que tenía su meca

[30] Monsiváis, Carlos, "Carlos Pereyra y la cultura de la izquierda mexicana", en Pereyra, Carlos, *Sobre la democracia*, México, Cal y Arena, 1990, p. 15.

[31] Pereyra, Carlos, "Teoría ¿para qué?" (1987), en Ortiz Millán, Gustavo e Yturbe, Corina (comps.), *Filosofía, historia y política. Ensayos filosóficos (1974-1988)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas y Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 556.

en Moscú; *b)* en debate con las corrientes liberales que se atribuían todo el mérito en la construcción de los regímenes democráticos, y *c)* en disputa con la propia izquierda que minusvaluaba o no comprendía la importancia de la democracia en un proyecto de transformación social".[32]

En efecto, en su libro póstumo, *Sobre la democracia*,[33] Pereyra es enfático al afirmar que: "no se puede hablar de *socialismo real* para caracterizar estructuras sociales y políticas en lugares donde no hay un régimen socialista. A nadie se le ha ocurrido jamás postular que *socialismo* y *estatización de los medios de producción* son una y la misma cosa". Por ello, la mejor expresión para definir a los regímenes estatizados no es la de socialismo sino la de *poscapitalismo*. En las sociedades capitalistas "la democracia no puede realizar a plenitud la soberanía popular porque, junto a la presunta igualdad jurídico-política de los ciudadanos, subyace la ineliminable desigualdad económico-social de la producción, que impide, en definitva, la igualación estricta de los ciudadanos". Asimismo, la democracia representativa tal como se practica en las sociedades capitalistas liberales lejos de impulsar la participación popular tiende a inhibirla y no es casual que "se muestren renuentes a aceptar modalidades de la democracia popular participante". Pero, del otro lado de la moneda, si en aras de remediar y garantizar la igualdad sustantiva se menosprecian las libertades políticas, "no sólo se bloquea el control público o social de las decisiones oficiales" sino también se impide "el propio cumplimiento de la vocación igualitaria"; prueba de ello es la experiencia de los países *poscapitalistas*, y paradigmáticamente, el caso de la URSS.

Tal dicotomía desemboca irremediablemente en una contraposición falsa y radical entre *democracia formal* y *democracia sustantiva*:

> Ninguna democracia sustancial es posible sin el respeto riguroso a los mecanismos de la democracia formal […]. Es preciso reconocer de una vez por todas que sin libertades políticas no hay socialismo y que, más allá de la eliminación de la propiedad privada, la construcción del socialismo exige la libre organización sindical de los trabajadores, el pluralismo ideológico, cultural y político, la participación de los miembros de la sociedad en el control de la cosa pública, la descentralización del poder, el despliegue autónomo de la sociedad civil… en fin, la democracia.[34]

---

[32] Woldenberg, José, "Carlos Pereyra y la democracia", en *Nobleza obliga. Semblanzas, recuerdos, lecturas*, México, Cal y Arena, 2011, p. 35.

[33] Pereyra, Carlos, *Sobre la democracia*, especialmente los textos reunidos bajo el título "Teoría política y democracia", pp. 31-100.

[34] *Ibidem*, p. 35, y el capítulo completo, "Sobre la democracia en sociedades capitalistas y poscapitalistas", pp. 31-38.

El reconocimiento de la pluralidad de actores y del propio dinamismo o "despliegue autónomo" de la sociedad civil se contrapone a una concepción estática de "clases sociales como sujetos ya constituidos" e impide comprender que en realidad tal dinamismo responde a una concepción y "proceso histórico". Como comenta Woldenberg con razón, Pereyra se refería con ello a toda la superchería que se desencadenaba de esa concepción rígida: "Estado burgués o proletario, democracia burguesa o proletaria, hasta llegar al arte burgués o proletario o la ciencia burguesa o proletaria".[35] Cambiemos hoy día la expresión "burgués" por "neoliberal" o "conservador" y la superchería sigue vigente.

Por otra parte, Pereyra debate contra las corrientes liberales que, históricamente, se han atribuido la conquista y los diseños institucionales democráticos. No cabe duda que el liberalismo puso el acento en el reconocimiento de los derechos y libertades de los individuos como condición necesaria para el ejercicio democrático, y sería mezquino no reconocerlo; sin embargo, desde un enfoque libertario o "burgués" es innegable la desconfianza en la misma democracia si ello significaba concederle el voto a los sectores populares o "desposeídos" que pudieran poner en peligro valores como la propiedad privada o la absoluta libertad contractual. Hay una confusión al pensar que:

> […] el papel histórico de la lucha por la democracia estriba en creer que la democratización de la sociedad es tarea e interés de la burguesía. La utilización frecuente en la literatura socialista de una noción tan equívoca como la de *democracia burguesa* ha llevado a perder de vista que la apertura de espacios democráticos en la sociedad nunca fue resultado de la iniciativa burguesa y, por el contrario, ha sido fruto de las luchas sociales de las clases dominadas y de los afanes políticos de los partidos de izquierda.[36]

Las formas democráticas en las sociedades capitalistas "no han sido impuestas *por* sino *contra* la clase dominante". No es inherente al capitalismo la "existencia de formas democráticas de participación social". Éstas han sido una conquista paulatina de los demócratas socialistas que sistemáticamente fueron ampliando el sufragio a través de los movimientos obreros, de fórmulas variadas de participación política y de diversas corrientes democráticas en la sociedad civil. Sería otra miopía histórica no reconocerlo. Tampoco hay que caer en lo que Pereyra critica como *etapismo*, es decir, "una concepción del cambio histórico como proceso dividido en etapas, donde primero

[35] Woldenberg, José, *op. cit.*, p. 37.

[36] Pereyra, Carlos, "Democracia y socialismo", en *Sobre la democracia*, *cit.*, pp. 39 y 40.

se buscaría establecer un sistema democrático de relaciones sociales y después se procuraría la restructuración socialista de la sociedad".[37] La lucha por la democracia y la lucha por el socialismo, más bien, son "dos caras de un mismo y único proceso". Lo que no comprenden los defensores del *etapismo* es que la democracia no es el patrimonio exclusivo, ni un instrumento al servicio de alguna clase social, sino "una forma de relación política que vale en y por sí misma". Por ello, también, no tiene ningún sentido hablar de *democracia burguesa*. Pero, entonces, ¿cuáles son los atributos que definen propiamente a la democracia más allá de la apropiación por alguna clase social y, especialmente, contra una izquierda que no comprendía su importancia en un proyecto de transformación social? Porque, pensar en una democracia desnuda de atributos en aras de salvaguardar algún tipo de neutralidad teórica sólo podría conducir a la creación de un imaginario inútil. En uno de sus últimos ensayos, poco antes de morir, Pereyra sintetiza los "adjetivos" de la democracia en los siguientes:[38]

1. *La democracia es siempre democracia política*. No debe confundirse en el discurso teórico democracia e igualdad o democracia y justicia. Esta confusión ha dado lugar a conceptos equívocos como "democracia social", por ejemplo, en autores clásicos como Tocqueville. Lo cierto es que igualdad y justicia no tienen que ver con el sentido estricto de la democracia, es decir, "con el problema de la elección de gobernantes o dirigentes".
2. *La democracia es siempre democracia formal*. Por supuesto, que son legítimas las preocupaciones sobre la igualdad y la justicia: "se puede pugnar por la desaparación (total o parcial) de la propiedad privada, etc[étera], pero debe ser claro que una sociedad igualitaria y sin propietarios no es por ello, ni mucho menos, una sociedad democrática. La democracia, en rigor, sólo tiene que ver con el asunto de cómo los dirigidos eligen dirigentes. Lo que está en juego es la forma que adopta la relación entre gobernantes y gobernados".
3. *La democracia es siempre democracia representativa.* En toda sociedad hay una división del quehacer en la que algunos dirigen y administran las decisiones y otros son dirigidos y administrados. La democracia es el mecanismo por el que se puede vincular a unos y otros por la vía de la representación. Rechazar este tipo de democracia "en nombre de quién sabe qué democracia directa significa recha-

[37] *Ibidem*, p. 39.

[38] Pereyra, Carlos, "La cuestión de la democracia", en *Sobre la democracia*, *cit.*, pp. 83-87.

zar la democracia sin más y optar por mecianismos que no pueden sino generar caudillismo, clientelismo, paternalismo, intolerancia, etc[étera]".

4. *La democracia es siempre democracia pluralista.* En toda sociedad hay conflictos de intereses particulares y proyectos divergentes. Es obligado reconocer los intereses del otro y convivir con la diversidad. La democracia "opera como el único régimen político que no supone la supresión del otro". Por ello, aquellos que defienden las tesis rousseaunianas de la supresión de partidos y de una supuesta voluntad general indivisible e infalible "sólo logran abrir las puertas al terror: siempre habría quien actuaría como encarnación de esa voluntad general única como poder absoluto".

Las cuatro propiedades enunciadas por Pereyra, con una claridad contundente, son condiciones necesarias de la democracia que, genéricamente, podríamos calificar de "procedimental". Es verdad que regímenes políticamente hegemónicos pueden llegar a tener un compromiso igualitario y, al mismo tiempo, rechazar o negar una a una las propiedades de la democracia que propone nuestro autor. Bajo este supuesto estaríamos en presencia clara de dictaduras o sistemas totalitarios y los ejemplos históricos y contemporáneos no han sido pocos. Vale lo mismo si nos ubicamos abiertamente en la defensa a ultranza de las libertades bajo un esquema liberal anarquista. Pero sin llegar a los extremos del espectro no parece tan claro que se pueda construir una democracia política sin las condiciones mínimas exigibles en una democracia social o sustantiva, comprometida con los valores de igualdad y justicia, ni que sea posible construir una sociedad igualitaria sin la salvaguarda de las condiciones básicas de una democracia procedimental. El propio Pereyra lo reconoce cuando reflexiona en torno al concepto de *ciudadanía*:

> La calidad de *ciudadano*, es decir, la participación de los miembros de la sociedad en la formación de la voluntad colectiva se desdobla en dos dimensiones básicas: ciudadanía polìtica y ciudadanía social […]. Condición necesaria para una vida social democrática es el funcionamiento real de una vida política democrática, pero esto no es condición suficiente. Se vuelve imprescindible la existencia también de organizaciones sociales democráticas a través de las cuales los individuos intervengan en la formación de esa voluntad política, no ya en su calidad genérica de miembros de la sociedad, sino con base en sus intereses particulares dados por la función social que desempeñan. No se trata, claro está, de formas exclusivas de ciudadanía, sino de formas comple-

> mentarias […] junto a la democracia política es preciso el despliegue de la democracia social.[39]

Y en otro pasaje:

> No obstante todas las consideraciones justas que puedan formularse para rechazar la idea del vínculo necesario entre desarrollo y democracia, parece innegable, sin embargo, que se trata de fenómenos más bien complementarios que excluyentes, es decir, resulta más fácil pensar la presencia simultánea de ambos que democracia política sin desrrollo social. En otras palabras, el desarrollo no es condición suficiente de la democracia y tal vez ni siquiera condición necesaria, pero sin duda es condición altamente propiciatoria.[40]

No queda claro qué deba entenderse por "altamente propiciatoria", que no sea una expresión eufemística para referirse a las condiciones necesarias de la democracia. Lo que sí se anticipa en muchas de las reflexiones tardías de Pereyra es que el desarrollo social y económico, con un sentido plural e igualitario, no discriminatorio de las minorías, será un paso más en el fortalecimiento de la democracia política que hallará su expresión más acabada en la propuesta consensuada de un Estado constitucional, social y democrático, de derecho.

A partir de la década de los noventa asistimos en América Latina a un consenso en torno al constitucionalismo democrático que, como afirma el jurista chileno Javier Couzo, se operó tanto desde la izquierda como desde la derecha. Por el sector de la izquierda, la ola dictatorial de los años precedentes, traducida en términos de tortura, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones a los derechos humanos, llevó a este sector a valorar instituciones constitucionales como el *habeas corpus* o el debido proceso. Asimismo, la caída de los socialismos reales planteó a la izquierda la necesidad de promover los derechos fundamentales y consagrarlos en las cartas constitucionales, como un elemento necesario de cualquier régimen político razonable. A su vez, por el sector de la derecha, el pragmatismo económico le condujo a la convicción de que "sin un Estado de derecho sólido que estableciera derechos de propiedad claros, un Poder Judicial independiente y una fuerza pública organizada, los países más atrasados no alcanzarían el desarrollo económico".[41] Los sectores más conservadores co-

[39] Pereyra, Carlos, "El viraje hacia la democracia I", en *Sobre la democracia*, *cit.*, p. 73.

[40] Pereyra, Carlos, "Democracia política y transformación social", en *Sobre la democracia*, *cit.*, p. 93.

[41] Couso, Javier, "Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional", *Anuario de Derechos Humanos*

menzaron a valorar las contenciones propias incluidas en los diseños constitucionales. De esta manera, sea por la vía dogmática o por la vía orgánica, la democracia constitucional se presentaba como la única alternativa posible para alcanzar los consensos necesarios de gobernabilidad.

En el caso de México, cerrado el expediente de la primera transición "procedimental", con una literatura rica y abundante,[42] comenzó a hablarse con razón de la necesidad de una "segunda transición", una transición sustantiva. Para Luis Salazar y José Woldenberg, por ejemplo, los valores de la democracia moderna deberían incluir: las libertades *formales*, así como la capacidad de autogobierno y autodeterminación; la igualdad política en el reconocimiento de la pluralidad y la diversidad; la fraternidad incluyente, cooperativa y tolerante; los derechos individuales; la competencia regulada; los derechos de las minorías; los principoios de mayoría, legalidad y representatividad; la gobernabilidad con apoyo ciudadano y paz social.[43]

Todos esos adjetivos ya no eran sólo condiciones para una democracia procedimental. La "segunda transición" debía comprender, por ejemplo, que los derechos humanos tenían que constituirse en "pre-condiciones" del mismo proceso democrático, y no sólo en cuanto a los que se referían a las libertades civiles y políticas sino y, sobre todo, a los llamados derechos de segunda generación —económicos, sociales y culturales— y hasta los de tercera generación.

"Hay tres dimensiones que deben conjugarse, escribía Woldenberg, para hacer habitable —para todos— la vida en común: *a)* el ejercicio más amplio posible de las libertades; *b)* un basamento de satisfactores materiales y culturales que posibilite la cohesión social, y *c)* un Estado de derecho digno de tal nombre que regule la conflictividad inhernete a toda convivencia". Y añadía con una crítica lúcida que: "el ejercicio de las libertades se ha expandido como acicate y correlato de un prometedor proceso democratizador que vivió el país", pero no se podía ser optimista con las otras

2010, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Universidad de Chile, 2010, p. 38

[42] Véase, por ejemplo, Woldenberg, José, *El cambio político en México*, México, Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo-Colegio del Estado de Hidalgo, 2007. Remito a las diversas reformas normativas en materia electoral, desde la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, *Diario Oficial de la Federación*, de 30 de noviembre de 1977, hasta las sucesivas reformas constitucionales de 1987, 1990, 1993, 1994 y 1996. Una transición que abarca un periodo de 20 años, si bien entre politólogos no termina de haber un consenso desde su inicio y su fin. En los extremos se indica como inicio 1968, con el movimiento estudiantil, y su conclusión con la alternancia del poder en 2000.

[43] Salazar, Luis y Woldenberg, José, *Principios y valores de la democracia*, México, IFE, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, núm. 1, 1993.

dos dimensiones: "Somos un país marcadamente desigual, de tal suerte que cuesta trabajo hablar de un solo México", y tal dsigualdad "no se resolverá con el libre fluir del mercado". Por lo mismo, y en lo que hace al Estado de derecho, "no ha sido la ley la que regula la relación y los conflictos entre las personas y entre éstas y los aparatos públicos"; por el contrario, la ley del más fuerte es la que impera: "La ola de violencia y la creciente inseguridad, aunada a los ancestrales fenómenos de corrupción, impunidad, arbitrariedad, carcomen la imagen de las instituciones y la confianza en ellas, haciendo que la convivencia se vuelva tensa, cargada de agravios y de rencores".[44]

Al tiempo quedó claro, como diagnosticó Woldenberg, que los gobiernos en México, que inauguraron el siglo XXI, no pudieron, no supieron o simplemente ignoraron la necesidad de ese "basamento de satisfactores materiales y culturales" y, por lo tanto, la construcción de una democracia sustantivamente igualitaria. ¿Qué tanto en su momento el expediente de la "primera transición" debió acompañarse simultáneamente de las condiciones propias de la "segunda transición", con un poderoso y efectivo Estado democrático y constitucional de derecho? No tengo una respuesta a esa pregunta. Lo cierto es que esa omisión y la ansiada y frustrada segunda transición con una ausencia de un efectivo Estado de derecho, dejaron abierto el escenario para la llegada del populismo o de un "neopopulismo", como venía sucediendo en buena parte de la geografía latinoamericana. Un hecho es cierto, no supimos construir en México una socialdemocracia y ésta es una deuda histórica de varias generaciones con nuestro país.

IV. *Excursus*. Marxismo y filosofía del derecho

"Quien no ha pasado por Marx, se le nota", es una frase de Gustavo Bueno que le gusta citar a Manuel Atienza, y que forma parte ya de mi repertorio de frases célebres. Si es verdad que un clásico, como decía Ítalo Calvino, es alguien o algo que "nunca termina de decir lo que tiene que decir", pues Atienza ha hecho justicia a ese clásico universal nacido en Tréveris. Cuando pisó tierras mexicanas el primer libro que puso en mis manos fue su *Marx y los derechos humanos*, publicado —un tanto irónicamente por tratarse de Marx— por la Editorial Mezquita. En su nota preliminar, fechada en Palma de Mallorca en 1982, se leía:

[44] Woldenberg, José, *Grandes problemas. La democracia como problema (un ensayo)*, México, El Colegio de México y UNAM, 2015, pp. 168 y 169.

> A lo largo de este trabajo creo que pueden encontrarse algunas razones para no ser marxista y muchas más para no ser antimarxista. Pero lo que yo quisiera es que el lector no especializado encontrara alguna razón para seguir interesándose por Marx, para leer su obra y estudiarla, sin excesivos prejuicios.

Diez años después publicaríamos en la "Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política", un libro en coautoría de Atienza y Juan Ruiz Manero, *Marxismo y filosofía del derecho*, con una dedicatoria a otro grande del mundo hispanoparlante, Elías Díaz, "quien —con el marxismo y con muchas otras cosas— ha sabido mantener siempre la distancia justa"; y para 2008, editaríamos tres ensayos para responder a la pregunta: *¿Por qué leer a Marx hoy?* Junto con el ensayo de Atienza reuniríamos a dos grandes conocedores del marxismo en México, Luis Salazar y Arnaldo Córdoba.[45] Con este libro inaugurábamos la colección "Lectura contemporánea de los clásicos" y, con esa pregunta, cerrábamos un seminario de cuatro jornadas intensas dedicadas al pensamiento de Marx. A la pregunta de por qué leer a Marx hoy, Atienza contestaba: "porque, simplemente, en su obra hay algunas ideas importantes —quizás incluso imprescindibles— para construir una teoría del derecho adecuada para la realidad de los sistemas jurídicos contemporáneos". Y, en efecto, entre esas ideas Atienza comienza con la de "praxis" y la comprensión de la propia filosofía de Marx como una "filosofía de la transformación del mundo";[46] continúa con la noción de "ideología" estableciendo un paralelismo con la noción de "falacia", noción esta última que ha sido objeto de su atención a partir de la exégesis crítica de la obra de Aristóteles; y concluye con el análisis de un elenco de conceptos que confirman la concepción crítica de Marx sobre la sociedad y el papel del individuo inserto en la misma: "alienación", "explotación", "dominación", "clases sociales", "desigualdad", "conflicto". Al redactar estas líneas cierro también la última página de un libro al que, bajo la guía y recomendación de Atienza, recurro con cierta periodicidad, *El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, publicado unos años después del *Manifiesto*, en un periodo de gran madurez y lucidez intelectual de Marx. *Napoleón le petit*, preludio de nuestros populistas contemporáneos, que repiten la historia ya no "como gran tragedia", sino como "lamentable farsa". "El dieciocho Brumario del genio por el dieciocho Brumario del idiota".[47]

---

[45] Atienza, Manuel *et al.*, *¿Por qué leer a Marx hoy?*, México, Fontamara, 2008.

[46] Años más tarde, y con la incorporación crítica del pragmatismo americano, especialmente a través de la obra de John Dewey, Atienza publicaría una obra imprescindible, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.

[47] Marx, Karl, *El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 38.

Pero regresemos unos años antes y detengámonos en el prólogo a *Marxismo y filosofía del derecho*, redactado por Atienza y Ruiz Manero, poco tiempo después de la caída de la Unión Soviética. En él se preguntan: "¿Qué queda del marxismo para la cultura jurídica?". Esta pregunta, como ellos mismos afirman, adquiere una gran relevancia cuando es fácilmente constatable que después de que el marxismo "era una de las concepciones generales que podían orientar el trabajo de los científicos sociales" ha pasado a ser "la única corriente de pensamiento que no puede adoptarse, al menos por quien aspire a que sus trabajos gocen de una cierta respetabilidad académica". La explicación de este abandono es comprensible si asumimos que el final del comunismo como forma de organización social conllevó el final del marxismo como ideología justificadora de ese tipo de sociedad; pero también, que el capitalismo como forma de organización social y el liberalismo, en su versión libertaria, como ideología justificatoria, "se ha impuesto no sólo en la *realidad*" sino incluso en el "espacio de la *conciencia posible*".[48] Sin embargo, aun aceptado este hecho histórico, en verdad ¿debemos asumir categóricamente esta debacle del marxismo?: "¿no tiene el marxismo ya nada que ofrecer, pongamos por caso, a los filósofos del derecho del presente y del inmediato futuro?". La respuesta de los autores era positiva. Más aún, como ya lo anticipaba Atienza en su obra prima, quizás era el momento justo para releer a Marx y ser tratado propiamente como un clásico: "Es decir, un tratamiento distante; distantemente crítico. Al fin y al cabo, si Marx adoptó como su lema favorito la frase «hay que dudar de todo», no veo ninguna razón por la que no debamos dudar también de él".[49]

En unas páginas que no tienen desperdicio alguno y en una síntesis magistral Atienza y Ruiz Manero resumen la "tradición cultural" del marxismo y su importancia para la teoría y filosofía del derecho en seis tesis que los autores presentan en una "versión fuerte", sin duda criticable, pero de ninguna forma excluible, sobre todo si aceptamos una "versión débil" de las mismas.[50] Son las tesis siguientes —que presento inevitablemente en una síntesis de síntesis— de acuerdo con el orden que proponen los autores, en ambas versiones, sin que ello suponga ninguna jerarquía o preferencia, aunque reconociendo que entre los propios marxistas se ha puesto mayor énfasis en unas o en otras:

---

[48] Atienza, Manuel y Manero, Juan Ruiz, *Marxismo y filosofía del derecho*, México, Fontamara, 1993, p. 9.

[49] Atienza, Manuel, *Marx y los derechos humanos*, Madrid, Mezquita, 1983, p. 22.

[50] Atienza, Manuel y Manero, Juan Ruiz, *Marxismo y filosofía del derecho*, *cit*., pp. 11-18.

1. *El derecho tiene un carácter clasista*

Fuerte. El fiscal general de Stalin dio una definición del derecho que llegó a tener carácter oficial: "El derecho es el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante […] cuya aplicación está garantizada por la fuerza coactiva del Estado a fin de proteger, asegurar y desarrollar las relaciones y disposiciones sociales ventajosas y convenientes a la clase dominante". Sin duda, no pocas instituciones jurídicas responden a intereses de clase, pero resulta un despropósito atribuir un carácter burgués, por ejemplo, al código de circulación o a disposiciones del código penal en materia de lesiones o de homicidio.

Débil. En la *Crítica al programa de Gotha*, Marx afirma que el derecho en el tránsito a la sociedad comunista: "en el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad. El derecho sólo puede consistir, por su naturaleza, en la aplicación de una medida igual […]. Para evitar todos estos inconvenientes —añadía— el derecho no tendría que ser igual sino desigual". Ya no se busca, en el propio Marx, el interés clasista sino comprender que la justicia no puede identificarse con la defensa a ultranza de la igualdad formal, sino en buena medida con la igualdad material, es decir, reconocer un tratamiento más favorable a las personas menos favorecidas o aventajadas. Las políticas de discriminación inversa serían un buen ejemplo.

2. *El derecho es un fenómeno histórico*

Fuerte. El derecho, en su forma más desarrollada, está vinculado a: una cierta forma histórica de organización social, la capitalista burguesa; se identifica con el derecho privado; es incompatible con una sociedad de individuos plenamente emancipados por lo que en la sociedad comunista el Estado y el derecho se extinguen; en la transición hacia el comunismo el papel fundamental corresponde a la política y no al derecho. Resulta inverosímil pensar que, en una sociedad no burguesa, o cualquier tipo de sociedad imaginable, no se generen conflictos de muy distinto tipo, por razones de sexo, raciales, generacionales, religiosos —que se suman a los propiamente económico-sociales— que requieran de un aparato jurídico de control social.

Débil. Es innegable que el derecho no es sólo un fenómeno social sino también histórico: hace su aparición en un determinado momento del desarrollo social que, de acuerdo con Marx, tiene que ver con el paso de las comunidades primitivas al "modo de producción asiático"; y, asimismo, es

un hecho que cada tipo de sociedad genera un tipo distinto de derecho. Por otra parte, esto que se dice del derecho en general, vale también, como sostiene Eugeni Pashukanis, para categorías como "derecho subjetivo", "ley", "responsabilidad", "derechos humanos", que no pueden comprenderse, en su origen, sino por referencia a un sistema como el liberal-capitalista. El análisis del derecho y de los conceptos jurídicos debe incluir los estudios empíricos, sociales e históricos, para su comprensión integral.

3. *El derecho desempeña un papel subordinado*

Fuerte. El carácter subordinado del derecho tiene que ver con la tesis del economicismo. En la *Introducción* a la *Contribución a la crítica de la economía política* es conocido el pasaje en el que Marx afirma que el conjunto de las relaciones de producción "forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a las que corresponden determinadas formas de conciencia social". El problema es que postular la determinación del derecho por la economía no da cuenta de la creciente intervención del Estado, a través del derecho, en las regulaciones de los procesos productivos, o con el mismo derecho como instrumento de transformación social.

Débil. No habría tanto una *determinación* de unos elementos de la sociedad por otros, sino más bien una *interacción* entre todos ellos. Este enunciado supone la aceptación de un *antiformalismo* jurídico, es decir, considerar que el derecho: "no puede entenderse como un fenómeno aislado del resto de los elementos sociales y, en particular, de los económicos y que la conexión que se da entre unos y otros no es puramente externa, sino también interna". Por lo mismo, los conceptos a los que habría que recurrir para explicar el derecho, con un carácter previo a los conceptos básicos internos al propio ordenamiento jurídico, serían, entre otros, los de trabajo, necesidad, interés, conflicto, etcétera.

4. *El derecho tiene un carácter ideológico*

Fuerte. En la acepción marxista, las ideologías no son sólo un conjunto de ideas de carácter práctico, sino también un conjunto de ideas que presentan la realidad de una manera deformada. "Defender el carácter ideológico del derecho y entenderlo como un fenómeno de falsa conciencia, que carece de historia propia y que no contribuye más que a justificar la domi-

nación de una clase sobre otra, es una simplificación que no contribuye a comprender el derecho ni a utilizarlo inteligentemente".

Débil. Es indudable que muchas instituciones y normas jurídicas tienen un carácter ideológico y pueden llegar a reflejar una idea deformada de las relaciones sociales. Desde un liberalismo libertario en términos de *laissez faire* no es difícil ver que figuras jurídicas como el contrato y el salario "encubrirían con un manto de libertad e igualdad en un caso, y de equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, en el otro, el hecho real de la explotación capitalista". La pretendida neutralidad del derecho podría convalidar situaciones de profunda injusticia, pero aceptado este hecho, hay un largo camino para inferir de ahí que todo el derecho se reduce a la falsa conciencia dominante de una determinada clase social en el poder.

5. *Rechazo al modelo tradicional de ciencia jurídica*

Fuerte. Si se aceptan las versiones fuertes de las tesis anteriores se debe aceptar también que no es posible una ciencia del derecho. Si el derecho carece de autonomía y está destinado a extinguirse no tiene sentido construir, sobre estos supuestos, lo que se denomina una "dogmática jurídica". Por ello resulta irrelevante sugerir criterios internos para la producción y aplicación del derecho; lo único que cabría hacer sería ofrecer explicaciones externas, propias de la historia, la sociología o la crítica ideológica.

Débil. Sin llegar a negar la existencia y necesidad de la "dogmática jurídica" podría reconstruirse la ciencia del derecho desde las mismas disciplinas empíricas y evitar: "separar la dogmática de la sociología jurídica; configurar un modelo de ciencia social integrada; no renunciar a un análisis histórico de las categorías jurídicas; desenmascarar los elementos ideológicos de la propia dogmática; potenciar los elementos de transformación social presentes en el derecho moderno".

6. *Desconfianza o al menos sospecha frente a los "valores" de justicia y derechos humanos*

Fuerte. La desconfianza y radicalización hacia la ideología de la justicia y de los derechos humanos lleva a comprender el marxismo bajo una concepción de la ética fuertemente "no cognoscitivista", o simplemente escéptica o moralmente nihilista. "En *La cuestión judía* Marx había formulado una crítica a las declaraciones de derechos de las revoluciones americana y francesa,

que los identificaba como derechos de la burguesía. De lo que se trataba no era llevarlos a la práctica sino superarlos en una etapa superior, la del comunismo, donde se alcanzaría la plenitud de la emancipación humana".

Débil. La desconfianza hacia la justicia y los derechos humanos no debe conducirnos a la claudicación de una teoría normativa imbricada, también, con una teoría histórico-explicativa de los derechos. Los principios básicos que deberían servir de base serían los siguientes: "1. El principio de necesidades básicas que gozan de prioridad frente a los deseos e intereses secundarios; 2. El principio de cooperación, según el cual el desarrollo máximo y deseable del ser humano exige una cooperación activa de los demás, así como de las instituciones sociales, estatales o no; 3. El principio de solidaridad, que establece que cualquier ser humano sólo tiene derecho a un grado de desarrollo y de goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente".

En su versión débil, concluyen los autores, las seis tesis no pasan de ser "un conjunto de recomendaciones heurísticas", pero, sin duda, todas ellas perfectamente asumibles, no sólo para valorar y reactualizar la misma filosofía marxista del derecho sino, como afirman con toda razón, para "formar parte del *background* cultural básico de quienes, a finales del siglo XX [y hasta nuestros días], pretendan hacer filosofía del derecho".[51]

[51] *Ibidem*, pp. 18 y 19.

Capítulo séptimo

JUSTICIA COMO DERECHOS, CAPACIDADES Y NO SOMETIMIENTO

De la misma manera que es posible hablar de una "familia socialista", también es posible hablar de una "familia liberal", que comprende desde el liberalismo anarquista, el conservador, el libertario eficientista (o neoliberal), el libertario deontológico, hasta el liberalismo igualitario. Es posible ser reduccionista y pensar que el socialismo paradigmático sigue siendo el socialismo real, como dentro de las filas liberales lo sería un libertarismo económico eficientista. Entre estos dos últimos puede generarse y se ha generado un debate intenso, sin duda interesante, pero hoy día totalmente anacrónico si asumimos con plena conciencia que ya han quedado atrás los tiempos de la Guerra Fría. Entre los defensores de un nostálgico socialismo real y los de un libertarismo a ultranza no se carece de contenidos conceptuales y de una vocación racionalista, pero ambos se presentan de forma dogmática, bajo la lógica schmitteana amigo-enemigo, sin matices y, por tanto, refractarios —aquí el punto de coincidencia con el populismo— a un diálogo plural. También se ha intentado acercar el socialismo democrático a un liberalismo economicista, dando lugar a lo que Giddens bautizó como la "tercera vía",[1] un híbrido que termina adelgazando al socialismo democrático con un proyecto pragmatista débil con respecto a las demandas sociales y, en algunas versiones europeas y también latinoamericanas, ha contribuido a reforzar el neoliberalismo presentándolo, irónicamente, como la mejor y más realista versión del socialismo.

Ahondaremos en este capítulo sobre algunas teorías de la justicia de centro-izquierda —dentro de las coordenadas político-jurídicas— y que pueden adoptar, bien sea las propuestas de un liberalismo igualitario o las de un socialismo democrático. Existen entre uno y otro más puntos de convergencia que de divergencia, pese a que el *pedigree* —más anglosajón en el primero y más europeo en el segundo— sea distinto. No debe extrañarnos, por lo mismo, que puedan instrumentarse alianzas entre ambos en el terre-

[1] Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de Pedro Cifuentes Huerta, Madrid, Taurus, 1999.

no de los programas y de las acciones políticas. En un esfuerzo de síntesis, y desde un acercamiento filosófico, diría que las premisas compartidas serían las siguientes:

a) A diferencia del liberalismo libertario y economicista, no se aboga por las libertades en un sentido absoluto.[2]
b) Por lo mismo, se defiende una concepción de los derechos humanos entendidos no solo como libertades, protegidos por un Estado mínimo, sino como exigencias sociales con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía.[3]
c) Las diferencias entre los individuos pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos aventajados, por tanto, son exigibles no solo los deberes negativos por parte del Estado, sino también los positivos.[4]
d) Tanto el liberalismo igualitario como el socialismo democrático toman distancia de los excesos populistas, de la cerrazón nacionalista y del despotismo autoritario, reafirmando su convicción por una democracia plural, incluyente y progresista.
e) Ambos entienden, también, que deben ponerse límites éticos y jurídicos a los excesos de un poder tecnócrata y de una cultura empresarial monopolista y nepotista —así como la de la propia clase política—, que cree dogmáticamente en el mercado sin regulaciones y en una competencia desenfrenada en perjuicio de los más necesitados y de aquellos que en verdad quieren hacer valer sus méritos —capacidades, riesgos y esfuerzos— en una competencia adecuadamente regulada.

Señalados los puntos de convergencia, ¿cuáles son algunas de las diferencias que distinguen a la familia de los igualitarios entre sí? Como podrá verse en la presentación de algunos de los representantes más destacados

[2] En torno al tema de la desigualdad en México, véase Zepeda Lecuona, Guillermo, "El sistema jurídico mexicano frente a la desigualdad", Impunidad Cero, *Este País*, México, 2017.

[3] Desde el punto de vista de una concepción igualitaria de la justicia, véase Grupo Consultivo de la OMS sobre la equidad y Cobertura Universal de Salud, Cómo tomar decisiones justas en el camino hacia la cobertura universal de salud. Informe final, Organización Panamericana de la Salud-OMS, Washington DC, OPS, 2015.

[4] Para una aplicación clara de deberes positivos del Estado en beneficio de los menos aventajados, en este caso, niños de la calle con problemas de vivienda, véase Corte Suprema de Argentina, *Q.C.S.Y. vs. Gobiernos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*, 2012.

del igualitarismo, el punto de partida para todos ellos ha sido de manera preponderante la obra de John Rawls.

I. Justicia como derechos y recursos

Se pregunta Dworkin ¿qué teoría de la justicia da cuenta del contractualismo en el pensamiento de Rawls? La teoría de la justicia como imparcialidad rechaza una justificación teórica del contrato de tipo teleológica basada en objetivos de bienestar general, y también en una teoría basada en los deberes o imperativos, preocupada porque los individuos adecuen sus conductas a códigos morales hipotéticos o *a priori*.

Según Dworkin, la teoría de Rawls es una teoría basada en derechos, en la línea de clásicos como Thomas Paine[5] y más específicamente en una comprensión de los derechos como "naturales":

> […] en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético. Si he evitado esta formulación [*naturales*] es, porque, para muchas personas, tiene asociaciones metafísicas que la descalifican. Tales personas piensan que los derechos naturales son atributos espectrales que los primitivos usaban a manera de amuletos y que se incorporan a la civilización para mantener a raya las tiranías. […] Pero dentro del modelo constructivo, por lo menos, el supuesto de los derechos naturales no es metafísico ni ambicioso. No exige más que la hipótesis de que el mejor programa político, dentro del sentido de dicho modelo, es el que considere fundamental la protección de ciertas opciones individuales, que no es adecuado subordinar a ningún objetivo o deber o combinación de ellos.[6]

Desprendidos de su ropaje teológico o iusnaturalista, los derechos deben comprenderse de manera secular y como bienes que no deben subordinarse a fines ulteriores. En este sentido, el supuesto de la teoría contractual, bajo la posición original, no debe estar preestablecido de acuerdo con alguna determinada concepción del bien, precisamente para garantizar la imparcialidad de los principios. Por tanto, o bien los derechos se conciben como libertades, o bien bajo el supuesto de la igualdad.

Con respecto a las libertades, continúa Dworkin en su interpretación de Rawls, ellas serían producto del contrato y no condición del mismo. Los

---

[5] Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, trad. de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, FCE, 1986, primera parte.

[6] Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 267.

POP escogen tales libertades para proteger los bienes básicos que deciden valorar, como son las oportunidades o poderes. Lo mismo sucede con la noción de igualdad como criterio para la distribución de ciertos bienes y para lo que se apela a principios que justifiquen diferencias entre las personas. Pero hay una noción de igualdad que subyace a las libertades y al propio principio de diferencia y que, como el propio Rawls reconoce: "se aplica al respeto que se debe a las personas, independientemente de su posición social […] y es fundamental". Para Dworkin, de acuerdo con este segundo tipo de igualdad:

> […] los individuos tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño y administración de las instituciones políticas que los gobiernan. […] Por lo tanto, podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto, un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y administrar justicia.[7]

Y es precisamente el principio de igual consideración y respeto —en cuanto derecho moral que precede a su institucionalización jurídica— un principio poderoso para reconocer el derecho de las minorías frente a las mayorías. Así, por ejemplo, en el caso de la discriminación racial, no es lo mismo la situación de quien ha pedido admisión a una escuela de derecho y es rechazado por la legislación del Estado, que establece que solo los blancos podrán tener acceso, a la situación de quien ha solicitado admisión a una escuela de derecho y es rechazado a pesar de que los resultados del examen le hubieran permitido acceder si hubiera sido afroamericano. En el primer caso, la persona "no es tratada como igual" —igual consideración y respeto—; mientras que en el segundo caso, la persona no tiene derecho a la "igualdad de tratamiento" si, de acuerdo con políticas sociales u objetivos de la sociedad, resulta deseable un equilibrio no discriminatorio entre abogados, por razones raciales. En el primer caso, la persona tiene un "derecho antecedente" —moral o "natural"— que precede al derecho institucional. En el segundo caso, se justifican políticas de discriminación inversa, temporales, hasta que se logre el objetivo social buscado.

Para Dworkin, entonces, tomarse los derechos en serio supone poner barreras de protección y entenderlos como "cartas de triunfo" frente a cualquier pretensión holista, pero también:

---

[7] *Ibidem*, pp. 272 y 274.

> […] debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto. La segunda es la idea, más familiar, de la igualdad política…[8]

Por otra parte, frente a los embates del liberalismo libertario al liberalismo igualitario de Rawls en términos del déficit de responsabilidad personal, Dworkin propone corregir la propuesta de Rawls partiendo del reconocimiento de tal déficit considerando: 1. la insensibilidad de Rawls a las dotaciones o capacidades naturales de cada persona, y 2. la insensibilidad a las ambiciones propias de cada individuo.

Con respecto a la primera, Rawls no ofrece una teoría robusta que dé cuenta de las desigualdades naturales. Estas, pensaba Rawls, no debían influir en la distribución de recursos. Pero de no considerarlas, piensa Dworkin, tales desigualdades podrían generar resultados contraintuitivos, a saber: una persona con ingresos mejores que otra, pero con graves afecciones físicas, de acuerdo con Rawls, se encontraría en una situación mejor que la otra, pese a que sus mayores ingresos no le resultarían suficientes para pagar las medicinas que requiere.

Con respecto a la segunda, en el supuesto de dos personas dotadas de iguales talentos y recursos naturales, en el que una de ellas trabajara con esfuerzo y ambición e incrementara su dotación inicial, mientras que la otra prefiriera no esforzarse y más bien consumir sus dotaciones hasta colocarse en una situación de desventaja, cabría preguntarse por qué el resto de la sociedad debería hacerse cargo de la irresponsabilidad del dilapidador, e incluso asumir el pago de algún impuesto —por ejemplo, para un seguro de desempleo— y transferirle al irresponsable parte de las ganancias del esforzado.

Dworkin propone hacer una distinción entre las circunstancias ajenas al control de una persona —situación familiar de origen, raza, género…— y aquellas acciones sobre las que la persona tiene control y puede responsabilizarse por las mismas. Una sociedad justa debería minimizar la relevancia de las primeras y poner las condiciones adecuadas para maximizar las segundas.

El modelo propuesto por Dworkin, orientador para una política igualitaria, pretende salvar el par de deficiencias latentes en la teoría de Rawls, y consiste en imaginar una subasta hipotética en la que cada participante

[8] *Ibidem*, p. 295.

tendría inicialmente un idéntico poder adquisitivo y la sociedad pondría a su disposición recursos suficientes que se someterían a un remate. En este, todos tienen las mismas posibilidades de adquirir los recursos, y la subasta concluye cuando cada participante queda satisfecho con lo que adquirió y no envidia los recursos adquiridos por otro. Superado este primer nivel, se asigna a cada participante una dotación adicional e igual con el fin de *asegurarse* frente a las eventualidades azarosas y las consecuencias futuras, producto de las diferentes capacidades con las que las personas nacen dotadas. A través del esquema "subasta y seguro" se eliminaría el problema de la "suerte bruta" —riesgos de los cuales los individuos no son en absoluto responsables— y, por otra parte, no habría que eliminar o no considerar —como parece desprenderse de la propuesta de Rawls— aquellos riesgos que son el producto de opciones y esfuerzos tomados por los individuos, "suerte opcional".

La propuesta de Dworkin subyacente al modelo hipotético, sucintamente expuesto, exigiría por parte del Estado una decidida intervención que permitiera situaciones iniciales de igualdad que corrigieran las desventajas, producto de diferenciaciones históricas y estructurales. Debe asegurarse, por ejemplo, la universalidad de la cobertura en educación, alimentación, salud y vivienda, especialmente para quienes tienen o pudieran adquirir algún tipo de discapacidad física o mental.[9]

En síntesis, una teoría de la justicia como derechos y recursos debe asegurar un conjunto de capacidades básicas mínimas conjuntamente con una distribución de medios, sensible a la ambición, el esfuerzo y las elecciones de los individuos, tratados cada uno con igual consideración y respeto.

II. Justicia como capacidades

En el prefacio a su libro *La idea de la justicia*,[10] "a la memoria de J. Rawls", Amartya Sen propone tres directrices generales para abordar el problema de la justicia:

1. La justicia tiene que ver primordialmente con la vida cotidiana de la gente y no meramente con el problema de las instituciones. Se debe ir más allá de estas últimas y comprender la vida, las libertades y la cotidianidad de las personas en sus entornos geográficos, sociales y culturales.

---

[9] Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002.

[10] Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2010.

2. Comprender la justicia de esa manera no es distanciarse del pensamiento propio de la modernidad ilustrada, si se entienden un par de cuestiones: *a)* los conceptos desarrollados por la ilustración no son privativos de la tradición occidental y se pueden encontrar prácticamente en cualquier cultura —en los grandes relatos de la cultura hindú, por ejemplo, no es difícil rastrear conceptos como los de imparcialidad, deber, bondad, corrección, responsabilidad, etcétera—, y *b)* hay que comprender que la ilustración no se expresó con una sola voz, la de los contractualistas: Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, y por extensión, Rawls, Nozick, Dworkin o los deliberacionistas, sino también por otro tipo de ilustración, con la escocesa y con Adam Smith y su *Teoría de los sentimientos morales* a la cabeza,[11] pero también con Marx, Condorcet y un largo etcétera.
3. Un acceso más directo a los problemas de justicia, por ejemplo, por vía negativa, en los que podría existir un acuerdo mayor entre las diferentes teorías: a través de las injusticias, las desigualdades, los temores, las carencias. El acceso por las necesidades, entendidas como carencias que requieren de una satisfacción urgente, ha sido una vía provechosa, pero que ha resultado insuficiente o incluso hasta perversa. En su lugar habría que considerar la alternativa de las capacidades. Detengámonos un poco más en esta última idea.

Necesidades y capacidades

En primer lugar, para Sen, las necesidades básicas se han entendido por lo general en términos de "mínimos de bienestar particular" frecuentemente identificados con las necesidades materiales. El enfoque por la vía de las capacidades no se confina a un uso determinado y puede emplearse para juzgar las ventajas individuales en cualquier nivel. De esta manera, mientras la noción de necesidades básicas solo comprendería a los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, la noción de capacidades serviría también para incluir a los países desarrollados.

En segundo lugar, el concepto de necesidades básicas es más "pasivo" que el de capacidades. La perspectiva de la libertad positiva se relaciona naturalmente con el de las capacidades —qué puede hacer la persona— más que con la posibilidad de satisfacer las necesidades —qué puede ser hecho

[11] Smith, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza Editorial, 1997. Especialmente, "Del sentido de la corrección" y de la noción de "simpatía".

para la persona—. Por esta razón, el enfoque de las necesidades básicas tiene que ver más con el tratamiento de los dependientes que con el de los adultos responsables. En otros términos, mientras que la noción de capacidad entendida como autonomía es autorreferente, la noción de necesidad exige la participación de un decisor externo y, con ello, el tener que justificar con sumo cuidado intervenciones de tipo paternalista.

En tercer lugar, la noción de capacidades sugiere la idea de algo dinámico que permite dar cuenta de la diversidad de requerimientos para satisfacerlas en lo que Sen llama un "equilibrio múltiple". Por el contrario, las necesidades básicas se refieren más bien a algo estático que podría llegar a favorecer un *statu quo*.

Por último, en la escala jerárquica de necesidades, donde no solo habría que incluir las materiales, sino también las mentales y sociales, el ordenamiento conforme a las necesidades básicas nos conduciría a la idea de algo yuxtapuesto, es decir, una vez satisfechas las necesidades materiales podría pasarse al nivel superior de las mentales y luego al de las sociales. El enfoque por la vía de las capacidades, a diferencia del de las necesidades, hace posible comprender una interacción dinámica entre los niveles, permitiendo que la autorrealización se entienda desde el mismo momento en que comienzan a satisfacerse las necesidades elementales.[12]

Aun asumiendo las críticas de Sen a la teoría sobre las necesidades básicas, pienso que lejos de ser excluyentes se implican, sobre todo si se parte de la idea de que la noción de capacidad, tal como sugiere Nussbaum en su interpretación de Sen: "es una función compleja: incluye las dotaciones genéticas básicas, educación e instrucción, y una serie de condiciones externas, institucionales y políticas, así como materiales".[13]

Sen piensa que una propuesta igualitaria no debería concentrarse en la igualdad de bienes primarios (Rawls), ni en la igualdad de recursos (Dworkin), ni en la utilidad obtenida con esos bienes o recursos (utilitarismo). Lo que debería tomarse en cuenta es algo posterior a la tenencia de tales recursos y anterior a la obtención de la utilidad: la igualdad debería buscarse en la posibilidad de cada sujeto para "convertir o transformar esos recursos en capacidades". Así, por ejemplo, la capacidad de *ser* bien nutrido o la capacidad de *ser* saludable es lo que verdaderamente importa en la vida y no solo *estar* nutrido o *estar* saludable. Es claro que nuestra vida se especifica en buena medida por los logros alcanzados en términos de *funcionamientos*

[12] Véase Sen, Amartya, *Resources, Values and Development*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 509 y ss.

[13] Cit. por Galston, William, *Liberal Purposes*, Cambridge University Press, 1991, pp. 178 y 179.

—tener o estar—, pero lo que importa realmente es la capacidad —ser— para alcanzar tales funcionamientos. La idea de capacidades tiene que ver entonces con la idea de libertad, pero entendida como libertad positiva, es decir, como el conjunto de capacidades para hacer posible los diferentes funcionamientos que la persona puede alcanzar.

Según Sen, distintos individuos en distintas sociedades alcanzan niveles diferentes de desarrollo de las capacidades y valoran de manera distinta los diversos funcionamientos. Una adecuada teoría de la justicia debe considerar tales diferencias para efectos distributivos y debe *focalizarse* para la asignación de recursos. En una sociedad extremadamente pobre debe buscarse igualar a las personas en un conjunto limitado de funcionamientos y en sus capacidades correspondientes; en una sociedad desarrollada habría que examinar una lista más extensa de desempeños. Entre la métrica muy subjetivista de los utilitaristas y la métrica muy objetivista de igualitarios como Rawls y Dworkin, habría que pensar en una posición intermedia. Con todo, cabe preguntarse si este enfoque intermedio de Sen no deja abiertas las puertas para ciertas concesiones a un posible relativismo social y cultural.

Martha Nussbaum desarrolla la teoría de las capacidades de Sen desde un enfoque aristotélico, y está de acuerdo en considerar a las capacidades y a los funcionamientos como relevantes para cualquier desarrollo humano. Sin embargo, a diferencia de Sen, no solo piensa que es posible ofrecer un listado de tales capacidades *centrales,* sino que incorpora un "umbral básico" en cada capacidad, por debajo del cual se provocaría un daño a la persona contribuyendo a la pérdida de su dignidad. Y es esta lista de capacidades centrales, con sus umbrales respectivos, la que debe servir de criterio para determinar los principios constitucionales y los derechos correspondientes exigibles a los gobiernos. En este sentido, la propuesta de Nussbaum ataja cualquier crítica a la teoría de las capacidades en términos de un relativismo cultural, a la que quedaba expuesta la teoría de Sen, y abre la posibilidad de una justificación universalista de los derechos que, como decíamos más arriba, viene a complementar o a llevar a su expresión más acabada la teoría de las necesidades básicas y a responder a las críticas de paternalismo injustificado o de pasividad y carácter estático de las mismas. De paso, el problema del déficit de responsabilidad presente en la teoría de Rawls se resuelve haciendo un lugar a la libertad positiva y a la responsabilidad consiguiente de los individuos en el desarrollo de sus capacidades.

¿Cuáles son esas capacidades mínimas que toda sociedad debe considerar y contribuir para asegurar una "buena vida" y que deben lograrse de forma interdependiente e incluyente? La lista de Nussbaum es la siguiente:

1. *Life*. Ser capaz de vivir, es decir, no morir prematuramente.
2. *Bodily health*. Ser capaz de gozar de buena salud, buena alimentación, vivienda adecuada, oportunidades de satisfacción sexual y moverse a diferentes lugares.
3. *Bodily integrity*. Ser capaz de tener experiencias placenteras, evitar el dolor innecesario y estar seguro frente a los asaltos violentos.
4. *Senses, imagination and thought*. Ser capaz de usar los cinco sentidos, de imaginar, pensar y usar la razón.
5. *Emotions*. Ser capaz de experimentar apego a cosas y personas fuera de nosotros mismos, de amar, llorar la muerte de alguien, extrañar y sentir gratitud.
6. *Practical reason*. Ser capaz de formar una concepción del bien y de reflexionar críticamente sobre nuestros planes de vida.
7. *Affiliation.* Ser capaz de vivir para otros y con otros sobre las bases del autorrespeto y la no humillación, considerar a los demás seres humanos y tomar parte en interacciones sociales y familiares.
8. *Other species*. Ser capaz de relacionarse con animales, plantas y la naturaleza en conjunto.
9. *Play*. Ser capaz de disfrutar del buen humor, del juego y de las actividades recreativas.
10. *Control over one's environment*. Ser capaz de vivir la propia vida y no la de alguien más, en el contexto político y social que le ha tocado.[14]

La teoría de la justicia de Sen-Nussbaum ha tenido un fuerte impacto para la comprensión del problema de la pobreza y puede ser usada con muchas ventajas para dar cuenta también del problema de la desigualdad, y de lo que algunos autores han propuesto como una economía del desarrollo, humanista.[15]

---

[14] Nussbaum, Martha, "Women's Capabilities and Social Justice", en *Journal of Human Development*, vol. 1, núm. 2, UNDP, 2000, pp. 231-233.

[15] Boltvinik, Julio, "Teoría de las necesidades para el desarrollo. Max Neef y coautores: 15 sugerentes postulados sobre el tema", en *La Jornada,* 13 de mayo de 2005. Boltvinik propone una distinción que resulta muy esclarecedora entre necesidades/capacidades, los satisfactores de las mismas y los bienes que potencian tales satisfactores. Por otra parte, la teoría de las capacidades propuesta por Sen ha tenido un fuerte impacto en las políticas de desarrollo a nivel mundial a partir del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). En México, sus propuestas han servido de base para la medición de la pobreza en términos multifactoriales, tal como es presentada por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).

III. Igualdad como no arbitrariedad o igualdad como no sometimiento

Desde un liberalismo que Cohen situaría en una igualdad liberal de izquierda, Roberto Saba indaga en su libro *Más allá de la igualdad formal ante la ley*: "la relación entre el ideal de igualdad constitucional y la situación de desventaja estructural en que se encuentran grupos de personas que comparten alguna condición o cualidad, como las mujeres, los indígenas, las personas con discapacidad, los migrantes o los pobres estructurales".[16]

Apoyado, entre otros, en los trabajos de Fiss, Post, Siegel y MacKinnon, Saba se propone distinguir, por una parte, entre la noción de igualdad, asociada al principio de no discriminación o de no arbitrariedad, de la noción de igualdad, asociada al no sometimiento, la no opresión o la no dominación y, por la otra, analizar las llamadas "categorías sospechosas" determinadas especialmente por aquellos criterios "cuya aplicación contribuye a perpetuar situaciones de subordinación, independientemente de su correspondencia con categorías *a priori* listadas" y, digamos, no derrotables.

Armado con un poderoso arsenal conceptual, Saba no solo da cuenta de la igualdad en el orden público, sino también —y esto realmente es una contribución de primer orden para la teoría y la filosofía del derecho— en el orden privado, en la relación entre particulares. La distinción entre derecho público y privado resulta entonces insuficiente para dar cuenta de las relaciones jurídicas si asumimos el enfoque desde la desigualdad estructural.

Asimismo, Saba invita a "repensar el rol de los jueces al aplicar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos en casos que involucren afectaciones estructurales de derechos en general y de desigualdad estructural en especial". Se trata de un replanteamiento del control de constitucionalidad y de convencionalidad que tiene que ver más con la aplicación judicial que no con la matriz constitucional de tipo liberal o social, como han propuesto, por ejemplo, Ferrajoli, Courtis o Abramovich.

El libro de Saba cierra con un epílogo desafiante que invita a la elaboración de otro libro que se aboque estrictamente al problema de la pobreza y de lo que hoy, a buena hora y gracias a los trabajos de autores como Stiglitz y Piketty, se ha dado en llamar la "brecha de desigualdad". Saba aborda el problema de la justicia desde el enfoque de la desigualdad estructural sal-

[16] Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, p. 20.

dando así, como lo expresan Garagarella y Bergallo, "una deuda a partir de una reflexión jurídica meticulosa fundada sobre un profundo conocimiento del derecho comparado de tradición estadounidense y los desarrollos jurisprudenciales de la región".[17]

En 1999, Owen Fiss escribió un ensayo titulado "El inmigrante como paria", publicado en la *Boston Review*.[18] En síntesis, la propuesta de Fiss sería la siguiente:

a) La privación de derechos sociales a los inmigrantes no puede abordarse, como pretenden muchos juristas, como una cuestión de discriminación formal.
b) La propia enmienda XIV, referida al principio de igualdad, también podría interpretarse como un mandato de no sometimiento que impediría negar derechos sociales a la población inmigrante, tanto "regular" como "irregular".
c) Nada de esto, sin embargo, obligaría a reconocer a los inmigrantes derechos políticos.
d) El reconocimiento de derechos sociales a los inmigrantes tampoco estaría reñido con el derecho del Estado a gobernar las condiciones de entrada y salida de sus fronteras.
e) Los principales garantes del principio de no sometimiento serían los jueces.

El texto de Fiss —precedido por otro publicado en 1977, "Groups and the Equal Protection Clause"— suscitó un gran debate. El libro de Saba es una prolongación de ese debate que, por una parte, le da orden a la discusión y, por la otra, en cierto sentido, también la cierra. Después del libro de Saba se podrán añadir notas marginales, pero lo sustantivo está dicho.

El principio de no discriminación o de no arbitrariedad "responde al ideal básico de igualdad de trato ante la ley, libre de caprichos, arbitrariedades o prejuicios por parte del Estado". Esta igualdad formal supone listar *a priori* categorías prohibidas o contrarias al principio de igualdad: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra condición social. Así está expresado en la Convención Americana en su artículo 1 y en la Constitución mexicana, también en el artículo 1. Producto del liberalismo clásico, este principio parte de

[17] *Ibidem*, p. 9.

[18] Fiss, Owen, "El inmigrante como paria", en *Una comunidad de iguales: la protección constitucional de los nuevos ciudadanos,* trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, Fontamara, 2008.

una visión individualista del ser humano, pone el acento en una concepción negativa de los derechos y exige del Estado una posición de neutralidad, equidistante o simétrica entre las partes.

Por su parte, el principio de no sometimiento, o no dominación, tiene que ver con una concepción de la igualdad, no formal, sino estructural y sustantiva. Este enfoque "considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno del sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad"; asimismo, "considera relevante la situación individual de la persona, pero entendiéndola siempre como integrante de un grupo que ha sido sistemáticamente excluido y sojuzgado". Amplía su concepción de los derechos en un sentido positivo incorporando los derechos sociales como una extensión natural de las libertades. Exige por parte del Estado una intervención activa, no neutral, asumiendo la situación asimétrica entre las partes.

En Estados Unidos, tal línea de reflexión inició con la decisión de 1954 de la Corte Suprema en el caso *Brown vs. Board of Education,* inaugurando el periodo conocido como Segunda Reconstrucción. En *Brown* no se trata de una injusticia individual haciendo valer el criterio racial, sino de una estructura social que creaba y sostenía la subordinación de los afroamericanos. Es una situación de grupo que justificaba la implementación de políticas de acción afirmativa, de cuotas y de acciones colectivas con el fin de empoderar a la comunidad sometida y hacer viable el principio de igualdad de oportunidades, no solo en el acceso, sino en el punto de partida. Este liberalismo se distancia de posiciones libertarias para asumir un igualitarismo robusto.

Asimismo, para Saba, la versión sociológica de la igualdad no se asocia con una perspectiva holista y, por tanto, no liberal. El grupo, el colectivo, la sociedad o la comunidad no son entes superiores sustantivizados que se sobreponen a las partes o a los individuos que los integran. Los individuos son fines en sí mismos y valiosos, que no pueden ser sacrificados en aras de la supervivencia del todo. El liberalismo igualitario excluye entonces versiones utilitaristas, comunitaristas o de socialismo colectivista. Ningún liberal niega que el individuo nazca en una comunidad y en un contexto social e histórico particular, pero a fuerza de atomizarlo, los libertarios perdieron esa dimensión real. A buena hora es recuperada por los igualitarios a la manera de Saba y Fiss.

Ampliando más el enfoque estructural de la desigualdad, en el epílogo del libro, Saba confiesa que las ideas que ha intentado defender en su libro surgieron de la convicción de que el problema de la pobreza extrema, persistente, perpetua y transmitida de generación en generación supone una

cuestión de derechos —en particular, del derecho a la igualdad de trato—. ¿Qué otro problema de desigualdad estructural más apremiante podría existir que el de la pobreza extrema? Problema que el autor ejemplifica con las villas miserias argentinas:

> Para un niño nacido en un hogar de la villa resulta casi imposible superar su condición, así como fue imposible para sus padres o para sus abuelos. El habitante de la villa, por el solo hecho de vivir en ella, recibirá una peor educación, le será más difícil o imposible acceder a empleos de calidad, no tendrá una atención médica de urgencia adecuada, no recibirá la protección de las fuerzas de seguridad y no le será nada fácil migrar hacia otros sectores de la ciudad. Estamos en presencia de una situación de desventaja sistemática, en donde el problema de desigualdad estructural afecta la propia autonomía personal.[19]

Si a las patologías de la pobreza extrema sumamos las propias de la "brecha de desigualdad", el escenario se nos vuelve doblemente adverso. En este contexto, para Saba no solo los legisladores, sino especialmente los juzgadores, deben asumir plenamente el principio de no sometimiento o no dominación y hacer un replanteamiento a fondo de la aplicación judicial, comenzando por el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Dicho lo anterior, me detengo en uno de los capítulos del libro que retoma un texto publicado por el autor en 2008[20] y que, desde entonces, introdujo en el debate hispanoamericano una problemática y unos conceptos novedosos. Las preguntas serían las siguientes: ¿cuándo una categoría utilizada para fundar tratos diferentes es sospechosa? ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? ¿Es posible identificar un listado de categorías sospechosas? Así, por ejemplo, la Corte Suprema argentina presupone la posibilidad de producir ese listado *a priori* y en abstracto cuando resuelve que resulta impugnable "una categoría infraconstitucional basada sobre el «origen nacional» [por considerarla] sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar".

Para Saba, el principio de no discriminación es inadecuado para concretar el ideal de igualdad como no sometimiento, y esa falta de adecuación se traslada a las categorías sospechosas fundadas sobre él. El carácter

---

19 Véase Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley, cit.,* pp. 288 y ss.

20 Saba, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. II, Derechos.

individualista, neutral y estrecho del principio de razonabilidad, propio del principio de no discriminación o no arbitrariedad, impide la posibilidad de prodigar tratos preferenciales a grupos sistemática o estructuralmente segregados. Más bien, lo que justifica la consideración especial de las categorías sospechosas es el fin igualitario de desmantelar situaciones de trato diferente estructural: las situaciones *de hecho*, no las condiciones abstractas o *a priori*.

Saba enuncia con un sinnúmero de ejemplos las consecuencias que se siguen de justificar las categorías sospechosas en uno u otro principio: de no discriminación o de no sometimiento. Cito un pasaje ilustrativo:

> Si las categorías sospechosas se asocian a la irrazonabilidad palmaria del criterio escogido, queda en claro que se vinculan con una idea de igualdad como no discriminación. La consecuencia práctica de este razonamiento es que la categoría "ser mujer" resultaría tan sospechosa como la categoría "ser varón" en cualquier caso, ya que lo que la vuelve sospechosa no es la referencia a la existencia de un grupo sojuzgado sino su irrazonabilidad palmaria. En cambio, si lo que hace a una categoría sospechosa es su identificación con un grupo o clase históricamente sojuzgado con miras a *protegerlo,* entonces, "ser varón" o "ser mujer" serán categorías sospechosas solo en la medida en que se las utilice para perpetuar la subordinación de la mujer. Por ejemplo, si el Estado solo contratara varones para desempeñarse como cajeros en los bancos públicos, excluyendo a las mujeres del empleo, el requisito ser varón sería sospechoso. En cambio, el requisito "ser mujer" sería el sospechoso si rigiera la contratación de empleadas para trabajar como promotoras en la vía pública y perpetuando así la estigmatización de las mujeres como objeto de *display*.[21]

Si el autor tiene razón, como creo que la tiene, entonces debemos aceptar que en aquellas sociedades donde se han alcanzado altos grados de igualdad estructural, de no sometimiento o dominación, digamos de trato paritario, tiene sentido concentrarse en hacer viable la igualdad como no discriminación. Hay una suerte de orden lexicográfico: no se puede pretender una igualdad formal si primeramente no se corrigen las desigualdades estructurales, entendiendo una vez más que las categorías sospechosas lo son en la medida en que contribuyen a perpetuar las situaciones de sometimiento y dominación. Hacer valer la primera sin considerar la segunda reforzaría esquemas elitistas, meritocráticos y aburguesados de ordenamiento social.

---

[21] Saba, Roberto *Más allá de la igualdad formal ante la ley, cit.,* p. 123.

IV. *Excursus.* Igualitarismo y "sala de máquinas" de la Constitución

En 2005, Roberto Gargarella publicó el libro *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*.[22] Aunque constreñido al periodo señalado en el título, daba cuenta ya de varios modelos teóricos que le servirían para analizar el periodo, y que utilizaría posteriormente, hasta llegar al libro, objeto de este *excursus*, *La sala de máquinas de la Constitución*.[23]

Los modelos que propone en *Los fundamentos legales de la desigualdad* son el conservador, el radical y el liberal. En ese libro reservó para las conclusiones un cuarto modelo, el igualitario. Para los que, como era mi caso, teníamos interés en tratar de comprender con cierta metodología la historia política y jurídica de nuestros países latinoamericanos, el libro resultó revelador y apasionante. Si además, después de haber publicado *Las teorías de la justicia después de Rawls*[24] —donde aparecía con gran consistencia y rigor su talante liberal igualitario en la exposición y crítica de las diversas teorías contemporáneas de la justicia— Gargarella criticaba los tres modelos desde tal concepción igualitaria, pues qué mejor.

Es probable que, dada la organización del libro, cuyo interés se centraba en la explicación de cada uno de los modelos, que a su vez se acompañaban con unas "notas" ejemplificadoras sobre la historia constitucional en América Latina —colocadas como anexos—, asomara cierto voluntarismo orientado hacia la justificación del modelo igualitario. Lo cierto es que *Los fundamentos legales de la desigualdad* sería, en algún sentido, el antecedente de *La sala de máquinas de la Constitución* y, después de diez años de intensa investigación historiográfica y análisis empírico, ese posible asomo de voluntarismo ha cedido ante una elaborada, rigurosa y aterrizada teoría e historia constitucional de nuestra región.

Antes de referirme expresamente al libro, no quiero dejar de mencionar un texto de nuestro autor, publicado en 2010 en la revista *Isonomía,* y que tituló "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América". Gargarella resumía su tesis central con las siguientes palabras:

> Después de más de 200 años de vida del constitucionalismo moderno, entendido este a partir de sus rasgos básicos —la adopción de una declaración

[22] Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2005.

[23] Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz Editores, 2014.

[24] Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls, cit.*

> de derechos y de un sistema de "frenos y contrapesos"— no puede decirse del mismo que su funcionamiento haya sido exitoso, particularmente en una mayoría de países de América. […] Según entiendo, la gravedad de las deficiencias institucionales en juego nos obligan a dejar de lado la idea según la cual lo que se requiere es "perfeccionar" o "pulir" algunos aspectos de dicho esquema […] existe urgencia por repensar las causas de lo que es, en definitiva, un fracaso institucional con consecuencias ya trágicas.[25]

El texto me resultó un tanto desconcertante con tal planteamiento escépticamente realista. Contrastaba de algún modo con la imagen que me había hecho de su libro anterior, en la que parecía viable un rediseño constitucional desde un enfoque igualitario. Ahora no se trataba de "perfeccionar" o "pulir", sino de "asumir un fracaso" y, en términos de Hart, diríamos que ya era hora de modificar la regla de reconocimiento del constitucionalismo americano.

Cuando empecé a leer *La sala de máquinas de la Constitución,* después del prefacio salté heterodoxamente al último capítulo: "¿Qué hemos aprendido de dos siglos de constitucionalismo? Por un constitucionalismo igualitario". No me encontré con un Gargarella tan fatalista, pero sí desencantado; no un demoledor de la construcción, pero sí un ingeniero de máquinas dispuesto a construir las bases de un "nuevo paradigma", en el sentido que da Kuhn a esos términos, es decir, ante la existencia de anomalías ingobernables que ponen en crisis todo el sistema se requiere de una nueva plataforma común de contenidos conceptuales y actitudes sociales que, al menos en buena parte, resulta incompatible con el paradigma anterior.

Comenzaré por decir que en este libro podemos apreciar en toda su dimensión una concepción del derecho, y específicamente del derecho constitucional comparado que se nutre de las virtudes propias de otras disciplinas como la historia, la sociología, la política y la filosofía. No creo traicionar el espíritu del libro si digo que Gargarella entiende el derecho como una subdisciplina de la ciencia social, comprendido interdisciplinariamente, e incorporando una dimensión normativa de orden ético-político.

Creo que lo que hace Gargarella por el derecho en este libro es lo que, por ejemplo, ha hecho Piketty con la economía en su libro *El capital en el siglo XXI*:[26] comprenderla en su dimensión interdisciplinaria, histórica y

---

[25] Gargarella, Roberto, "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América", *Isonomía,* México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-Fontamara, núm. 33, octubre de 2010.

[26] Piketty, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century,* Cambridge, Belknap Press of Harvard University Prerss, 2014.

práctica. Dice Piketty que es hora de que la economía supere su pasión infantil por las matemáticas y por la especulación puramente teórica, que deviene en ideológica. Parafraseando a Piketty, Gargarella podría decir que es hora de que el derecho supere su pasión infantil por el positivismo formalista y la pretendida neutralidad axiológica, que también deviene en ideológica, y se comprometa con una dimensión igualmente interdisciplinaria, histórica y práctica.

También Gargarella y Piketty, y aquí agregaría al historiador Tony Judt,[27] toman como punto de partida de sus análisis el problema de la desigualdad: "el gran drama que enfrenta la región, desde su independencia hasta hoy [dice Gargarella], y que sigue irresuelto, es el drama de la desigualdad". Este es el hilo conductor de todo el libro, como lo es también para Piketty, quien equipara la desigualdad actual con el mayor pico de desigualdad en la historia de Occidente durante el periodo de la llamada *Belle Époque*, de fines del siglo XIX y principios del XX, con una tendencia creciente de cara al futuro; y lo es también para Judt, para quien las décadas comprendidas entre 1980 y 2010 y lo que llevamos "han echado por la borda los logros paulatinos de un Estado social que significaron una reducción significativa de la desigualdad". El libro de Gargarella debe leerse a la luz del problema de la desigualdad en una región donde se encuentran diez de los quince países más desiguales del mundo.

Ahora bien, al mismo tiempo que se carga con el lastre de la desigualdad, los independentistas estadounidenses desde principios del siglo XIX, como muestra Gargarella, "proclamaron un fuerte ideal de igualdad" que incluía dos expresiones principales: el autogobierno colectivo y la autonomía individual. Ambos ideales, sin embargo, se vieron inmediatamente "deshonrados después de la revolución".

En una matriz que puede construirse con esas dos variables y, por tanto, con cuatro cuadrantes, en uno de ellos colocaríamos a los *conservadores* que rechazan la demanda de autogobierno y menosprecian el reclamo por mayores niveles de autonomía personal, abriendo así las puertas al perfeccionismo moral; en otro cuadrante, los *radicales* defenderían el ideal de autogobierno pero al costo de abandonar el ideal de autonomía individual sometiéndola a las "apetencias de la mayoría"; y finalmente, en un tercer cuadrante, los *liberales*, en las antípodas del radicalismo, protegerían la autonomía individual, pero al costo de sacrificar el ideal de autogobierno colectivo a través de la implementación de instituciones contramayoritarias.

---

[27] Judt, Tony, *Algo va mal,* trad. de Belén Urrutia, Madrid, Taurus, 2010.

A diferencia de los liberales y de los conservadores, los representantes del radicalismo prácticamente estuvieron ausentes de las mesas de discusión sobre cómo organizar las nuevas instituciones. Quizás por ello en la historiografía latinoamericana el análisis del radicalismo ha sido siempre marginal. Un gran mérito, a mi juicio, del libro de Gargarella es sacar a la luz a ese "fantasma radical" siempre presente en cada momento de la historia constitucional latinoamericana. Gargarella no oculta sus simpatías por el radicalismo y su vocación igualitaria, pese a su claro déficit en términos del principio de autonomía individual.

Queda un cuarto cuadrante: una fuerza que defendiera a la vez el ideal de autogobierno y el ideal de autonomía individual. Esa casilla, que corresponde al igualitarismo, está ausente de la historia constitucional de América Latina. En palabras de Rodrigo Uprimny, se trataría de lograr "una fuerte protección judicial de los derechos junto con una participación y una deliberación democrática contundentes. Y eso no es imposible, pero es difícil".[28] Este es el reto, ni más ni menos, lo que Gargarella llama "el largo camino hacia el igualitarismo", título del apartado con el que cierra su libro. Regresaré sobre este punto enseguida y sumaré a estas páginas las conclusiones de *Los fundamentos legales de la desigualdad*, para unos comentarios finales.

A partir de las dos variables y de los tres modelos señalados, Gargarella organiza los 200 años de constitucionalismo en América Latina en cinco periodos: el primero, de 1810 hasta 1850; el segundo hasta 1890; el tercero hasta 1930; el cuarto hasta 1980, y el quinto hasta 2010 y lo que llevamos de esta década. Hay dos periodos que resultan relevantes: el segundo periodo, de 1850 a 1890, que corresponde al constitucionalismo de fusión entre liberales y conservadores, y el cuarto periodo, de 1930 a 1980, que corresponde al pacto ampliado o ecuménico, que incorpora las demandas de los radicales.

Gargarella se siente a sus anchas en los capítulos dedicados al segundo periodo, no porque comparta el modelo teórico de fusión entre liberales y conservadores —por el contrario, como era de esperarse, se muestra severamente crítico—, sino porque los creadores de tal modelo comprendieron que el diseño de la sala de máquinas de la Constitución debía corresponder a la parte dogmática de la misma, que contiene los derechos humanos:

> El pacto liberal-conservador forjó, desde entonces, la matriz básica del constitucionalismo latinoamericano, que sintetizaremos en la fórmula alberdiana de *libertades políticas restringidas y libertades civiles (económicas) amplias*. Este modelo,

[28] Uprimny, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, p. 33.

> ya sabemos, apareció como la expresión de una concepción de la democracia muy estrecha, que pensaba a la ciudadanía en términos de su *asentimiento indeliberado a la autoridad política*. La estructura institucional básica que se organizó, entonces, a partir de tales criterios resultó, por un lado, tremendamente exitosa. Ello así, al menos, considerando tanto la extraordinaria difusión alcanzada por dicho proyecto constitucional, como por la estabilidad lograda por el mismo: finalmente, y luego de 150 años de su nacimiento, la estructura constitucional de la región sigue mostrándose estrechamente vinculada con tal proyecto fundacional.[29]

Esta fusión liberal-conservadora constituye el gran paradigma del constitucionalismo latinoamericano. Pero hay otro periodo que ocupa la atención central de Gargarella, y es el que corresponde al cuarto periodo de los cinco señalados: el periodo que comprende de 1930 a 1980, que constituye lo que el autor llama "el pacto constitucional ampliado". A la vieja matriz liberal-conservadora se añadían ahora los reclamos de la "cuestión social", incorporando la pretensión del radicalismo. Y es esta incorporación la que generó una tensión interna en las constituciones, de alguna forma irresoluble. Cito a Gargarella:

> Para decirlo brevemente, se reservaba para la vieja alianza liberal-conservadora el control de la "sala de máquinas" de la Constitución, mientras que se delegaba a los grupos más radicales el trabajo sobre la sección de los derechos. El resultado de esta distribución de tareas fue el crecimiento de Constituciones en fuerte tensión interna (en donde una parte de la Constitución se constituía en principal amenaza para la otra), y el mantenimiento de una estructura de poder todavía muy impermeable a las crecientes demandas sociales provenientes desde la sociedad civil —lo que aseguraba el surgimiento de más tensiones entre ciudadanía y Constitución—. […] lo que quedó fue un "nuevo" modelo constitucional, caracterizado por robustas declaraciones de derechos y una organización del poder todavía altamente concentrada.[30]

Tal tensión constituye una verdadera anomalía que al paso de los años se fue acentuando. Si bien desde los años ochenta es notoria la incorporación de demandas de grupos tradicionalmente marginados, traducidas en derechos —pensemos solamente en las demandas de los grupos indígenas en nuestra región— esa explosión de derechos no se acompañó de un ajuste en la sala de máquinas, y más bien reafirmó su vocación jerárquica, verti-

---

[29] Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución, cit.,* p. 350.

[30] *Ibidem*, p. 353.

calista y contramayoritaria: mayor concentración de poder en el ejecutivo con posibilidades de reelección, protagonismo del Senado, y esa paradoja de la que ya daba cuenta Carlos Nino, a saber: a mayor proliferación de derechos, mayor poder y control judicial. Desde este punto de vista, el llamado "nuevo constitucionalismo" del último periodo —de 1980 hasta nuestros días— tiene poco de nuevo, y más bien vino a reforzar una tensión que, como decía Gargarella en aquel texto de 2010 al que ya me referí, ha hecho que la maquinaria quede exhausta. Pero entonces, ¿es posible llenar ese casillero ausente que correspondería a un constitucionalismo igualitario? ¿Deberíamos más bien postularlo como un ideal aspiracional? Es difícil, como decía Uprimny, pero no imposible. Y creo que Gargarella, a lo largo de muchos escritos, ha ido delineando una carta de navegación que él mismo ha sintetizado y que comentaré brevemente.

En primer lugar, de lo que se trata es de reinstalar la dimensión igualitaria en términos de un mayor involucramiento ciudadano en la discusión pública. En otros términos, reivindicar una democracia deliberativa y distinguirla claramente de la democracia como mercado o de la democracia pluralista, estas últimas privilegiando preferencias autointeresadas a través del voto o de la negociación, a diferencia de la primera, que privilegia el ejercicio argumentativo a través de preferencias imparciales. Es lo que con persistente reiteración ha defendido Gargarella como el "valor epistémico de la democracia": la verdad moral, contra toda forma de elitismo y dogmatismo, es un constructo producto del diálogo incluyente, no del monólogo excluyente. No se trataría de reivindicar la deliberación a costa del voto o de la negociación, más bien, el ejercicio deliberativo debería ser la condición de posibilidad del sufragio y de la negociación: una deliberación *ex ante*, no *ex post*. Por supuesto, y anticipándose a las críticas, la democracia deliberativa tiene sus límites. Cito a Gargarella:

> Límites en cuanto a la frecuencia de las decisiones colectivas que se proponen (existen razones de principio y de conveniencia para que tales decisiones se encuentran separadas por periodos de "reposo"); en cuanto al objeto de las mismas (no es necesario controlar colectivamente todos los problemas de interés público, sino solo los más importantes); en cuanto a los sujetos o participantes en dichas decisiones (los "principales afectados" pueden ser, exclusivamente, y por ejemplo, solo los miembros de una pequeña localidad); y en cuanto a la modalidad de tales decisiones (no todos los procedimientos colectivos de toma de decisiones son igualmente defendibles).[31]

[31] Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, *cit.*, p. 268.

En segundo lugar, con respecto a los derechos humanos, el compromiso con la autonomía individual no se agota con el "dejar hacer", sino que además requiere de un activo respaldo al "poder hacer" de los individuos. No se trata de desarticular el poder público en aras de una protección a ultranza de los derechos individuales. En situaciones de fuertes desigualdades, los individuos y grupos desaventajados quedan totalmente desprotegidos y a merced de los mejor situados. La justificación última de tal participación activa por parte del Estado descansa en la convicción igualitaria de que la vida de las personas depende de las decisiones de las que estas sean responsables. El límite de tal participación será siempre, para un liberal, el ámbito de la vida privada, porque, en la mejor escuela de Mill, para Gargarella "nadie es mejor juez de sus preferencias, que uno mismo", siempre que estas no violen derechos de terceros. Así entendida, el perímetro de la vida privada se extiende hasta el ámbito de la sociedad civil y su límite es la no utilización del Estado.

Por otra parte, es verdad que las demandas de los grupos tradicionalmente marginados o invisibilizados se han traducido en una explosión de derechos sociales que, como era de esperarse, se atrincheraron y resguardaron en el texto constitucional. Esto ha llevado a algunos críticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a referirse a estas constituciones como "constituciones poéticas" o, en el mejor de los casos, como expresiones de buenos deseos. A esta crítica han respondido Gargarella y Christian Courtis que tales juicios resultan exagerados, e incluso algunos de ellos, errados:

> […] dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente, Argentina [decían Gargarella y Courtis en 2009], estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en "pura poesía". Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al estatus constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso.[32]

Si algún cambio significativo encuentra Gargarella en el nuevo constitucionalismo, y que debe ser reconocido, es precisamente la incorporación de derechos sociales y culturales, notoriamente los correspondientes a los pueblos indígenas, en constituciones como la de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009. Aun los tan debatidos derechos de la naturaleza —la *pacha mama*—

[32] Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes", documento preparado para CEPAL-Asdi (Serie Políticas Sociales, 153), Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 32.

y al "buen vivir", presentes en estas constituciones, deben ser entendidos a la luz de la mejor interpretación posible, a saber, poner límites a la mercantilización ilimitada de la naturaleza y afirmar valores que trasciendan el criterio costo-beneficio.

Finalmente, por lo que se refiere a la "sala de máquinas", la propuesta igualitaria debe corresponder con el reforzamiento de los derechos y el principio de autogobierno. En *Los fundamentos legales de la desigualdad* se enuncian una serie de propuestas, que sintetizo en las siguientes:

a) La defensa de las formas directas de la democracia y los sistemas representativos como "males necesarios".
b) El fortalecimiento de la rama más popular —el poder legislativo— y, por tanto, el rechazo de toda forma de hiperpresidencialismo tan proclive en nuestra región.
c) El rechazo del protagonismo del Senado, que no se ha limitado exclusivamente a la evaluación de las normas vinculadas con los asuntos federales, sino a todo tipo de normas.
d) La crítica al sistema de revisión judicial de constitucionalidad que permite al poder judicial conservar "la última palabra" con respecto a las discusiones constitucionales más importantes.
e) La comprensión de que la vida política de la comunidad no se agota en las relaciones entre los órganos políticos —debate interpoderes—, sino que se extiende a las prácticas políticas extraparlamentarias, honrando así los principios de pluralidad e inclusión.
f) La defensa de los derechos humanos no se limitaría a los derechos negativos, sino también a los positivos, y la violación de los mismos no se daría solo por "acciones", sino también por "omisiones", por ejemplo, al no asegurarles a los grupos menos aventajados la satisfacción de sus necesidades básicas.

Cada una de estas propuestas merecería una larga discusión. Gargarella está consciente de que no todos los mecanismos de democracia directa hacen justicia al proceso deliberativo. Con razón se preguntaba Nino qué puede tener de deliberativo responder con un *sí* o un *no* en las papeletas. Por otra parte, ¿cómo deben procesarse las iniciativas o las consultas populares para garantizar su eficacia y legitimidad?

Asimismo, es verdad que el sistema de frenos y contrapesos tiende a opacar al órgano mayoritario por excelencia, reforzando la participación de los órganos contramayoritarios, pero también es cierto que no pocos estudiosos preocupados por los problemas de gobernabilidad y estabilidad de

nuestra región han propuesto alternativas más reformistas que han suavizado la actividad de tales órganos para hacer más efectivo el sistema de frenos y contrapesos. Ese adelgazamiento responde a una mayor deferencia hacia el legislativo: más control parlamentario del ejecutivo; más colaboración interparlamentaria entre las cámaras con una representatividad más plural, y un poder judicial que, es verdad, se encuentra en un proceso de aprendizaje tanto por lo que hace a la incorporación de la normatividad internacional de los derechos humanos en pie de igualdad con nuestras constituciones como por las demandas sociales que exigen sistemas de impartición de justicia más al alcance de las necesidades ciudadanas: control difuso, tutela, acciones colectivas, sistema penal acusatorio, etcétera.

Con respecto al poder judicial, como veré con más detenimiento en el capítulo noveno, pienso que la independencia de los jueces y el control judicial de constitucionalidad son una condición necesaria, no suficiente, para la existencia y consolidación de un Estado de derecho. Pero creo también que lejos de un reforzamiento elitista y monológico de su actividad, la justificación última de la misma tiene que ver con la protección y reforzamiento de la deliberación democrática.

Regreso a los párrafos iniciales de este apartado. Comparto el desencanto de Gargarella y la necesidad de hacerle un servicio mayor a la sala de máquinas de nuestras constituciones, pero, ¿en verdad nos encontramos en la antesala de un nuevo paradigma constitucional? Creo que me falta más imaginación para pensar en la construcción de un nuevo diseño institucional. Mi excusa es que no soy constitucionalista ni historiador de las constituciones, pero como decía un filósofo del derecho español con quien Gargarella, Félix Ovejero y José Rubio Carracedo mantuvieron una polémica muy enriquecedora, esa falta de imaginación es compartida por otros teóricos de la democracia deliberativa, con mayor empaque, me refiero a Habermas, Pettit y al propio Nino.

Habermas, en su libro *Facticidad y validez,* "no toca ni una tilde de las instituciones alemanas tal y como están diseñadas hoy"; de igual manera, Pettit, en el capítulo sexto de su libro *Republicanismo*, "habla de instituciones tan viejas y venerables como el *Rule of Law*, la bicameralidad o el federalismo, como si se tratara de territorios inexplorados o indiscutibles"; y Nino, sin duda más innovador, en el capítulo sexto de su libro *La constitución de la democracia deliberativa*, "presenta más dudas y vacilaciones que novedades institucionales".[33]

[33] Laporta, Francisco, "Los problemas de la democracia deliberativa. Una réplica", *Claves de la Razón Práctica,* núm. 109, enero-febrero de 2001.

Es verdad que esos libros fueron escritos en los años noventa y ha corrido mucha historia desde entonces, que por cierto no invita nada a ser optimista, y menos en nuestra región. Quizás, hoy por hoy, Gargarella tenga razón y al cabo de 200 años se requiera hacer algún ajuste de motor a nuestra maquinaria constitucional. Con todo, y siendo atendible la carta de navegación que Gargarella propone, aun no percibo en el horizonte un diseño institucional que supere el de un constitucionalismo liberal, democrático e igualitario. Este último, por otra parte, podría incorporar varias de las demandas sugeridas por Gargarella sin necesidad de transitar a un nuevo paradigma.

Capítulo octavo

JUSTICIA COMO NO DOMINACIÓN

La llegada del republicanismo al escenario de la filosofía política y jurídica "ha servido como «lugar de reposo» de comunitaristas y de liberales «críticos» —incómodos dentro de las tradiciones de las que formaban parte—".[1] Por un lado, los liberales igualitarios venían desarrollando una concepción de ciudadanía a partir de una defensa incondicional de los derechos humanos, que ahora se complementa con un discurso en torno a los valores y deberes cívicos y, por el otro, los comunitaristas —y en parte también ciertas propuestas multiculturalistas— encontraron argumentos sólidos para defender las comunidades culturales a partir de la reivindicación de nociones como "autogobierno" y "no dominación". El diálogo de unos y otros con el republicanismo ha moderado y enriquecido sus propuestas originales.

En buena medida, el republicanismo surge como una respuesta a un sinnúmero de problemas que han acompañado a las democracias contemporáneas, entre ellos:

a) Aumento de la apatía política de la ciudadanía en la participación electoral, reforzada por una desinformación general a través de los medios y de una creciente personalización en las decisiones gubernamentales.
b) La emergencia de demandas sociales y culturales y la incapacidad del Estado para atenderlas dentro de un marco de respeto a las diferencias.
c) Un desbordado individualismo y consumismo propio de las sociedades capitalistas bajo un régimen de mercado con pocos límites regulativos.
d) Un espacio amplio de discrecionalidad en todos los niveles de gobierno, con la consiguiente corrupción de las autoridades e impunidad de las mismas.

[1] Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 1999, p. 161.

e) Una violencia desmedida, con el consiguiente resquebrajamiento de la cohesión social y desconfianza en los posibles logros de una sociedad civil coordinada.

Todo lo anterior —en el marco de una sociedad globalizada sin referentes sustantivos como podrían ser los derechos humanos y especialmente los sociales— ha abonado en un escepticismo con respecto a las propuestas de una democracia representativa y de valores liberales inherentes a la misma. Si no hay autogobierno y si no se forma una ciudadanía sólida, reforzada con virtudes cívicas, difícilmente podrán construirse instituciones legítimas y eficientes.

La lucha por los derechos, por la justicia social y por una ciudadanía robusta ha sido, creo, la mayor empresa de los seres humanos desde el siglo XVIII. El sociólogo inglés T. H. Marshall explicaba el desarrollo de la ciudadanía en tres dimensiones —civil, política y social— y asignaba prácticamente un siglo a cada una de ellas: el XVIII para el ejercicio de los derechos civiles; el XIX para los políticos, y el XX para los sociales, estos últimos en el marco del Estado de bienestar. Marshall pensaba en una secuencia histórica lineal aplicable a Inglaterra y quizás a Estados Unidos.

En América Latina, como bien explicaba Guillermo O'Donnell, transitamos al revés: de los sociales a los políticos y de estos a los civiles con un déficit de instrumentación en cada uno de ellos, pero de manera palmaria en los civiles, en donde los derechos a la vida, a la propiedad y a nuestras libertades básicas son sumamente endebles. Por supuesto, la "ciudadanía de baja intensidad" tiene que ver con esta última apreciación:

> A estas personas [decía O'Donnell] se les niegan también básicos derechos civiles: no gozan de protección ante la violencia provincial ni ante diversas formas de violencia privada, se les niega el fácil y respetuoso acceso a las instituciones del Estado y a los tribunales; sus domicilios pueden ser allanados arbitrariamente y, en general, son forzados a llevar una vida que no solo es de pobreza sino también de sistemática humillación y miedo a la violencia […] Estas personas, a las que llamaré el sector popular, no son solo materialmente pobres, son también legalmente pobres.[2]

Este déficit de empoderamiento ciudadano, a partir de una idea de libertad como no dominación, en el marco de una justicia social con un fuer-

[2] O'Donnell, Guillermo, "Democracia, desarrollo humano y derechos humanos", en O'Donnell, Guillermo; Iazzetta, Osvaldo y Vargas Cullell, Jorge (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003, p. 91.

te acento en la igualdad sin opresiones estructurales, será en buena medida el *leitmotiv* del pensamiento republicano.

I. Dominación y opresión

Uno de los representantes más lúcidos del republicanismo contemporáneo, Philip Pettit, considera que hay tres aspectos a tomar en cuenta en una relación de dominación. El que domina: 1. tiene capacidad de interferir; 2. de un modo arbitrario, y 3. en determinadas elecciones que el otro pueda realizar. La interferencia supone un empeoramiento intencional en la elección de alguna persona, que puede incluir la coerción física corporal, la coerción de la voluntad o la manipulación en términos de "la formación, o engañosa o no racional, de las creencias y los deseos de la gente". Además, debe realizarse sobre bases arbitrarias desde la voluntad o el juicio de quien interfiere, y este debe poseer la *capacidad real,* no virtual, de interferir en las elecciones del otro.

La dominación así entendida puede entrañar una manipulación encubierta, y podría acontecer sin que exista una interferencia real: los propietarios de esclavos dispusieron de un poder absoluto sin interferencias arbitrarias en ciertas circunstancias; el marido puede usar la amenaza con su esposa por no acatar sus instrucciones; el patrón puede despedir discrecionalmente a sus empleados; el carcelero puede convertir en un infierno las vidas de las personas privadas de libertad, los niños pueden ser maltratados psicológicamente si desobedecen a sus padres. Estos ejemplos sugeridos por Pettit ponen en evidencia que aun cuando las arbitrariedades pudieran darse en un contexto de normalidad social o institucional, entrañan una dominación estructural que limita severamente las libertades de los individuos. Por tanto:

> La no-dominación, en el sentido que nos ocupa a nosotros, es la posición de que disfruta alguien cuando vive en presencia de otros, y en virtud de un diseño social, ninguno de ellos le domina. […] Alguien disfruta de no-dominación, podemos decir, cuando vive entre personas que no satisfacen las tres condiciones discutidas […]; que no tienen capacidad para interferir de modo arbitrario en sus elecciones.[3]

La no dominación implica una especie de seguridad e inmunidad frente al dominador, y no solo la mera ausencia de interferencias. Constituye una

[3] Pettit, Philip, *Republicanismo*, trad. de Toni Domènech, Barcelona, Paidós, 1999, p. 96.

suerte de empoderamiento por el cual se tiene y se ejerce la capacidad para mirar al otro de frente. Es comprender que no se tiene que:

> […] vivir ni en el temor ni en la perpetua deferencia a otros. La no interferencia de que ustedes disfrutan de manos de otros, no la disfrutan por gracia de ellos, ustedes son alguien, no son unos, don nadie. Ustedes son personas por derechos propio, legal y social.[4]

No es difícil emparentar esta idea de no dominación con la idea de opresión y comprender ambas como condiciones de la justicia, que van más allá del solo problema de la distribución.

Para Iris Young, dominación y opresión son fenómenos estructurales o sistemáticos. No dependen directamente de la intervención de algún individuo o grupo determinado. Más bien, sus causas se encuentran imbricadas en normas, hábitos y símbolos que se asumen sin cuestionamiento y que se reproducen culturalmente. Se comprende entonces que ante estos fenómenos, las propuestas de justicia inspiradas en teorías libertarias como la de Nozick —o aun en las de Rawls y en todas aquellas que con más o menos diferencias se inclinan por criterios distributivos— no alcancen a dar cuenta de situaciones arraigadas en comportamientos que trascienden los supuestos del individualismo y de la misma igualdad de oportunidades.

Si bien "dominación" y "opresión" se emparentan como fenómenos estructurales, cabe hacer entre ellas una distinción. Para Young, las personas se encuentran bajo una situación de dominación cuando se hallan impedidas para participar en la determinación y en las condiciones de realización de sus acciones: están incapacitadas para la autodeterminación, *self-determination*. Por el contrario, dejan de estarlo cuando los procesos e instituciones estructurales empoderan a las personas para ser partícipes autónomos en la determinación de sus conductas. Young piensa que este empoderamiento debe desarrollarse no exclusivamente en los espacios públicos formales, sino en los mismos lugares de trabajo, en las relaciones económicas e incluso en el ámbito familiar. Solo de esta forma se aseguraría una convivencia democrática, incluyente y participativa, que reforzaría la misma participación política ciudadana.

Con respecto a la opresión, Young piensa que esta aparece cuando se establecen relaciones desproporcionadas entre privilegiados y oprimidos. De nueva cuenta, no se trata de individuos en particular, sino de estructuras de opresión que impiden a las personas ejercer por sí mismas sus capacida-

[4] *Ibidem*, p. 101.

des de expresión con respecto a necesidades, pensamientos y sentimientos: están imposibilitadas para ejercer su autoexpresión, *self-expression*. Una sociedad no opresora posibilitaría, a través de sus instituciones, la capacidad de autoexpresión. Las condiciones en que esta debe ejercerse tienen que ver con las normas culturales y de comportamiento, por ejemplo, en áreas tan sensibles como las conductas racistas, sexistas o xenofóbicas; asimismo, en la división del trabajo doméstico o en las decisiones jerarquizadas e impersonales de autoridad.

En un ensayo multicitado, "Five Faces of Oppression",[5] Iris Young distingue cinco caras posibles en las cuales un grupo social se encuentra oprimido: explotación, marginalización, impotencia, imperialismo cultural y violencia. Quizás podríamos agregar también una sexta categoría: la de la invisibilización.

La "explotación" aparece cuando los beneficios del trabajo individual terminan favoreciendo regularmente a otra persona y no al trabajador; la "marginalización" implica la exclusión con respecto a una participación útil en la vida social —el caso paradigmático de las personas de la tercera edad o adultos mayores, o de las personas con discapacidad—; la "impotencia" *(powerlessness)* responde a una carencia de autonomía para ordenar o decidir, y a un sometimiento a las órdenes de otras personas, sin oportunidad de crecimiento; el "imperialismo cultural" tiene lugar cuando las personas se encuentran sujetas a una normatividad o estereotipos impuestos por algún grupo cultural, por ejemplo, con una fuerte imposición etnocéntrica; y la "violencia" se presenta cuando existe una vulnerabilidad desproporcionada para atacar, asaltar, acosar, intimidar, ridiculizar o hacer *bullying* por la condición de las propias personas.

La invisibilización asumiría quizás una forma de opresión que niega a los individuos la condición de agentes partícipes en la vida democrática, sin reconocimiento alguno de su situación como posibles o actuales ciudadanos, o con relación a los mínimos básicos necesarios como presupuestos para su agencia racional y, por lo mismo, fácilmente desechables.

Para Young, si alguna situación es susceptible de reunir las cinco caras de la opresión —incluyo la invisibilización— es la situación de pobreza, y especialmente la de pobreza extrema. Con todo, debe comprenderse que pobreza y opresión no son intercambiables. Se puede ser pobre y, al mismo tiempo, privilegiado en ciertas condiciones, por ejemplo, pertenecer al grupo de la *white people* o de alguna religión determinada y ejercer sobre otras

[5] Young, Iris, "Five Faces of Oppression", *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990, cap. 2.

personas una actitud opresiva en cualquiera de sus cinco o seis manifestaciones. Pero la inversa también es posible, es decir, se puede no ser pobre y gozar de una abundante riqueza, y estar sujeto también a algún tipo de opresión si se pertenece a una comunidad afroamericana o latina, o si se es mujer, o bien, si se tienen preferencias sexuales diversas.

Tanto la dominación como la opresión, reiteramos con Young, deben comprenderse como fenómenos estructurales y, regresando a Pettit, desde el punto de vista republicano, creemos que no habría mayor inconveniente en ampliar el concepto mismo de no dominación con el de no opresión.

De igual manera, para el republicanismo, la participación democrática no es un valor básico inconmovible. Si se constituye en algo esencial para la república es porque en última instancia promueve el disfrute de la libertad como no dominación. En este sentido, el republicanismo se aparta tanto del populismo como del liberalismo. Para los populistas, el pueblo es el amo y el Estado el siervo, y la democracia directa, consultiva o plebiscitaria sería la opción preferida. Por el contrario, la tradición republicana:

> […] ve al pueblo como fideicomitente, tanto individual como colectivamente, y ve al Estado como fiduciario: en particular, entiende que el pueblo confía al Estado la tarea de administrar un poder no-arbitrario. De acuerdo con esto, la democracia directa puede a menudo convertirse en una cosa muy mala: en la tiranía de la mayoría. Los instrumentos democráticos de control serán todo lo deseables e indispensables que se quiera, pero no son el principio y el fin de todo buen gobierno.[6]

Con respecto a los liberales habría que hacer una distinción, según Pettit, entre los liberales a-la-izquierda-del-centro y los liberales a-la-derecha-del-centro. Los primeros "asumen el valor de la igualdad o el de la eliminación de la pobreza, añadiéndolos al valor de la no interferencia", mientras que los segundos piensan que "basta garantizar la no interferencia, entendida como algo formal, jurídico". De esta manera, los liberales a la izquierda —o lo que llamaríamos liberales igualitarios— "estarían dispuestos a abandonar la taxonomía populismo, republicanismo y liberalismo en favor de una alternativa taxonómica del estilo populismo, republicanismo/liberalismo [igualitario] y libertarianismo".[7]

En esa misma dirección, como propone Kymlicka: "los igualitaristas liberales y los republicanos cívicos pueden y deben trabajar juntos para encontrar propuestas imaginativas que fomenten tanto la justicia social como

---

6 Pettit, Philip, *Republicanismo, cit.*, p. 26.

7 *Ibidem*, p. 27.

la democracia participativa".[8] Pero si bien la alianza estratégica es factible y deseable *vis-à-vis* las propuestas libertarias o comunitaristas, ¿dónde podríamos marcar las diferencias entre liberalismo igualitario y republicanismo cívico?

II. Virtudes cívicas para un republicano y para un liberal igualitario

La no dominación como ideal político, en términos de autogobierno, supone la formación y el cultivo de virtudes cívicas que haga del ciudadano un participante activo, no pasivo o *free raider,* con respecto a las bondades de una convivencia en democracia.

De la mano de autores clásicos y modernos, y de manera muy señalada de un pensador renacentista como Maquiavelo, poniendo énfasis en el Maquiavelo de los *Discursos*,[9] el republicanismo ha puesto una especial atención en la formación y cultivo de las virtudes que contribuyen a la autorrealización del ciudadano.

El listado es amplio y va desde la educación en el coraje, la prudencia, la simplicidad, la honestidad, la benevolencia y la frugalidad, hasta el patriotismo, la integridad, la sobriedad, la abnegación, la laboriosidad y la generosidad. Por contraparte, son criticables los valores de ambición, avaricia, orgullo, egoísmo, ostentación, cobardía, frivolidad y extravagancia.

Solo el ciudadano virtuoso es capaz de autogobernarse: una libertad *para* la autorrealización y no solo una libertad *de* no interferencia; y solo en el ejercicio de las virtudes es posible el autogobierno de la república, es decir, la real y efectiva autonomía republicana. El bien común de la república debe prevalecer sobre los intereses egoístas del individuo, de su exclusivo autointerés, propio de las propuestas libertarias.[10]

---

[8] Kylmicka, Will, "Igualitarismo liberal o republicanismo cívico. ¿Amigos o enemigos?", en Ovejero, Félix; Martí, José Luis y Gargarella, Roberto (comps.), *Nuevas ideas republicanas*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 234.

[9] Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, trad de Roberto Raschella, Buenos Aires, Losada, 2004. Véase Skinner, Quentin, *Maquiavelo*, trad. de Manuel Benavides, Madrid, Alianza Editorial, 1984, especialmente cap. 3.

[10] Uno de los mejores referentes para la comprensión de las virtudes republicanas y el logro de una sociedad civil robusta ordenada al bien común y la felicidad de la nación se encuentra en varios de los más destacados representantes de la ilustración escocesa y de manera especial en Ferguson, Adam, *Ensayos sobre la historia de la sociedad civil,* trad. de María Isabel Wences Simon, Madrid, Akal, 2010. Véase Wences Simon, María Isabel, *Sociedad civil y virtud cívica en Adam Ferguson*, Madrid, CEPC, 2006.

Con todo, tal ideal republicano se acompaña de una serie de premisas que aun para un liberal igualitario resultan sospechosas y cuestionables, y es aquí donde la sana convivencia entre republicanismo cívico y "liberales a-la-izquierda-del-centro" comienza a generar suspicacias.

a) El republicano tiende a disolver cualquier distinción drástica entre el ámbito de lo público y el de lo privado. Resulta difícil trazar una línea nítida entre uno y otro. En el límite, no hay acción privada sin consecuencias públicas. Pero quizás la razón última que explica la infravaloración de lo privado y la exaltación de lo público tenga que ver con la misma idea de libertad y la plenitud del ser humano, que la antigüedad clásica comprendió con gran nitidez. En palabras de Hannah Arendt:

> La *polis* se diferenciaba de la familia en que aquella solo conocía «iguales», mientras que la segunda era el centro de la más estricta desigualdad. Ser libre significaba no estar sometido a la necesidad de la vida ni bajo el mando de alguien y no mandar sobre nadie, es decir, ni gobernar ni ser gobernado. […] Un hombre que solo viviera su vida privada, a quien, al igual que al esclavo, no se le permitiera entrar en la esfera pública, o que, a semejanza del bárbaro, no hubiera elegido establecer tal esfera, no era plenamente humano.[11]

El interrogante salta a la vista: ¿hasta dónde es permisible la intervención del Estado? Para el liberal igualitario, el ámbito de lo privado termina cuando se vulneran los derechos de terceros y se justifica plenamente la intervención del Estado. Más aún, un Estado que respete el amplio mundo de la privacidad podrá hacer más efectiva la convivencia plural y diferenciada de la sociedad, en el club, en las iglesias, en la empresas, en una palabra, en la sociedad civil. Parecería que a diferencia del republicano, para un liberal el autogobierno ciudadano pasa por el fortalecimiento de la sociedad civil distinguiendo claramente entre lo propio de lo privado y lo propio de lo público.

b) Para un republicano, los derechos deben encontrar su límite en las políticas de bien común. De nueva cuenta, ¿cuánto debe ceder un individuo en sus derechos para hacer posible tal bien común? En un extremo, la posible prevalencia del bien común sobre los derechos

[11] Arendt, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, Barcelona, Seix Barral, 1974, especialmente cap. II, La esfera pública y la privada, pp. 44 y 49.

del individuo puede adquirir tintes autoritarios estatistas en una suerte de perfeccionismo moral y jurídico, injustificables.[12] Para el liberal igualitario hay una primacía del individuo sobre el bien común, no en el sentido de un individualismo atomista y metodológico, sino de un individualismo ético en cuanto agente racional y autónomo.

c) Para un republicano, la libertad como no dominación se logra en la medida en que se es miembro de una sociedad que controla su propio destino y participa en las decisiones que gobiernan sus asuntos. Se es autónomo en la misma medida en que la comunidad es autónoma. Se requiere de patriotismo y lealtad institucional, que de nueva cuenta puede devenir en perfeccionismo moral y jurídico, y que autoritariamente puede traducirse en un "si no vas a votar, cállate". El liberal critica una posible tiranía de la mayoría: democracia no es mayoritarismo, sino "gobierno de todos", como pensaba Kelsen; es decir, mayorías y minorías con empoderamiento de estas últimas para eventualmente convertirse en mayoría.

d) Como corolario, los republicanos colocan los deberes ciudadanos como más relevantes que los derechos. Los deberes cívicos acordes con alguna concepción del bien prevalecen sobre las exigencias ciudadanas. Por el contrario, el liberal igualitario otorga una primacía a los derechos sin negar las obligaciones correspondientes, pero está muy atento a que en ningún caso sea el Estado el que oriente o anteponga alguna concepción del bien o virtudes por encima de los planes libremente elegidos por cada uno de los individuos. El Estado debe permanecer imparcial con respecto a tales planes o concepciones de vida.

Es verdad que se puede hablar de un "liberalismo" en donde es factible cruzar las bondades de un liberalismo igualitario con un republicanismo cívico, en el entendido de que la igualdad —tanto formal como estructural— y la libertad como no dominación, y no solo como no interferencia, se constituyan en premisas compartidas. Ambos son aliados en sus críticas al populismo y a las propuestas libertarias o "neoliberales".

[12] Estos tintes autoritarios pueden hacer su aparición bajo una justificación de corte republicano patriótico en el que se antepone el bien común o la seguridad nacional por encima de derechos liberales, como la libertad de conciencia y la libertad de expresión. Véase al respecto CNDH, "Estudio sobre las quejas por expulsiones de niños en las escuelas por negarse a saludar y honrar a la bandera y a cantar el himno nacional", *Gaceta CNDH*, núm. 28, noviembre de 1992; y SCJN, amparo en revisión 2676/2003, caso *El poeta campechano.*

Pero un liberal igualitario, además de las cuatro diferencias señaladas más arriba, es muy cauteloso con respecto al modelo de educación cívica en las virtudes propuesto por los republicanos. Detengámonos un poco en este punto crucial.

Un liberal igualitario no está reñido con las virtudes cívicas, pero, a diferencia de los republicanos, no solo limita el vasto elenco de las mismas, sino que, salvaguardando la privacidad individual y restrigiendo severamente la intervención del Estado, defiende y promueve a través de la educación aquellas virtudes que acompañan al mismo proceso de deliberación democrática. Lo que se requiere en una sociedad democrática es que se asegure la enseñanza de aquellos valores necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo. ¿Cuáles son esos valores? Podrían resumirse en los siguientes:

a) La existencia de un pluralismo normativo y, a partir de su reconocimiento, la necesidad de promover la diversidad social y cultural para enriquecer la vida de cada uno de los individuos.
b) La imparcialidad, que no debe confundirse con el escepticismo y la neutralidad con respecto a los valores.
c) La tolerancia como valor activo muy distinto a la resignación y a la indiferencia.
d) La responsabilidad ciudadana.
e) La solidaridad fundada en la justicia y en el reconocimiento compartido de los derechos humanos.

Cualquier injerencia del Estado o de poderes fácticos que vaya más allá de estas precondiciones necesarias para el mismo proceso discursivo democrático, no es de su incumbencia.

La sobriedad y la valentía, o la frivolidad y la cobardía, pueden ser exigibles o no en un ámbito privado informal, pero nunca en un ámbito público institucional. En este último se deben hacer valer los derechos y las obligaciones correspondientes de acuerdo con reglas y principios previamente establecidos. El empoderamiento ciudadano lo es con respecto al reconocimiento y la exigibilidad de sus derechos. Más allá se entra al mundo del paternalismo y/o del perfeccionismo moral.

Es claro que la lista limitada de valores que aceptaría un liberal igualitario no va en detrimento de la profundidad y complejidad de los mismos. Detengámonos brevemente en cada uno de ellos.

1. *Pluralismo*

El pluralismo es una teoría acerca de la existencia y de la naturaleza de los valores, de cuya realización depende el logro de una vida buena. Se puede hablar de un pluralismo descriptivo o normativo. El primero ofrece una descripción de algunas características relevantes para la vida buena, el segundo evalúa tales características con base en la contribución que ofrecen al desarrollo de una vida autónoma. Es en este último sentido que se dice que el Estado, por ejemplo, debe promover el valor del pluralismo, en la medida en que la diversidad social y cultural contribuye a la formación y ejercicio de la autonomía personal. La autonomía se ejercita a través de la elección y elegir requiere de una variedad de opciones. A este respecto, y contra todo sesgo de elitismo cultural, vale la pena citar las siguientes palabras de Ronald Dworkin:

> Deberíamos tratar de definir una estructura cultural rica, que multiplique las diversas posibilidades u oportunidades de valor, y considerarnos custodios de la riqueza de nuestra cultura, encargados de protegerla para quienes vivirán sus vidas después de nosotros. No podemos afirmar que de esa manera les daremos más oportunidades de placer, o que les ofreceremos un mundo que preferirían a otros mundos alternativos que podrían crear. Ese es el lenguaje del enfoque económico, que no está disponible aquí. Pero lo que sí podemos afirmar (¿y quién podría negarlo?) es que es mejor que las personas dispongan de complejidad y profundidad en las formas de vida a las que pueden acceder, y luego detenernos a ver si, cuando actuamos según ese principio, somos susceptibles de ser objetados por elitistas o paternalistas.[13]

2. *Imparcialidad*

Uno de los postulados más recurrentes del liberalismo es su defensa de la neutralidad. Se afirma que un liberal congruente debe ser neutral o permisivo con respecto a los valores, es decir, en la medida en que las acciones no dañen a otro, el individuo o el mismo Estado deben abstenerse de promover algún plan de vida determinado. Leszek Kolakowski sintetiza con claridad los supuestos que se deben cumplir para comprender expresiones como "el Estado se mantuvo neutral en el conflicto": solo se puede ser neutral en relación con una situación particular de conflicto; la neutralidad

[13] Dworkin, Ronald, "¿Puede un Estado liberal subvencionar las artes?", *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschiroli, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 286 y 287.

es siempre intencional; no se es parte o no se considera uno parte del conflicto, por tanto, no se intenta influir en el resultado, y la neutralidad es una característica formal del comportamiento y no está implicado ningún valor material en su concepto.[14]

Los supuestos que señala Kolakowski distinguen la neutralidad de la imparcialidad. Ser neutral es abstenerse de influir en los resultados y, puesto que no existen elementos objetivos para determinar las distintas concepciones de lo bueno, la neutralidad queda vacía de contenido material. Este es el punto de vista del liberal libertario. Contra este punto de vista hay que sostener que el concepto central para un liberal igualitario, como se argumentó en el capítulo primero, no es el de neutralidad, sino el de imparcialidad. Ser imparcial es valorar el conflicto en términos de principios generales que, en situaciones asimétricas, significa no convalidar situaciones de injusticia, sino poner la mirada en la situación de los menos aventajados.

3. *Tolerancia*

Una ética del pluralismo y de la imparcialidad es una ética de la tolerancia. Es este, sin duda, uno de los valores más identificados con un carácter liberal. Sin embargo, no pocas veces su comprensión se desvirtúa hasta confundir la tolerancia con actitudes solo en apariencia próximas, como la indiferencia o la resignación. Vale la pena detenernos un poco en el análisis de su significado.

Decimos que estamos frente a un acto de tolerancia cuando: una persona *A* omite —es decir, no prohíbe— por determinadas razones —es decir, pondera razones en pro o en contra— intervenir en contra de *B*, pese a que *B lesiona una convicción* relevante de *A* y *A* tiende y *puede actuar* en contra de *B*. Las dos características relevantes de la tolerancia son: la lesión de una convicción y la posibilidad de intervenir como una cuestión de competencia.[15]

Con respecto a la primera circunstancia, solo puede hablarse de un acto de tolerancia si se experimenta una lesión en una convicción relevante, es decir, la lesión de ideas o creencias que ocupan un lugar importante en el sistema personal de valores y reglas del sujeto tolerante. Cuanto mayor sea la importancia de la convicción, tanto mayor podrá ser el grado de tolerancia y, según sea el tipo de convicción que puede ser lesionada, también lo

[14] Kolakowski, Leszek, "Neutrality and Academic Values", en Montefiore, Alan (ed.), *Neutrality and Impartiality*, Cambridge University Press, 1975, pp. 72 y 73.

[15] Schmitt, Annette, "Las circunstancias de la tolerancia", *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 11, 1992, p. 74.

será el tipo de tolerancia a manifestar: mandatos de la estética, convenciones sociales, prejuicios, principios de racionalidad medio-fin, convicciones religiosas y convicciones morales.

Con respecto a la segunda circunstancia, el tolerante es aquel que tiene el poder de tratar de suprimir o prevenir —o al menos de oponerse u obstaculizar— lo que le resulta lesivo. La persona tolerante debe poseer, entonces, la competencia o facultad que le permita fácticamente intervenir en contra de una acción que lesiona sus convicciones. Esto supone que el estado de cosas que se tolera pueda ser controlable: una catástrofe natural, en este sentido, puede ser soportada o no, pero resulta absurdo pensar que es objeto de tolerancia.

Así entendida, la tolerancia no se puede confundir con la *paciencia*. El paciente que rechaza una acción no está vinculado con una tendencia a la intervención, sino que actúa en la esperanza o en la certeza de que su objeto tiene una existencia transitoria. Solo cuando se "agota la paciencia" y surge una tendencia a la intervención aparece la tolerancia.

De igual manera, la tolerancia se distingue de la *indiferencia*. En esta no se da la circunstancia de lesionar una convicción. El indiferente que parte de una posición escéptica o relativista no tiene elementos para rechazar una acción ni puede tener la tendencia a prohibir. El tolerante siempre parte de convicciones que considera objetivas.

Por último, la tolerancia no se confunde con la *resignación.* El resignado no cumple con la circunstancia de poseer competencia, más bien se caracteriza precisamente por carecer de la misma. El tolerante siempre debe poder rechazar u obstaculizar las acciones que violentan sus convicciones, pero decide abstenerse por motivos que justifican dicha abstención.

La tolerancia, entonces, no debe confundirse con la *neutralidad.* A diferencia de esta última, la tolerancia supone la actitud de no permitir el acto tolerado, pero además exige la existencia de un sistema normativo superior al propio sistema básico que justifique la abstención.[16]

Con todo, si bien es cierto que en toda sociedad liberal la tolerancia desalienta la violencia y permite una mayor convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad, lo cierto es que su valor debe entenderse de forma temporal: se debe trascender el límite impuesto por la tolerancia y aspirar hacia el estado de respeto. No el "respeto bobo", en los términos de Marcuse, sino aquel que se sustenta en el reconocimiento de las diferencias

[16] Garzón Valdés, Ernesto, "«No pongas tus sucias manos sobre Mozart». Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993, pp. 402 y 403.

y en los principios de autonomía y dignidad humanas, como valores en ningún sentido negociables. La tolerancia sería un primer paso, una virtud transitoria, si se quiere, que debe dar lugar, finalmente, a la igual consideración y respeto de las personas en el contexto de una pluralidad diferenciada. En este sentido, y después de citar un pasaje ilustrativo de Goethe —"En realidad, la tolerancia no debería ser realmente más que un estado de espíritu pasajero, debiendo conducir al reconocimiento. Tolerar significa insultar"—, Ernesto Garzón Valdés concluye con las siguientes palabras, que hago mías:

> Todo demócrata liberal sensato debe, en el ámbito público, procurar reducir la necesidad de recurrir a la tolerancia afianzando la vigencia de los derechos fundamentales. Cuanta menos necesidad de tolerancia existe en una sociedad, tanto más decente lo será. En el ámbito privado, siempre habrá niños que nos tiren piedritas en la sopa y habrá que tolerarlos paternalistamente. Pero, en la medida en que las reglas de lo público penetran en lo privado y se afiancen los derechos de sus miembros, se reducirá también el ámbito de vigencia de la tolerancia.[17]

4. *Responsabilidad*

La responsabilidad tiene que ver con la libertad o *autonomía* del individuo, así como con su capacidad de comprometerse consigo mismo y sobre todo con otros, hasta el punto de tener que responder de sus acciones. Dicho *compromiso* hace que la responsabilidad sea un valor esencialmente *dialógico.*[18]

La autonomía personal constituye entonces una condición necesaria de la responsabilidad, de la capacidad de comprometerse consigo mismo y con los demás: la exigencia de responsabilidades supone compromisos claros y fuertes. En este sentido, no parece difícil establecer el nexo obligaciones-responsabilidades-compromisos. Los códigos de ética profesional —del abogado, del contador, del médico— son un buen ejemplo de exigencias y determinación de compromisos, aunque resulta más difícil determinar cuáles deben ser las obligaciones si pensamos en un buen político, en un buen educador o en un intelectual comprometido. No es que no existan obligaciones en estos últimos —y en todo Estado de derecho deben positivizarse lo más claramente posible—, sino que la variedad con la que se manifiestan en el ejercicio de sus actividades es un poco más difusa.

---

[17] Garzón Valdés, Ernesto, "El sentido actual de la tolerancia", *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-Fontamara-UAM-INACIPE, 2005, p. 43.

[18] Camps, Victoria, *Virtudes públicas,* Madrid, Espasa-Calpe, 1990, p. 66.

Los principios generales que norman sus conductas deben adecuarse a circunstancias fácticas que exigen un sentido del saber hacer, un "tacto"[19] que solo puede adquirirse a través de una experiencia más o menos prolongada. De no existir esta, las obligaciones tienden a debilitarse y, por consiguiente, también los compromisos respectivos. Las obligaciones sustantivas terminan reduciéndose a obligaciones formales: el "buen" político terminará siendo el que sabe mantener contentos a sus electores o el que no incurre en corrupciones demasiado evidentes.[20]

Ahora bien, para acceder a normas morales intersubjetivas válidas, es decir, aceptables desde una perspectiva de imparcialidad, racionalidad y objetividad, se requiere de un procedimiento deliberativo público que las garantice. No pueden existir responsabilidad ni compromisos reales si los principios normativos y las decisiones no terminan siendo públicas o transparentes. Violar el principio de publicidad implica tanto atentar contra la propia naturaleza del Estado de derecho como exponer al gobernante al descrédito por parte de la propia ciudadanía. La delimitación pública entre lo justo y lo injusto, de lo permitido y lo prohibido, es el fundamento de la misma seguridad jurídica, ya que es ella la que permite prever las consecuencias deónticas de sus acciones a los ciudadanos.

Por ello, en un Estado democrático y social de derecho, todo ciudadano debe tener acceso a la información que le permita ejercer el derecho de control de los funcionarios públicos y participar en el gobierno como verdadero elector. Justamente porque la publicidad es un principio normativo, puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado.[21] Nadie mejor que Kant para destacar la importancia del principio de publicidad:

> Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados.
>
> […] Un principio que no pueda manifestarse *en alta voz* sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por lo tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente*

[19] Véase la propuesta novedosa de lo que el autor llama un "liberalismo estético" en Russell, David, *Tact. Aesthetic Liberalism and the Essay Form in Nineteenth-Century Britain,* Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2018.

[20] Camps, Victoria, *Virtudes públicas…, cit.,* p. 69.

[21] Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas", *Doxa,* Universidad de Alicante, núm. 14, 1993, pp. 82 y 83.

> sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante solo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori,* por la injusticia con que amenaza a todos.[22]

5. *Solidaridad*

Con frecuencia se ha puesto en duda la idea de que un carácter liberal deba suponer la puesta en práctica de actitudes solidarias con las personas o grupos menos favorecidos de la sociedad. Los liberales, especialmente los libertarios, reaccionan ante este reproche reclamando que nada impide a un individuo ser fraternal con su semejante, siempre que ello no suponga deberes de justicia, sino exclusivamente actitudes de altruismo, empatía o simplemente benevolencia.

A diferencia de los libertarios, para un liberal igualitario el valor de la solidaridad no debe entenderse como un buen sentimiento que acompaña a la justicia para perfeccionarla o que acompaña al otro en su sufrimiento. Más bien habría que decir que existe real y efectiva solidaridad cuando esta se justifica a partir de un principio más radical, como es el de igualdad. La solidaridad con el que sufre y con el que se encuentra en una situación de desventaja resulta vacua si no existe la voluntad de remediar la situación, reconociendo sus necesidades básicas y posibilitando una distribución más equitativa de los recursos. Lo que se quiere decir es que el valor de la solidaridad no acompaña sino constituye a la justicia; que existen derechos de los individuos y deberes positivos de equidad por parte del Estado que deben ser traducidos adecuadamente en un marco legal.

En el ámbito ético-jurídico, Gregorio Peces-Barba, haciendo una paráfrasis de Benjamin Constant sobre la "libertad de los antiguos" y la "libertad de los modernos", se refiere también a una "solidaridad de los antiguos" y a una "solidaridad de los modernos".[23] La primera estaría inspirada en un modelo clásico que parte desde la *filia* (amistad) aristotélica, se prolonga en la *pietas* y *humanitas* estoica y llega hasta la *caritas* cristiana. Se caracteriza por el vínculo de amistad y amor que abarca a todos los hombres, que conduce a un objetivo de unidad y ayuda mutua y que exige una cierta comunidad de bienes y de culto a un ser divino.

---

[22] Kant, Immanuel, *La paz perpetua,* trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 61 y 62.

[23] Peces-Barba, Gregorio, "Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada", *cit.* por Lucas, Javier de, *El concepto de solidaridad,* México, Fontamara, 1993, p. 24.

La segunda apunta a la solidaridad como elemento de legitimidad, como principio jurídico-político y tiene sus raíces en la tradición igualitaria de Rousseau, la "ética de la simpatía" de la Escuela inglesa —Hume en especial—, la idea de benevolencia kantiana, el liberalismo progresista de Mill y los aportes de Durkheim. Esta tradición, en franca pugna con el individualismo de Hobbes y Malthus, entendería la solidaridad como ayuda mutua, en una interdependencia basada en la creación de lazos comunes que responden a situaciones de desigualdad: se es solidario con quienes se encuentran en peligro o desventaja. Es la continuidad de la tradición incorporada en el principio de diferencia de Rawls, que al secularizarse prescindirá de las nociones de comunión y de caridad.

La solidaridad, para un liberal igualitario, debe entenderse como la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de las necesidades básicas comunes. Desde la perspectiva del Estado, tal reconocimiento implica la exigencia de deberes positivos para la satisfacción de las mismas que, por cierto, preceden a las diferencias sin pretender ignorarlas, rechazarlas o subestimarlas. En este sentido, como bien afirma Javier de Lucas, ser solidario no se reduce a la mera actitud de constatación de la necesidad del otro o incluso de condolencia, sino a la exigencia de un comportamiento positivo en cuanto a la valoración ética de la relación con los demás.[24] El deber de solidaridad contribuye así a la eliminación de formas de discriminación y a la protección de minorías y sectores de la población marginados, lo que puede, por supuesto, implicar acciones paternalistas o de acción afirmativa por parte del Estado plenamente justificadas.

Más allá del amplio o limitado elenco de valores cívicos, tanto republicanos como liberales aceptarían que los mismos no se adquieren en la edad adulta, sino que requieren de todo un proceso educativo que se inicia desde la niñez. Por ello —y asumiendo ahora un punto de vista liberal—, parece muy razonable la advertencia de Stephen Macedo:

> Desde temprano y a lo largo de sus vidas, los ciudadanos liberales aprenden y aplican normas públicas en su interacción con otros. Los niños aprenden de sus padres y de los juegos infantiles a respetar las reglas y a jugar con justicia. Ellos critican, discuten, escuchan a otros, votan, participan en los debates, cambian de opinión y ayudan a implementar las reglas en su casa, en la escuela, en sus trabajos, en los juegos y con sus amigos. De manera gradual aprenden a contener sus impulsos, respetar a otros como iguales y a dirigir y aplicar sus energías con diligencia. Aprenden a hacer juicios sobre ellos mismos y a adquirir la medida de su individualidad y autonomía. Aprenden algo sobre los procedi-

[24] Lucas, Javier de, *El concepto de solidaridad, cit.,* p. 32.

> mientos justos, la imparcialidad, y el respeto hacia aquellos que son diferentes; desarrollan virtudes judiciales, legislativas y ejecutivas. Todo esto sin control político, aunque fuertemente influenciado por nuestras prácticas políticas. Sería un error, entonces, ver la participación en campañas y elecciones como la única o la sola fuente primaria de la virtud pública: la vida privada ha recorrido un largo camino para ayudar a prepararnos en los deberes públicos.[25]

Se trataría, en pocas palabras, de formar un ciudadano política y moralmente bien orientado, que busque activamente la justicia dentro de los márgenes que impone el derecho. En otras palabras, un ciudadano que hiciera valer la legalidad, pero bajo el principio de imperatividad y transparencia de la ley; que procurara la legitimación del sistema, pero asumiendo un punto de vista crítico, reflexivo y con pretensión de imparcialidad; empeñado en coadyuvar para alcanzar la legitimidad del mismo a partir de la aceptación de los principios formales del procedimiento democrático y de la salvaguarda de los derechos humanos.

Tan noble propósito supone un proceso educativo tanto por la vía formal —escuelas o universidades de las cuales saldrán los litigantes, legisladores, jueces y doctrinarios— como por la vía informal —a través de los medios masivos de comunicación, de las bibliotecas, del cine y el teatro, de las conferencias y encuentros cotidianos entre los ciudadanos—. Son esos actores y medios, formales o informales, a partir de alguna concepción teórica explícita o implícita, los que recrearán una determinada "cultura ciudadana" en el espacio público y los que influirán en el imaginario social sobre lo que se debe o no se debe entender por derecho; si existe o no una obligación de obedecerlo, si las autoridades generan confianza o rechazo.

Sea cual sea la teoría que se asuma, en los albores del siglo XXI parece existir consenso en el sentido de que la factibilidad de una robusta cultura ciudadana solo es posible en el marco de los regímenes democráticos, y más específicamente en el ámbito de un Estado constitucional de derecho.

III. Hacia una república deliberativa

Después de pasar revista a las principales tesis del republicanismo y de criticar la concepción liberal de la libertad, que termina distanciando al Estado neutralista de una ciudadanía pasiva que se atrinchera en su vida privada,

---

[25] Macedo, Stephen, *Liberal Virtues. Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism,* Oxford, Claredon Press, 1990, pp. 273 y 274.

José Luis Martí justifica las bondades del primero en términos de los deberes de compromiso del ciudadano "con el bien común y con la salud democrática de su comunidad".[26] Una correcta educación cívica, piensa Martí, debe acompañarse del fortalecimiento de la esfera pública, esto es:

> […] de garantizar que existen suficientes (en número y calidad) espacios (físicos y virtuales) en los que la ciudadanía pueda expresar sus opiniones y preferencias públicas o políticas, debatir acerca de ellas, discutir sobre las acciones de gobierno o el comportamiento de sus representantes, formular los sueños de futuro, etcétera.[27]

Se trata de la defensa de una república deliberativa *vis-à-vis* el elitismo político. La libertad republicana posee un carácter igualitario: no existen ciudadanos que sean más libres que otros. No es tolerable la existencia de desigualdades de poder, es más, de alguna forma la efectiva aplicación de una justicia distributiva solo será posible si se garantiza el principio de "influencia política efectiva". En otros términos, el republicano no rechaza el principio de representatividad, pero este debe quedar sujeto a la efectiva dependencia y control de sus representados. La libertad política se constituye así en la condición de posibilidad para el ejercicio de todos los derechos individuales.

El elitismo político se fundamenta en tres tesis: 1) cognitiva: las pretensiones políticas normativas son verdaderas o falsas; 2) epistémica elitista: algunas personas pueden conocer la corrección política normativa mucho mejor que otras, y 3) autoritaria: el conocimiento político normativo es una poderosa razón moral para concederles el poder político.[28] La segunda tesis, a su vez, se vincula estrechamente con una fuerte desconfianza hacia las capacidades de los ciudadanos en general, de lo que se sigue que aquellas personas con mayor formación y honestidad son las aptas para encargarse de los asuntos públicos. Obviamos aquí el problema de la corrupción que se analizará en el *excursus*.

La república deliberativa acepta las dos primeras tesis, pero el problema reside en el tránsito de estas dos a la tercera. No se trata de rechazar el principio de representatividad, pero, por lo mismo, el republicano aboga por severos controles ciudadanos que van desde la misma elección de su élite hasta la periodización electoral de la misma. De ahí la necesidad de

---

[26] Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 250.

[27] *Ibidem*, p. 252.

[28] *Ibidem*, p. 253.

insertar esquemas de participación directa —iniciativa y consulta popular, referéndum, revocación de mandato— que garanticen el ejercicio representativo. A diferencia de los defensores de una participación directa con tintes populistas, que responde a los intereses y mandatos de un líder que ejerce el control sobre los representantes, el republicano deposita el control en una ciudadanía libre, sin dominación, que discurre deliberativamente sobre los asuntos públicos de interés general y exige de sus representantes una estricta rendición de cuentas bajo el principio de publicidad.

Con todo, no termina de quedar claro el tránsito a la tercera tesis. Se pregunta Martí: ¿qué conocimientos y méritos debería acreditar un candidato para poder ser seleccionado representante político? Y ¿cómo podría acreditarlos? Y ¿quién los elige? Aunque la ciudadanía evaluara el desempeño de la élite *ex post,* ¿cuenta con la información técnica necesaria para realizar esta tarea? El problema se agrava en la medida en que las sociedades se tecnifican cada vez más y los márgenes de tiempo se acortan a una velocidad no fácilmente asimilable para un núcleo amplio de la población. Tecnocracia y democracia parecen caminar por carriles distintos, como ya lo había previsto Bobbio en *El futuro de la democracia.* Pero entonces, ¿qué argumentos sustantivos pueden esgrimirse para la defensa de un republicanismo *deliberativo*?

Para Martí, "solo podemos evitar la dominación si permitimos que todos los ciudadanos ejerzan su cuota de participación en la autonomía política" y asumir el hecho de que "proteger la libertad de alguien implica también su derecho a equivocarse" con todas las responsabilidades que conlleva. Esto significaría, en última instancia, tomarse en serio el principio de "igual consideración y respeto" que se violaría si, al menos formalmente, no permitimos que "todos los ciudadanos puedan participar en condiciones de igualdad en la determinación de los asuntos públicos" y que "los individuos autónomos puedan ejercer sus propios errores".[29] Por supuesto, decir "todos los ciudadanos" significa también la aceptación de una deliberación incluyente, sensible a los intereses de los colectivos más vulnerables y de los grupos directamente afectados.

Finalmente, no se trata de una elección trágica entre una opción que tiene valor epistémico, pero moralmente no sustantiva (elitista), y otra que no tiene valor epistémico, pero sí moralmente sustantiva (republicana). Más bien se trata de elegir entre "un modelo con un poco más de valor epistémico que a cambio sacrifica importantes dosis de los valores sustantivos men-

[29] *Ibidem*, pp. 261-263.

cionados, frente a otro modelo que también posee valor epistémico, aunque sea en un grado inferior, pero a cambio respeta dichos valores básicos".

Desde un punto de vista liberal igualitario no hay mucho que objetar a la propuesta de una república deliberativa. Son más los puntos de convergencia que las diferencias. Los reparos no se centran en la igualdad política y en el robusto ejercicio deliberativo de una ciudadanía activa, sino en los límites personales que un liberal custodia celosamente frente a la injerencia de terceros, comenzando por el mismo Estado. El principio de privacidad y de intimidad no tienen por qué devenir necesariamente en pasividad o en autointerés, muy por el contrario, pueden y creo que deben ser el reducto último de autonomía y de inviolabilidad que justifican a la persona, antes del propio ejercicio de su ciudadanía.

IV. *Excursus.* El fenómeno de la corrupción

Sin duda, uno de los fenómenos que ha ocupado la atención del republicanismo es el de la corrupción. Mina desde la raíz la construcción y el ejercicio mismo de la ciudadanía; corroe las instituciones y genera una desconfianza generalizada que imposibilita cualquier intento de cohesión social y, por lo mismo, merece un apartado especial.

Creo que lo primero que debemos considerar con respecto a la naturaleza de la corrupción es que es un fenómeno que presenta un carácter *permanente*: "la corrupción es algo que existe *siempre*, cualquiera que sea el sistema político y el tiempo en el que pensemos".[30]

Entender la corrupción con este carácter significa que *no es un fenómeno privativo de los regímenes dictatoriales o autoritarios*. La corrupción también existe en los países democráticos y no porque exista en ellos dejará de haber democracia. Como afirma Jesús González Amuchastegui: "Democracia y corrupción, al igual que democracia y prevaricación, democracia y asesinato... [o democracia y terrorismo] no son términos incompatibles".[31] A este respecto comparto con José Woldenberg la distinción que propone entre problemas estructurales y problemas coyunturales referidos a la presente situación de corrupción en México. "Los problemas estructurales, afirma, tienen que ver con un tránsito democrático exitoso que ha modificado las

[30] Laporta, Francisco y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política,* Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 19.

[31] González Amuchastegui, Jesús, "Corrupción, democracia y responsabilidad política", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción,* México, IFE-ITAM-Siglo XXI Editores, 2003, p. 68.

correlaciones de fuerzas sin que hayamos cambiado a las instituciones de la nueva democracia mexicana", mientras que los de coyuntura "se relacionan con la dificultad de ponerse de acuerdo entre las diferentes facciones para sacar adelante reformas que el país necesita". En estos últimos, se han destapado escándalos de corrupción y "parece que todo está en jaque, y no es así".[32]

Los casos de políticos corruptos, desde todo punto de vista reprochables y sancionables jurídicamente, son compatibles con la democracia. Entender esto quizás nos prevenga contra aquellos fatalistas que ante casos de corrupción "niegan la legitimidad de las instituciones democráticas y proponen soluciones al margen de los cauces democráticos", o bien, contra aquellos que con vocación justiciera y mesiánica se presentan "como capaces de erradicarla fulminantemente".[33]

Asimismo, entender que la corrupción es un fenómeno permanente es entender que *no es privativa de aquellos regímenes políticos no evolucionados o desarrollados* o, lo que es lo mismo, según Ernesto Garzón Valdés: "que cuanto mayor sea el grado de desarrollo o de modernización de una sociedad política, tanto menor será el grado de corrupción".[34] Tal premisa es falsa. En los países altamente industrializados, los casos de corrupción han sido escandalosos. De nueva cuenta, como afirma Woldenberg: "El canciller que unificó Alemania cayó por problemas de dinero; el viejo sistema partidista que emergió de Italia después de la guerra y que permaneció intacto hasta los años 90 se desplomó por problemas de dinero. Entonces, sin contemporizar con los fenómenos de la corrupción, es muy probable que nos acompañen en un buen tramo de nuestra historia".[35]

De igual manera, como señala Pedro Salazar:

> Tampoco se trata de una práctica circunscrita a ciertos sectores sociales: por ejemplo, en México, como bien sabemos, la "mordida" es una práctica difundida entre los más pobres y entre los más ricos. Soborno y extorsión son males que involucran a funcionarios y ciudadanos de todos los niveles y (al menos casi) en todas partes.[36]

---

[32] Güemes, César, entrevista a José Woldenberg, "Pobreza y desigualdad, los problemas reales de México", *La Jornada,* 19 de marzo de 2004.

[33] González Amuchastegui, Jesús, "Corrupción, democracia y responsabilidad política", *cit.,* p. 69.

[34] Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción, cit.,* p. 19.

[35] Güemes, César, entrevista a José Woldenberg, *cit.*

[36] Salazar Ugarte, Pedro, "Una inmersión en el campo. La cultura de la legalidad en México", inédito.

Dicho lo anterior y guardadas todas las diferencias, la corrupción es asimilable a una enfermedad, pero cuya existencia, al igual que con esta última, no implica que debamos aceptarla o dejar de luchar contra ella. No nos excusa de desarrollar e implementar todos los instrumentos y mecanismos institucionales a nuestra disposición para tratar de desmontarla o, al menos, minimizar su alcance.

La corrupción está *vinculada lógicamente a un sistema normativo,* es decir, a un conjunto de reglas vigentes que regulan una práctica social. Y puesto que tal conjunto de reglas puede especificarse con respecto a diferentes ámbitos de aplicación, religiosos, jurídicos, políticos, empresariales, universitarios, deportivos, etcétera, entonces se puede hablar de sacerdotes, empresarios, universitarios, deportistas, abogados y, por supuesto, de políticos corruptos. La corrupción no es entonces un fenómeno solamente político ni tampoco requiere para existir que alguien ocupe una posición oficial de autoridad. Como afirma Alejandro Nieto:

> La corrupción aparece, con mayor o menor gravedad, en todos y cada uno de los ámbitos de la vida social: en las relaciones familiares y amistosas, en los negocios, en los campeonatos de futbol y combates de boxeo, dentro de las empresas y organizaciones no gubernamentales, en la adjudicación de premios literarios, en obispados, parroquias, y Cruz Roja, a lo largo de los procesos electorales y, sobre todo, en el funcionamiento de las administraciones públicas [...]. No caben, contra lo que suele creerse, vicios públicos en un contexto social virtuoso.[37]

Por supuesto, esta consideración no debe servir para negar que la especie más interesante y más preocupante sea la corrupción política precisamente por su dimensión pública y en cuanto acciones realizadas por autoridades oficiales; más bien, destaca la gravedad del problema de la corrupción y apunta a que las soluciones posibles deben ir más allá de la destitución y sanción jurídica de determinados políticos y funcionarios públicos. Sin duda, este tipo de medidas es un primer paso necesario y ejemplar, pero insuficiente si se quiere llegar a las raíces del problema.

Ahora bien, intentar llegar a las raíces de la corrupción no debe conducirnos por vías poco realistas. Pensar que es factible alcanzar la "corrupción 0" resulta tan utópico como pensar en la posibilidad de una vida sin enfermedades. Más aún, proponerse alcanzar la "corrupción 0", siguiendo el "efecto Giuliani", tendría resultados indeseables, bien sea en términos

[37] *Cit.* por González Amuchastegui, Jesús, "Corrupción, democracia y responsabilidad política", *op. cit.,* p. 69.

de una represión exagerada que podría vulnerar la libertad y seguridad de terceros no corruptos, o bien impidiendo que algunos casos de corrupción reprochables desde el punto de vista del sistema de reglas vigente pudieran ser considerados igualmente reprochables desde el punto de vista moral, cuando no lo son.

Me explico. Dice John Noonan que: "El soborno es una vergüenza universal. No hay un país en el mundo que no considere al soborno como un delito en sus textos jurídicos".[38] Pero, ¿cómo tendríamos que valorar al soborno si el sistema de reglas vigente fuera el del derecho nazi y el que sobornara a los jefes de un campo de concentración nazi, para salvar la vida de no pocos prisioneros judíos, fuera Oskar Schindler? ¿Cuál podría ser la vergüenza, en términos de Noonan, que sintiera Schindler por realizar este acto de corrupción? Pienso que ninguna. Por el contrario, quizás al final experimentaría la satisfacción por una acción moralmente encomiable. Por ello, para entender el fenómeno de la corrupción es de suma importancia que se vea la *diferencia entre la violación de un sistema de reglas vigente y la violación de un sistema de reglas morales con pretensiones de universalidad.* Este último funcionaría como sistema normativo crítico y justificante del sistema de reglas vigente.[39]

Creo que comprender tal diferencia previene del peligro de solapar ambos niveles normativos y terminar creyendo que lo que *es,* es lo que *debe ser.* Cuando esto sucede, la corrupción llega a naturalizarse de tal manera en el sistema de reglas vigente que la idea de un buen político, por ejemplo, termina siendo la idea de un político corrupto, astuto y virtuosamente maquiavélico.

En los fenómenos de corrupción es necesaria la presencia de una *autoridad* o de un *decisor,* entendiendo por tal todo agente con capacidad para tomar decisiones y cuya actividad esté sujeta a determinados tipos de deberes. Estos se adquieren a través de un acto voluntario por el que alguien acepta asumir un papel dentro del sistema de reglas vigente. Lo característico de la corrupción es que implica la violación de algún deber por parte de un decisor y, por tanto, un acto de *deslealtad* o hasta de *traición* con respecto al sistema de reglas que tal decisor asumió voluntariamente. Por supuesto, el reproche que merezca tal deslealtad dependerá de la calidad moral del

---

[38] Noonan, John, *Bribes,* Nueva York, Macmillan, 1984, p. 702.

[39] Tesis central en la concepción de Ernesto Garzón Valdés sobre la noción de "corrupción", y que suscribo plenamente. Seguiré de cerca las ideas de Garzón Valdés en la construcción del concepto de corrupción. Véase Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción", *op. cit.,* pp. 22 y ss.

sistema de reglas vigente. Volviendo al ejemplo de Schindler, creo que no dudaríamos en pensar que su deslealtad, como decía antes, sea moralmente encomiable. La lealtad no es entonces un valor *per se,* sino relacional. Ser un individuo leal a un decisor corrupto convierte a tal individuo en un corrupto más, en un cómplice de la corrupción.

Todo acto corrupto requiere, además de un decisor, la *intervención de una o más personas*. Es un delito participativo en el que una de las partes intenta influir en el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema de reglas vigente. El objetivo que se persigue es la obtención de un beneficio adicional al que se recibe por el puesto regular que tiene el decisor, es decir, un beneficio *extraposicional.* Si tomamos en cuenta el origen de tales beneficios se pueden distinguir dos tipos fundamentales de corrupción: el *soborno* y la *extorsión.*[40] Se soborna a un decisor cuando se le otorga un beneficio para que viole su obligación y se es extorsionado cuando se otorga a un decisor un beneficio para que cumpla con su obligación. Bien vistas las cosas, aquellos decisores que requieren de un estímulo extra para el cumplimiento adecuado de sus deberes son "extorsionadores encubiertos".

Ahora bien, el corrupto suele desear conservar su puesto en el sistema de reglas vigente, ya que es ese puesto el que le permite obtener tanto su remuneración regular como la ganancia adicional fruto del acto de corrupción. Pero como solo puede obtener la ganancia adicional violando sus deberes y, por tanto, socavando las bases de su propio puesto, la actividad del corrupto tiene siempre un *efecto destructivo con respecto al sistema de reglas vigente*. El conflicto del corrupto se traduce entonces en aprender a conciliar la existencia simultánea del sistema de reglas vigente con su propio subsistema de corrupción que le reporta grandes provechos. Y ¿cómo logra este objetivo? Básicamente de dos maneras, complementarias: *a) adhiriéndose retóricamente* (léase simbólica y cínicamente) al sistema de reglas vigente, y *b)* creando una *red de complicidad* entre los beneficiarios del subsistema de corrupción, las famosas "camarillas".

La adhesión retórica se caracteriza por un discurso público de adhesión *formal* a las reglas del sistema; las complicidades procuran el silencio, el disimulo, con un número cerrado de miembros que garanticen la funcionalidad del subsistema. Por ello tiene razón Jon Elster al afirmar que: "Aun

[40] No son los únicos tipos, aunque sí los más comunes y, en cierto sentido, radicales. Otros tipos incluirían los llamados *arreglos*, *alteraciones fraudulentas del mercado*, *malversaciones y fraudes*, *especulación financiera con fondos públicos, parcialidad*, *colusión privada*, *uso de información privilegiada*, *tráfico de influencias*... Véase Laporta, Francisco y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política, cit.*, pp. 21 y 22.

cuando todos sepan que existen prácticas corruptas, la necesidad de mantenerlas en secreto impone un límite a su extensión".[41] Un exceso de glotonería, como dice Garzón Valdés, es, por definición, suicida para la corrupción. Así como no pueden existir mentirosos sin un entorno de personas veraces o gorrones *(free raiders)* en un grupo social en donde todos lo son, una sociedad en la que todos son corruptos es una *contradictio in terminis.* El "buen" corrupto, entonces, debe aprender a mantenerse en la clandestinidad y simular su adhesión a las reglas del sistema, "aun cuando todos sepan que existen prácticas corruptas", como dice Elster. Un corrupto descubierto o pillado es un mal corrupto: glotón, ineficiente y torpe.

Dicho lo anterior, estamos en condiciones de proponer una definición de la corrupción en los siguientes términos:

> *La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado.*[42]

Por otra parte, resulta obvio que la posibilidad de llevar a cabo la violación de un deber será tanto mayor cuanto mayor sea el poder de discrecionalidad del decisor, puesto que ello aumenta las posibilidades de ganancias extras. Si a esto agregamos que la corrupción es más susceptible de florecer en contextos en los que las decisiones públicas se toman en régimen de (cuasi) monopolio y sin mecanismos estrictos de rendición de cuentas, entonces podríamos estar de acuerdo con la denominada por Robert Klitgaard, *ecuación básica de la corrupción:*

> Corrupción es igual a monopolio de la decisión pública más discrecionalidad de la decisión pública menos responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública.[43]

Si traducimos los términos de la ecuación a sus opuestos, "decisión tomada plural y descentralizadamente + decisión sometida a criterios acotados + decisión de la que se responde mediante mecanismos numerosos y ante numerosos «jueces»"; y si entendemos que el primero de los opuestos configura el núcleo de los procedimientos democráticos de decisión; que

---

[41] Elster, Jon, *The Cement of Society,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 271.

[42] Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción", *op. cit.,* pp. 30 y 31.

[43] Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo,* Buenos Aires, Sudamericana, 1988, pp. 74 y 75.

el segundo de los opuestos define lo que se llama "imperio de la ley" o "legalidad de la Administración", y que el tercero de los opuestos se articula en vías diversas de rendición de cuentas: ante los jueces —independencia del poder judicial—, ante el Congreso —control de acción de Gobierno—, ante los ciudadanos —elecciones periódicas— y ante la opinión pública —derecho a la información y libertad de expresión—,[44] entonces todo este conjunto corresponde a los "frenos institucionales" contra la corrupción, que caracterizarían a un Estado democrático de derecho.

Varias son las causas posibles de la corrupción: causas genéricas, causas específicas y causa última de la corrupción.[45] Los dos primeros tipos tienen que ver con causas de orden social, político, económico y administrativo. La última tiene que ver con una valoración de tipo ético. En palabras de Francisco Laporta y Silvana Álvarez:

> En último término la corrupción se da única y exclusivamente *porque* un individuo, sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta. Y esta es la razón por la que siempre existirá la corrupción: no hay ningún sistema de control posible ni ningún antídoto tan eficaz como para impedir totalmente una opción individual de este tipo. En todo caso ese sistema o ese antídoto tendrán mucha más fuerza si son *internos* al individuo (educación, convicciones, etcétera) que si son meramente *externos*.[46]

Si un individuo incurre en prácticas corruptas, no es únicamente por la falta de competitividad en una economía de mercado, o bien porque la organización burocrática sea radicalmente ineficiente o que los decisores gocen de amplios márgenes de discrecionalidad. Si se realizan acciones corruptas es porque, finalmente, un individuo *decide* realizar una conducta deshonesta con pleno conocimiento de sus consecuencias. No sobra decirlo cuantas veces sea necesario: *no se nace corrupto, se elige ser corrupto.*

Dicho lo anterior, creo que si desde el *punto de vista interno al individuo*, el antídoto a las acciones corruptas tiene que ver con la educación y con las convicciones morales orientadas por un sentido de honestidad, decencia y justicia, desde el *punto de vista institucional* estoy igualmente convencido de que solo un Estado democrático de derecho, pese a sus claras limitaciones, es el sistema político que mejor combate la corrupción. En este sentido, suscribo

---

[44] Laporta, Francisco y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política, cit.*

[45] *Ibidem,* pp. 25 y ss.; González Amuchastegui, Jesús, "Corrupción, democracia y responsabilidad política", *op. cit.,* pp. 75 y ss.

[46] Laporta, Francisco y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política, cit.,* p. 28.

el llamado de Ernesto Garzón Valdés a hacer un esfuerzo tenaz por recuperar la fe democrática:

> Los actos y actividades corruptos(as) son solo la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático. La alarmante difusión de la corrupción se debe no solo al atractivo cada vez mayor de los *beneficios* extraposicionales sino también al hecho de que la realización efectiva de la democracia representativa tropieza con obstáculos tan serios que cada vez es también mayor el número de quienes atribuyen carácter utópico al proyecto democrático de la modernidad. Por ello, la recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática.[47]

[47] Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta", *Isonomía,* ITAM-Fontamara, núm. 21, 2004, pp. 17 y 18.

Capítulo noveno

JUSTICIA COMO EMPODERAMIENTO Y EMANCIPACIÓN

Bajo este título he querido reunir diversas propuestas feministas en torno a la justicia y los derechos humanos, y enfatizar su importancia en la teoría política y jurídica contemporáneas. Si algún movimiento o concepción ha reivindicado el tema de la igualdad y ha incorporado un enfoque crítico y disruptor en la filosofía actual ha sido sin duda el que acompaña y caracteriza las demandas de las mujeres. Después de pasar revista someramente a las "olas feministas", me detendré con más detalle en las críticas a Rawls, desde el feminismo radical y, muy especialmente, en algunas propuestas de la antropóloga mexicana Marta Lamas, desde el feminismo de las diferencias.

I. Olas feministas

Es un lugar común en la literatura feminista referirse a ella a partir de olas diversas y sucesivas. Se habla de una primera ola "liberal", a la que le sigue una "radical", otra tercera que aboga por el reconocimiento de las "diferencias" y la representatividad política a nivel global, y una cuarta con características peculiares pero que aún no existe un consenso para su caracterización. Esta última viene precedida por un *posfeminismo* que arraiga tanto en clases medias urbanas como en clases altas, especialmente en Europa y Estados Unidos, pero también en otras regiones del mundo. Las fronteras entre unas y otras no están claramente delimitadas, pero creo que es posible señalar algunas notas específicas.

Así, por ejemplo, es una constante entre las feministas liberales la demanda de inclusión de las mujeres en la ciudadanía con la debida garantía de los derechos derivados de la misma: el feminismo vinculado a la noción de iguales libertades tiene su momento fundacional en la Ilustración: es un producto de la modernidad. Uno de los antecedentes más ilustres lo encontramos en Condorcet, quien critica la convicción muy arraigada en la época de que la naturaleza femenina es más proclive a los sentimientos y las pasiones y, por ello, las mujeres debían ser excluidas de la participación en el ámbito

público. Para Condorcet, las exigencias de igualdad entre mujeres y hombres deben visibilizarse en el reconocimiento de los derechos humanos.[1]

Las reivindicaciones ilustradas de la mujer generan la llamada primera ola feminista, que podríamos situar desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Harriet Taylor y John Stuart Mill denuncian la pretendida inferioridad de la mujer —que justifica los privilegios masculinos— como producto de los prejuicios y de la brutalidad, estableciendo una analogía entre la situación de las mujeres y la esclavitud.[2] De igual manera se denuncia la opresión económica y se reclama una sexualidad libre. El movimiento sufragista acompaña este periodo en el reconocimiento de los derechos políticos —participación en igualdad para el sufragio activo y pasivo—, en un camino sin duda largo y tortuoso,[3] pero también se reivindican los derechos civiles —reclamo del derecho de propiedad contra los privilegios masculinos y el derecho a la privacidad en términos de posesión y control del propio cuerpo— y algunos derechos sociales —derecho a la educación y al trabajo, con la consiguiente denuncia de la opresión económica—.

La vertiente liberal del feminismo amplía hasta nuestros días las propuestas originales, para incluir no solo una protección y garantía robusta de las libertades, sino también de la igualdad, y ya no únicamente en términos de trato no arbitrario o no discriminatorio, sino también de corrección de las desigualdades históricas y estructurales. Este feminismo liberal de la igualdad incorpora también el reconocimiento de la pluralidad cultural y la valoración jurídica de las diferencias. Betty Friedan,[4] Martha Nussbaum,[5] Paola Bergallo[6] y Ayaan Hirsi Ali[7] dan testimonio de un liberalismo crítico, dialogante también con las propuestas radicales.

---

1 Condorcet, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano* (1790), trad. de Francisco González Aramburo, México, FCE, 1997, pp. 356 y ss.

2 Stuart Mill, John y Taylor, Harriet, *El sometimiento de la mujer* (1869), trad. de Carlos Mellizo Cuadrado, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

3 El reconocimiento de la ciudadanía a las mujeres y su derecho al voto comienza en el último tercio del siglo XIX y se desarrolla paulatinamente: Utah (1870), Colorado (1893), Nueva Zelanda (1893), Australia y los países nórdicos (1902), Gran Bretaña (1918), España (1931), Francia e Italia (1945), México (1953/1955).

4 Friedan, Betty, *La mística de la feminidad* (1963), trad. de Magalí Martínez Solimán, Madrid, Ediciones Cátedra, 2016.

5 Nussbaum, Martha, "Women's Capabilities and Social Justice", *Journal of Human Development*, vol. 1, núm. 2, 2000.

6 Bergallo, Paola y Gherardi, Natalia, "Trabajo", en Motta, Cristina y Sánchez, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Colombia, Siglo del Hombre, 2008, t. 1, pp. 583 y ss.

7 Hirsi Ali, Ayaan, *Infiel*, trad. de Sergio Pawlowsky, México, Debate, 2007, y *Nómada*, trad. de Gemma Deza Guil, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2011.

La segunda ola feminista, que podríamos situar desde los años cincuenta hasta principios de los noventa, es un periodo amplio y complejo. En 1949 Simone de Beauvoir publica *El segundo sexo*, un parteaguas en el movimiento feminista.[8] A la preguna ¿qué significa ser mujer?, para Beauvoir, la respuesta no debe ser esencialista. Más bien, la "mujer" es una construcción cultural: "no se nace mujer, se llega a serlo". Se construye como una alteridad subordinada al hombre. Si las mujeres de la burguesía y de la clase media eran los referentes de la primera ola feminista, ahora se reconoce la diversidad: trabajadoras, estudiantes, lesbianas, mujeres de color, etcétera. El reconocimiento de una "dominación patriarcal" permea en buena medida las propuestas de la segunda ola y se desarrolla a partir de lo que comienza a denominarse "feminismo radical". Este, en buena medida, desmitifica la bandera liberal y hace visible sus límites y cierta perversidad en sus propuestas.

De manera general, contra el esencialismo mujerista se afirma que "no hay identidades monolíticas sino múltiples y fracturadas". A la mujer madura, urbana, blanca, universitaria y atea se opone, como dice Marta Lamas, la mujer joven, campesina, indígena, analfabeta y evangélica. Asimismo, se distinguen las categorías de "sexo" y "género", asumiendo este último un claro sentido cultural; y más específicamente como propone Catherine Mackinnon, contra el principio liberal de autonomía personal se propone el enfoque de la "dominación". Se interpela a las propias mujeres y se destaca la relevancia pública de las cuestiones íntimas: "lo personal es político". La cocina, la guardería y el dormitorio se democratizan en un ejercicio de igualdad para la crianza de los hijos, las relaciones familiares y la actividad laboral.

Contra la tendencia a vincular la justicia con principios abstractos y generales se propone una justicia vinculada con la búsqueda de lo concreto —conexión, cuidado, singularidad, receptividad de los sentimientos, equidad—; se critica la escisión liberal entre el mundo de lo público y de lo privado, proclive a ocultar la violencia que se practica al interior de las familias; denuncia la pretendida igualdad formal del derecho y su neutralidad como un factor que invita a convalidar las injusticias más que asumir una clara preferencia por la parte más desprotegida en sus derechos.

Por su parte, el feminismo de las diferencias, en las propuestas de Judith Butler[9] o Marta Lamas,[10] por ejemplo, cuestiona a su vez la dicotomía

---

[8] Beauvoir, Simone de, *El segundo sexo* (1949), trad. de Juan García Puente, México, Debolsillo, 2014.

[9] Butler, Judith, *El género en disputa*, trad. de María Antonia Muñoz, Barcelona, Paidós, 2014.

[10] Lamas, Marta, *Cuerpo, sexo y política*, México, Debate Feminista-Océano, 2014.

sexo y género como reflejo de una dicotomía más general entre naturaleza y cultura: el sexo también está sometido a interpretaciones culturales. Hay un despertar crítico de las "mujeres en los márgenes", cuyos malos sujetos son las putas, lesbianas, marimachas, violadas, transexuales, actrices porno, feas, viejas, camioneras, frígidas, insatisfechas, histéricas, taradas.[11]

La crítica del liberalismo radical a la pornografía, piensan las feministas de la tercera ola, resultó perversa para las mujeres, reforzando, sin pretenderlo, los discursos más conservadores. Se trata más bien de reivindicar un feminismo prosexo, entendido también como plataforma política de resistencia al control y la normalización de la sexualidad. Asimismo, no es desde el discurso monológico como se construye el espacio público para el reconocimiento de la diversidad, sino con la presencia de la "voz" de las otras, concretas. En otros términos, no es razonable esperar a través de la autorreflexión que un individuo aislado represente adecuadamente los puntos de vista de los demás, "parecidos" o "diferentes", y mucho menos si tal representación se realiza en un contexto global. Se requiere de una deliberación pública plural, incluyente y laica, con un horizonte que rebase las fronteras territoriales.

El *posfeminismo*, de acuerdo con Marta Lamas: "adquirió una connotación simultáneamente liberadora y despreciativa, y la subjetividad posfeminista se volvió una tendencia generacional entre muchísimas jóvenes de clase media de la urbes en los países desarrollados". Las jóvenes posfeministas, continúa Lamas:

> […] anhelaron ser autosuficientes, ganar dinero para consumir y, también, gustar y ser deseadas. Entre los modelos de feminidad posfeminista que ofrecieron los medios, Madonna encarnó la imagen paradigmática de "empoderamiento", disfrute y orgullo de ser mujer, con su éxito económico, su confianza en sí misma y su hipersexualización.[12]

Por su parte, la "cuarta ola", desde mediados de la segunda década de este siglo, permite hablar de un resurgimiento del feminismo con características propias:

a) se define en términos de "interseccionalidad", es decir, la interacción y superposición de factores sociales diversos —género, sexo, clase social, etnia— en una misma persona;

---

[11] Despentes, Virginie, "No creo en la feminidad", *El País*, Babelia, 13 de enero de 2007.

[12] Lamas, Marta, *Dolor y política. Sentir, pensar y hablar desde el feminismo*, México, 2020, p. 27.

b) se incorpora de lleno en el mundo digital a través de redes sociales tanto a nivel local como internacional;
c) reconoce la existencia de una pluralidad de colectivos feministas y al espacio público como lugar de encuentro y manifestación de sus distintas expresiones;
d) se acompaña de un sentido lúdico y un humor contrasistema y, en algunos colectivos, de acciones anarquistas ante las diversas formas de dominación;
e) denuncia la diversas manifestaciones de violencia hacia la mujer, acoso sexual y laboral, así como el feminicidio como una de sus expresiones más crueles y humillantes, y
f) aparición de "nuevas masculinidades" como ejercicio autoreflexivo y crítico.

II. Crítica feminista al liberalismo

El liberalismo en general, y en particular el liberalismo igualitario en la versión de John Rawls, ha sido uno de los blancos centrales de la crítica feminista anglosajona.[13] Sintetizaré algunas de estas críticas, con una posible respuesta a las mismas y el reconocimiento que el propio Rawls asume para incorporar varias de sus demandas, dentro de su concepción liberal.

1. *Crítica al enfoque de la autonomía*

Contra el principio de autonomía personal, tan caro al pensamiento liberal, MacKinnon propone el enfoque de la "dominación": existe una distribución desigual del poder entre hombres y mujeres, a la vez que se objeta la superioridad masculina y la subordinación femenina. Para la autora, esta subordinación no tiene nada que ver con la biología o con la diferente manera en que evolucionaron los sexos, sino con la política, es decir, con el punto de vista del poder masculino sobre la construcción de la vida social y su conocimiento.

No resulta claro cuál es el alcance de esta objeción de MacKinnon al liberalismo, toda vez que este se ha preocupado por defender la idea de

[13] Mackinnon, Catherine, *Feminismo inmodificado*, trad. de Teresa Arijón, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014. Para la exposición de esta autora y otras críticas desde el feminsimo seguiré de cerca a Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 85-97.

la no dominación política, precisamente entendiendo la dominación como una de las severas limitantes al desarrollo de la autonomía personal. Esto es verdad, pero también es cierto que el liberalismo no ha reparado históricamente, de manera muy nítida, en la distinción entre autonomía —entendida como no interferencia— y autonomía como no sometimiento.[14] Un liberal libertario, comprometido exclusivamente con la libertad negativa, no puede dar cuenta de un concepto robusto de autonomía entendida también como no dominación. Desmontar y desmitificar esta estructura de dominación del hombre sobre la mujer ha sido una de las aportaciones más relevantes del feminismo radical. Un liberal igualitario debe asumirla plenamente e insistir en la relevación de la libertad positiva a partir de un enfoque de no dominación.

2. *Crítica al punto de vista masculino*

Una buena parte de la crítica feminista al liberalismo se ha centrado en los problemas relacionados con la justicia y la tendencia liberal a vincular este valor con principios generales y abstractos. Aquí quiero referirme brevemente a las propuestas de Nancy Chodorow[15] y Carol Gilligan[16] en torno al "punto de vista masculino" del liberalismo.

Para Chodorow, hombres y mujeres abordan la justicia de forma completamente antagónica y se vinculan con concepciones generales de la vida muy diferentes entre uno y otro sexo. Las mujeres buscan "conexión" con los demás sujetos, mientras que los hombres tienden a valorar más la "separación" entre ellos. A partir de su investigación sobre los primeros años de desarrollo de los niños y la tendencia a que los mismos sean criados por sus madres, mientras sus padres aparecen como figuras distantes, Chodorow concluye que es en esos primeros años donde se afirmarían los vínculos de conexión y de separación, y la tendencia de las mujeres a vincular la justicia con la búsqueda de lo concreto y los varones con la de lo abstracto. Para Chodorow, la concepción dominante de la justicia desvinculada de lo concreto está sesgada en materia de género.

En la misma dirección de Chodorow, Gilligan critica la propuesta de Kohlberg a partir de una "ética del cuidado". Para Kohlberg, el razona-

---

[14] Véase *supra,* cap. 6.

[15] Chodorow, Nancy, *The Reproduction of Mothering,* Berkeley, University of California Press, 1978.

[16] Gilligan, Carol, *In a Different Voice,* Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982.

miento moral de las mujeres es deficiente cuando se le compara con el de los varones. Para este autor existen varios niveles de desarrollo moral: el egoísmo infantil, la deliberación racional, la justificación imparcial y la utilización de principios. Kohlberg llegó a la conclusión de que las mujeres tienden a quedarse en la etapa intermedia de madurez moral, que identifica la moralidad con la amabilidad y donde los principios abstractos son insuficientemente utilizados. Para Gilligan, a diferencia de Kohlberg, la pregunta a responder no debería ser "¿cuál es el problema de las mujeres que no llegan a la madurez moral?", sino más bien, "¿cuál es el problema con el criterio utilizado para determinar la madurez moral que hace que las mujeres no resulten moralmente maduras?". Su estrategia fue escuchar a las mujeres, en lugar de adaptarlas al paradigma teórico existente de Kohlberg.[17]

Para Gilligan, el modelo de Kohlberg estaba basado en estudios que tomaban a los varones como punto de referencia y estándar de normalidad. Por ende, su concepción de madurez moral es sesgada. Debe prestarse más atención a la "voz" de las mujeres. Gilligan concluyó que los varones y las mujeres tienden a utilizar distintos tipos de estrategias de razonamiento y a acentuar temas diferentes cuando formulan y resuelven problemas morales: la perspectiva presente en las mujeres es "del cuidado" y la de los varones "de la justicia". Las mujeres tienden a enfatizar los elementos particulares, la singularidad de las necesidades de otros y la receptividad de los sentimientos de los demás. En cambio, en los hombres, desde el punto de vista moral de la justicia, se manifiesta una tendencia a acentuar los ideales abstractos, los derechos y a acatar los principios imparciales.

La posición de Gilligan no pretende demostrar que el razonamiento basado en el cuidado sea superior al de la justicia o viceversa; ambos son válidos. La madurez moral consiste en poseer la capacidad de pensar de las dos maneras e integrar ambas perspectivas. Gilligan es consciente de que la noción de cuidado no es suficiente para realizar todo el trabajo moral: la exigencia de cuidado por sí misma no sustenta una teoría moral adecuada y completa.[18] Entendida la propuesta de esta manera, pienso que no sería incompatible, por ejemplo, con la idea del "equilibrio reflexivo" de un liberal igualitario como Rawls. Recordemos que para Rawls, la justificación de las decisiones deben realizarse a partir de los llamados "juicios ponderados", "razonables" o "considerados" que, por una parte, evitan el universalismo principalista, rígido y formal y, por la otra, evitan el particularismo relativis-

---

[17] Luna, Florencia y Salles, Arleen, *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos,* Buenos Aires, FCE, 2008, pp. 113 y ss.

[18] *Ibidem,* p. 115.

ta y el contextualismo. Esto que acabo de decir creo que se entenderá mejor con la siguiente tercera crítica.

3. *Crítica al punto de vista tradicional*

Con respecto a la mirada tradicional —no crítica— sobre la organización familiar liberal y su carácter uniforme y autointeresado, ha sido objeto de críticas desde el feminismo. Así, por ejemplo, Iris Young[19] impugna los ideales liberales de imparcialidad y universalidad, sosteniendo que ellos dejan de lado las diferencias —especialmente de la mujer en el seno familiar—, la "otredad", y crean una falsa dicotomía entre la razón y el sentimiento.

De igual manera, Susan Okin[20] asume una posición crítica frente a la idea de que, en efecto, el liberal pone entre paréntesis la cuestión de la justicia dentro de la familia, y de que los agentes, en lugar de ser vistos como sujetos meramente autointeresados, deben ser vistos como sujetos dotados de "empatía". Es esta, la empatía y no el autointerés, lo que permitiría a los agentes "ponerse en el lugar de los demás", si es verdad que deben asumir el punto de vista de los más desaventajados, por ejemplo en los términos de John Rawls.

El propio Rawls, sensible a estas críticas del feminismo, ha reconocido que su *Teoría de la justicia* omitió un tratamiento sobre la justicia para hombres y mujeres: "Admito [dice Rawls] que la «teoría de la justicia» debió haber sido más explícita [en cuanto a las implicaciones de una justicia igual para hombres y mujeres], pero ello tuvo que ver con una falta atribuible a mí y no al liberalismo político por sí mismo". En su escrito "The Idea of Public Reason Revisited",[21] Rawls sostiene que la familia, como cualquier asociación, goza de un margen de libertad muy significativo, pero sujeto a ciertas "limitaciones esenciales": las orientadas a garantizar "los derechos y libertades básicas, y la libertad y las oportunidades de todos sus miembros". Los principios de justicia, de acuerdo con Rawls, no nos dirán nada acerca de cómo criar a nuestros hijos, pero sí, por ejemplo, acerca de la imposibilidad de abusar de ellos o descuidarlos. Tales principios, además, nos informarán acerca de la necesidad de poner fin a una situación histórica en la cual, por ejemplo, las mujeres, a diferencia de los hombres, han tenido

---

19 Iris, "Toward a Critical Theory of Justice", *Social Theory and Practice*, vol. 7, núm. 3, 1981.

20 Okin, Susan, "Reason and Feeling in Thinking about Justice", en Sunstein, Cass (comp.), *Feminism and Political Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

21 Rawls, John, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, núm. 3, 1997.

que soportar "una carga desproporcionada en la tarea de criar, alimentar y cuidar de los niños".

4. *Crítica a la distinción entre lo público y lo privado*

Carole Pateman,[22] entre otras feministas, ha criticado la distinción entre lo público y lo privado, tan central para el pensamiento liberal. Para un liberal, tal distinción permite establecer los límites de la acción estatal: no puede considerarse que hay un ejercicio legítimo de la coerción cuando a través de la misma se procura afectar la vida privada de las personas, aun cuando tal ejercicio coercitivo se realice por un grupo mayoritario o por algún grupo que se considera legitimado para imponer un ideal de excelencia humana. Este blindaje de la esfera de la privacidad ha dado lugar a fallos judiciales que han declarado inconstitucionales, por ejemplo, los intentos de prohibir la posesión de droga para consumo personal o interferir en la decisión de las mujeres para abortar.

Pateman ha criticado una posible y muy común interpretación de esta idea de lo privado, que podría "abrir la puerta" a abusos sobre la mujer, tolerados por el Estado. Si le decimos al Estado que quite sus manos del área de lo privado y definimos las acciones privadas como "acciones llevadas a cabo en la intimidad —y no como deberíamos, es decir, como "acciones que no causan daños a terceros"—, entonces le estaríamos diciendo al Estado que no se involucre en lo que ocurre dentro de la esfera familiar. De esta manera, excluiríamos de las preocupaciones estatales acciones como la violencia intrafamiliar o la injusta distribución de cargas y beneficios en las relaciones familiares.[23]

De nueva cuenta, esta crítica feminista ha replanteado la misma noción de lo privado en las filas liberales. Es el propio Rawls quien se ha encargado de argumentar que su posición no implica considerar la esfera de lo político y de lo no político como dos espacios separados:

> Aun cuando solo la estructura básica de la sociedad resulta el sujeto primario de la justicia, los principios de justicia todavía ponen restricciones esenciales sobre la familia y todas las demás asociaciones. Los miembros adultos de las familias y otras asociaciones son, en primer lugar, ciudadanos iguales: esta es

---

[22] Pateman, Carole, "Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy", en Phillips, Anne (comp.), *Feminism and Equality*, Oxford, Blackwell, 1987.

[23] Lemaitre, Julieta, "Violencia", en Motta, Cristina y Sánchez, Macarena, *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008, t. 1, pp. 225 y ss.

> su posición básica. Ninguna institución o asociación en la que se encuentran involucrados puede violar sus derechos como ciudadanos […] De allí que la esfera de lo político y lo público, de lo no público y de lo privado, caen todas dentro del contenido y aplicación de la concepción de la justicia y sus principios. Si alguien piensa que la así llamada esfera de lo privado constituye un espacio exento de justicia, lo cierto es que no existe tal cosa.[24]

5. *Crítica a la neutralidad*

Una de las críticas recurrentes del feminismo a la propuesta liberal es la relevancia que esta atribuye a la neutralidad formal en materia de género para, según ella, asegurar la igualdad de acceso y de oportunidades entre hombres y mujeres. Paola Bergallo ha puesto de manifiesto cómo tal pretendida neutralidad oculta o refuerza posiciones discriminatorias que solo contribuyen a la perpetuación del llamado "techo de cristal", es decir, "restricciones invisibles que impiden el ascenso profesional y laboral de las mujeres en diversos ámbitos institucionales públicos y privados".[25] Tal discriminación o segregación opera tanto de forma vertical o jerárquica como horizontal. Por la primera se quiere significar las diferencias proporcionales en la representación de hombres y mujeres en los diversos escalones de las instituciones públicas o privadas; mientras que por la segunda se significa las diferencias entre la presencia proporcional de hombres y mujeres a través de las mismas actividades o áreas de trabajo. A partir de un estudio empírico sobre la selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires, algunas de las conclusiones de Bergallo son decepcionantes:

> […] los datos muestran que el actual procedimiento de selección de los jueces se caracteriza por que la proporción de la participación de las abogadas en ciertos concursos y áreas del Derecho es significativamente inferior a la de los abogados. De otra parte, las definiciones de los méritos se basan en prototipos de éxito profesional que pueden desvalorizar las biografías femeninas y desincentivar a las candidatas. De igual forma es visible la carencia de prácticas y políticas sensibles a los efectos del género y, finalmente, es manifiesta la subrepresentación de las mujeres como Consejeras y el monopolio del poder de los hombres en diversos ámbitos del mecanismo de selección.

---

[24] Rawls, John, *op. cit.*, p. 791.

[25] Bergallo, Paola, "¿Un techo de cristal en el poder judicial?", en Cabal, Luisa y Motta, Cristina (comps.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006, pp. 145 y ss.

Las propuestas de Bergallo apuntan hacia la "necesidad de explorar y formular un programa formal de acción afirmativa", y en concreto, por lo que hace al poder judicial "una Magistratura diversificada e igualitaria en términos de género es un prerrequisito fundamental para re-construir la legitimidad democrática del Estado y tornar su organización más receptiva y sensible a la protección de los derechos de las mujeres y a la representación de los intereses, visiones y experiencias femeninas". Las críticas a la idea de "neutralidad" liberal, como hemos señalado en otros capítulos, y la defensa de acciones afirmativas son del todo pertinentes desde el enfoque de un liberalismo igualitario.

III. Igualdad y diferencias

En "Dimensiones de la diferencia",[26] Marta Lamas parte de una premisa básica: no existe una correspondencia unilateral entre el cuerpo, la identidad personal y el mandato cultural de género. Las expresiones de intersexualidad, homosexualidad y transexualidad ponen en crisis la bidimensionalidad rígida entre "hombres" y "mujeres". "Las prescripciones normativas de *género* —lo que «les toca» a las mujeres o a los hombres— [afirma Marta Lamas con razón] funcionan como mandatos que intentan ajustar los cuerpos al modelo hegemónico". Por ello, "al diferenciar entre la sexualidad y los contenidos simbólicos que les adjudican las personas queda en evidencia la gran variación entre las fronteras de lo normal y lo anormal, las prácticas buenas o malas, naturales o antinaturales, decentes o indecentes". Debemos partir de un reconocimiento fáctico de las diferencias, y de alguna forma relativizar los valores construidos a partir de la dicotomía esencialista "hombre-mujer".

Pero al mismo tiempo, todos los seres humanos somos iguales, y así lo reconoce la normatividad jurídica. El Estado debe permanecer neutral, en la mejor tradición libertaria, ante los diversos modos y planes de vida y evitar caer en posiciones injustificadamente paternalistas o perfeccionistas. La igualdad formal ante la ley y la pretendida independencia y objetividad de los jueces en la aplicación de la misma son las garantías mínimas para una adecuada convivencia social y democrática. A la relativización de los valores debe oponerse una aspiración a la universalidad en el reconocimiento de una igualdad compartida entre los seres humanos. Las situaciones que no se ajusten a las tendencias universales quedan en los márgenes y deben tratarse de manera excepcional y, si es posible, con benevolencia.

---

[26] Lamas, Marta, "Dimensiones de la diferencia", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Género, cultura y sociedad*, México, Fontamara-SCJN, 2012.

Y es precisamente en esta tensión entre el reconocimiento de las diferencias, por un lado, y el sustrato común de los seres humanos en igualdad, por otro, donde hace su aparición el dilema: si ignoramos las diferencias en el caso de los grupos subordinados o discriminados, en aras de una igualdad formal, se alcanza una "neutralidad defectuosa"; si destacamos las diferencias en aras de un reconocimiento de la pluralidad, incurrimos en una "estigmatización indeseable". Es esta estigmatización, por ejemplo, la que ha llevado a algunas feministas a rechazar las acciones afirmativas o las políticas de cuotas. En síntesis, la visibilidad o invisibilidad en exceso terminan siendo, ambas, discriminatorias. Este es el callejón sin salida del dilema.

La única forma de no caer en la parálisis de los dilemas es comenzar a limar poco a poco los cuernos de los mismos, conscientes de que quizás sea imposible eliminarlos y de que pueden hacer su aparición en cualquier momento. ¿Qué propone Marta Lamas para suavizar el dilema? Siguiendo a Luigi Ferrajoli, nuestra autora propone un derecho a la diferencia que solo puede hacerse exigible bajo un trasfondo de igualdad. Pero, ¿de qué igualdad estamos hablando que no se limite exclusivamente a la igualdad jurídica? Es verdad que, desde un punto de vista formal, todos los seres humanos somos iguales, pero lo que importa destacar es que, desde un punto de vista sustantivo, todos los seres humanos debemos ser tratados "con igual consideración y respeto". Esto es tanto como decir: sin crueldad, sin humillación, sin exclusión, sin dominación, sin discriminación, todas estas, expresiones que marcan una ruta por vía negativa hacia la noción de dignidad personal, es decir, qué es lo que *no debemos hacer* con los seres humanos.

Marta Lamas expresa tal vía negativa de manera clara y contundente: "es legítima la gran diversidad de prácticas sexuales que existen, siempre y cuando no resbalen a manifestaciones ilegales e indignas de consumar el deseo sexual, tales como la violación, el abuso sexual, los toqueteos, el hostigamiento y la seducción a menores". Nos igualamos, por vía negativa, en aquello que no se debe hacer, pero también nos igualamos por vía positiva en aquello *que consentimos hacer*, es decir, cuando se ejerce "la facultad que tienen las personas adultas con ciertas capacidades mentales y físicas, de decidir su vida sexual". Por ello: "La existencia de un desequilibrio notable de poder, de maduración, de capacidad física o mental imposibilita que se lleve a cabo un verdadero consentimiento". Si esto es correcto, entonces nada más ajeno a la idea de igualdad en términos de dignidad y autonomía que la idea libertaria de un Estado neutral, aséptico, indiferente a los grupos histórica y contemporáneamente discriminados.

Mercado, cuerpo, privacidad e intimidad

En un trabajo posterior, Marta Lamas reflexiona en torno a la noción de cuerpo, referido ahora al trabajo sexual y su mercantilización, y ahonda en dos nociones de difícil aprehensión, pero que requieren de una revisión minuciosa: las nociones de privacidad e intimidad.[27] Mercado y cuerpo es un binomio de difícil armonización, y sus implicaciones tendrán consecuencuencias para temas tan relevantes en bioética como los derechos sexuales y reproductivos, la maternidad subrogada, entre otros.

En mis comentarios al libro de Marta, *El fulgor de la noche*, he partido de la convicción de que es moralmente inaceptable permitir que todos los bienes puedan ser objeto de transacción comercial. Deben quedar fuera lo que algunos autores, como Ernesto Garzón Valdés, han incluido bajo el llamado "coto vedado", o Luigi Ferrajoli, bajo "la esfera de lo indecidible". Para entendernos rápido, se trata de los derechos inalienables de las personas. Llevarlos al mercado constituiría, ciertamente, una suerte de degradación moral: el caso de alguien, como lo veía Mill, que se vende como esclavo al hacer la transacción comercial de su derecho a la libertad.

Creo, sin embargo, que tal no es el caso, por ejemplo, para la venta de órganos, la gestación subrogada o el trabajo sexual. Si quienes realizan estas transacciones son personas adultas, que actúan libremente, en pleno uso de sus facultades mentales y no incurren en violaciones de derechos a terceros, a menos que se defienda un paternalismo injustificado o un perfeccionismo moral, no veo por qué se deban limitar, y mucho menos prohibir, estas conductas, o las de terceros que participan en la realización de las mismas.[28]

Si no existen condiciones de discriminación, explotación o dominación, la única diferencia que existiría entre la donación de un órgano, el ofrecimiento desinteresado del útero o el servicio sexual altruista es el componente mercantil que, por otra parte, podría ser un factor positivo para aumentar la disponibilidad de un bien escaso o de acceso limitado. Y a menos que

---

[27] Lamas, Marta, *El fulgor de la noche,* especialmente el cap. VI, "¿Un trabajo como cualquier otro?", México, Océano, 2017.

[28] Con respecto a la participación de terceros es de destacar la sentencia SCJN, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito del Consejo de la Judicatura Federal, amparo directo 206/2016, de 23 de marzo de 2017, en el que el juez —valiéndose de la distinción propuesta por Marta entre "trata" y la "organización libre y voluntaria del trabajo sexual" que puede suponer, como fue el caso, la participación de terceros aceptados libremente por las trabajadoras para gestionar su trabajo a cambio de una compensación económica— resuelve que "no todos los casos en los que un tercero obtenga un beneficio de la prostitución ajena configura el delito de trata de personas".

se tenga una aversión moral a toda operación mercantil o se piense que el dinero es "sucio", no veo razón alguna para prohibir, restringir o poner regulaciones excesivas a su comercio.[29] Esta es una de las tesis generales que se desprende de la lectura del libro de Marta y que quisiera desglosar con más detenimiento.

El mercado, como la democracia o las mismas leyes, se convierten en "instituciones suicidas" si no se suponen precondiciones normativas que las hagan posible: el mercado tiene una propensión natural a la concentración y monopolización; la democracia a una tiranía de la mayoría, y el sistema jurídico a un legalismo ajeno —e incluso contrapuesto— a las demandas sociales. No todo bien es negociable en el mercado, ni puede ser producto de un mayoritarismo, ni puede ser impuesto bajo un formalismo legal autoritario. Pienso que los derechos humanos deben ser el límite normativo para estas tres instituciones y ellos mismos no deben sujetarse a un balance costo-beneficio, o ser sometidos a la ley de oferta y demanda, o constreñidos a la letra de la ley. Los derechos deben entenderse como precondiciones que necesitan ser protegidas y garantizadas de forma independiente e imparcial con respecto a tales instituciones.

Las transacciones realizadas entre agentes racionales deben ser libres y consentidas. En esto estarían de acuerdo tanto los liberales libertarios como los liberales igualitarios. La diferencia es que un libertario, como Hayek o como Nozick, piensa que el último eslabón de la cadena causal de transacciones en el tiempo debe ser libre, pero no podemos ni debemos hacernos cargo o responsables de lo que antecede históricamente. Son mis preferencias ahistóricas las que deben jugar de manera espontánea en el mercado y el Estado debe mantenerse neutral; más aún, el Estado debe limitarse a poner las condiciones para que mis preferencias jueguen libremente, por ejemplo, determinando con claridad los derechos de propiedad y garantizando un contexto de seguridad. Cualquier injerencia del Estado más allá de esas condiciones mínimas es una intromisión ilegítima en mi autonomía personal. Para los libertarios, la libertad debe entenderse como no interferencia y no arbitrariedad legal en las transacciones comerciales; finalmente, argumentan, todos debemos ser tratados de manera igual ante la ley.

A diferencia de los libertarios, un liberal igualitario comprende que esas transacciones pueden llevarse a cabo en un contexto no únicamente de arbitrariedad y discriminación, sino sobre todo de desigualdad estructural: prejuicio, estigmatización, opresión o, en una palabra, dominación.

---

[29] Garzón Valdés, Ernesto, "Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos", *Filosofía, política y derecho*, España, Universitàt de Valencia, 2001, pp. 176 y ss.

La no arbitrariedad tiene que ver con una concepción de la igualdad en un sentido formal; la no dominación tiene que ver con una concepción de la igualdad en un sentido sustantivo y estructural. Este enfoque "considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno del sometimiento integrante de un grupo que ha sido sistemáticamente excluido y sojuzgado".[30] Por ello es posible hablar de *mercados nocivos*: "Como los mercados [afirma Marta Lamas] no solo abarcan cuestiones económicas sino también éticas y políticas, por eso se habla de *mercados nocivos* (Satz, 2010) que aparecen cuando hay una distribución previa e injusta de recursos, ingresos y oportunidades laborales".[31] Y mostrando su acuerdo con Martha Nussbaum, comenta que a ella "no le preocupa que una mujer con muchas opciones laborales elija el trabajo sexual, sino que la ausencia de opciones haga que la prostitución sea la única alternativa posible, lo que es verdaderamente alarmante".[32] En este mismo sentido, en otro pasaje agrega:

> Idealmente, en una sociedad justa, el papel del mercado debería estar acotado a una igualdad redistributiva, para que todas las personas tuvieran acceso a bienes básicos (salud, educación, vivienda, empleo). Y si a partir de tal supuesto hubiera mujeres que quisieran trabajar en el comercio sexual, no habría impedimento ético para que lo hicieran.[33]

Por lo mismo, vale decir que en un escenario en el que no existieran desigualdades estructurales, o bien, se minimizaran a tal grado que no incidieran negativamente en las opciones de una persona, sería legítimo entonces hablar de *mercados* no *nocivos,* sino *beneficiosos,* y de esta manera justificar la transacción comercial de servicios sexuales, pero también de órganos y de úteros. La idea de mercado en sí misma no tiene una connotación peyorativa: hay mercados nocivos como los hay beneficiosos. Así, por ejemplo, tal como señala el documento preparado por GIRE con respecto a la gestación subrogada, esta debe entenderse como "un contrato a través del cual una mujer acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos en dicho embarazo".

---

[30] Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, p. 30.

[31] Lamas, Marta, *El fulgor de la noche, cit.,* p. 177.

[32] *Ibidem*, p. 175. El texto citado y comentado de Martha Nussbaum es "«Wether from Reason or Prejudice»: Taking Money for Bodily Services", *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, vol. XXVII, enero de 1998, pp. 693-724.

[33] *Ibidem*, p. 178.

Lejos de prohibir, favoreciendo conductas clandestinas, de lo que se trata es de regular, lo que implica no solo cubrir los gastos propios de la gestación, sino también considerar algún tipo de remuneración económica para la gestante, porque, como argumenta GIRE con razón:

> […] la narrativa común, que sugiere que la gestación subrogada debe llevarse a cabo siempre con fines estrictamente "altruistas", se basa en estereotipos de género que desconocen la autonomía reproductiva de las mujeres gestantes, y resulta poco efectiva para enfrentar los abusos en que pueden incurrir las clínicas y agencias dedicadas a este ejercicio.[34]

De regreso al tema del comercio sexual, en contextos de desigualdad estructural, sin duda es preferible regularlo, y de ninguna manera prohibirlo, exponiendo a las personas a una mayor vulnerabilidad. Pero —y este es un punto que quiero enfatizar— se busca regular para evitar un mal mayor, no porque lo ideal sea que, finalmente, algún día lleguemos a la abolición del comercio sexual. He escuchado a Marta Lamas decir en alguna conferencia y en alguna entrevista en años anteriores que: "Ninguna mujer va por el mundo promoviendo un plan de vida para abortar o para ser servidora sexual". Creo que la analogía es inapropiada. Me parece que tiene sentido si se trata de la interrupción del embarazo —ninguna mujer organiza su plan de vida para embarazarse y luego interrumpir el embarazo— pero, si nos situamos en contextos de *mercados beneficiosos* y *no nocivos*, ¿por qué una persona no podría organizar su plan de vida como trabajadora sexual, o tener la opción de comercializar sus órganos, o de recibir una retribución económica por la gestación sustituta? Pienso, por el contrario, que si la regulación es entendida como un mal menor y la consideramos como una medida temporal de cara a un ideal abolicionista, la regulación termina siendo un abolicionismo encubierto. El ideal abolicionista, desde el punto de vista del derecho, incurriría, a mi juicio, en una suerte de perfeccionismo jurídico. Este rechazo del abolicionismo tomaría distancia de posiciones como la de José Woldenberg, quien comparte con las abolicionistas:

> […] la pretensión de que la prostitución no debiera existir. En efecto, me gustaría que ninguna mujer tuviese que vender servicios sexuales. Es una actividad que no puede equipararse a otras. No comparto la idea muy en boga

[34] Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017.

> de que el mercado todo lo legitima. Y que si hay compra venta consentida no existe mayor problema.[35]

Creo que para Woldenberg, aun en el supuesto de mercados beneficiosos, como él dice, "la prostitución no debiera existir". Esta afirmación, contra el temple liberal y demócrata de Woldenberg, es una concesión al perfeccionismo moral. Pienso que no solo no debemos preocuparnos, como decía Nussbaum, por que una mujer con muchas opciones laborales elija el trabajo sexual, sino por que el mismo comercio sexual y también el contrato de gestación sustituta podrían ser un "medio de emancipación personal y movilidad social importante para muchas mujeres".[36] Esta es una diferencia clara entre una posición liberal perfeccionista y una liberal igualitaria.

Ahora bien, se podría pensar que aun tratándose de mercados beneficiosos, el cuerpo de la mujer se instrumentaliza violando el principio de dignidad, de intimidad, de autonomía y de privacidad personal. Son demasiadas violaciones. Me gustaría hacer algunas precisiones sobre las nociones de cuerpo e intimidad, y distinguir esta última de la noción de privacidad. Pienso que estas distinciones pueden ayudar a esclarecer un poco qué es lo que en verdad se está violando, si es que se viola algo. Estas distinciones me conducirán inevitablemente a reflexionar sobre la noción de dignidad, que dejaré para el final.

Una primera precisión importante, acorde también con una toma de posición científica y laica, es el rechazo a versiones dualistas de la persona humana, platónicas, judeo-cristianas o cartesianas. Creo que podríamos aceptar con Strawson que la persona puede ser definida como un "particular básico al que se le pueden atribuir *tanto* propiedades corpóreas *como* estados de conciencia". Estamos hablando, entonces, de mentes somatizadas o cuerpos mentalizados. El cuerpo no es un instrumento del alma o una "máquina manipulable por un fantasma". Desde otros enfoques teóricos, se llega a la misma conclusión en autores como Foucault o Bourdieu.[37] A este respecto, en uno de los capítulos del libro *¿Qué es la historia cultural?* del historiador Peter Burke, dedicado precisamente a la historia del cuerpo, este autor afirma, creo que con razón:

---

[35] Woldenberg, José, "Pensar, despenalizar y regular el comercio sexual", en la presentación del libro de Marta Lamas, *El fulgor de la noche*, Librería Rosario Castellanos del FCE, 7 de marzo de 2017, inédito.

[36] Lamas, Marta, *El fulgor de la noche*, *cit.*, p. 179.

[37] Burke, Peter, *¿Qué es la historia cultural?*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Buenos Aires-México, Paidós, 2016, p. 95.

> En las obras de Michel Foucault y Pierre Bourdieu quedaron plasmados los fundamentos filosóficos del estudio del cuerpo. Al igual que el filósofo francés Maurice Merleau-Ponty, Foucault y Bourdieu rompieron con la tradición filosófica que se remonta a Descartes, que separaba el cuerpo de la mente, la idea del "fantasma en la máquina", como lo describiera en tono burlón el filósofo inglés Gilbert Ryle. El concepto de "habitus" de Bourdieu apuntaba expresamente a cerrar la brecha o a evitar la simple oposición entre mente y cuerpo.

No insisto más en esta primera premisa que, hoy por hoy, debería ser el punto de partida incuestionable para cualquier reflexión en el campo de la bioética.

Una segunda premisa, que pienso comparte cualquier liberal, es que la persona es dueña o propietaria absoluta de su cuerpo-mente. Un libertario como Nozick, inspirado por Locke, construye su teoría de la justicia precisamente bajo el principio del *selfownership*, de autopropiedad. Antonio Escohotado, con fuertes resonancias de Mill, afirma que "de la piel para adentro comienza mi exclusiva jurisdicción". Más coloquialmente, Mark Platts lo sintetiza con una frase contundente: "déjenme en paz".

Desde el punto de vista del derecho, hay juristas que piensan que es imposible hablar de un derecho a la autopropiedad, porque la persona no puede desdoblarse en sujeto y objeto de una relación jurídica. No sería aplicable la distinción tan querida para los civilistas entre derechos reales y derechos personales. Kelsen, lo sabemos, resolvió este problema diciendo que los derechos reales son también derechos con respecto a las personas. Así, como bien afirma Manuel Atienza, el derecho de propiedad significa que tal derecho se traduciría en la obligación que tienen todos los otros individuos de no interferir y más bien de consentir los actos de disposición realizados por el propietario, en nuestro caso con relación al cuerpo-mente.[38]

Bajo tales supuestos, el derecho a una libertad sexual supone la disposición autónoma de mi cuerpo-mente sin asomo de visiones paternales o perfeccionistas que pondrían límites a mi *selfownership*. Esto significa que las relaciones sexuales deben entenderse y justificarse en un sentido amplio: no exclusivamente aquellas que se orientan a la procreación o a la intimidad amorosa, sino también a las relaciones sexuales recreativas o lúdicas y a las comerciales. Lo exigible frente a terceros es su no interferencia y consentimiento a los actos de disposición autónoma realizados por la persona, por

[38] Véase Atienza, Manuel, "El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias", en Casado, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, México-España, Fontamara-Univesitat de Barcelona, 2017, p. 37.

supuesto, mientras no haya violaciones de derechos a terceros y siempre dentro de un contexto de no dominación, como ya dijimos.

Ahora bien, el "déjenme en paz" de Platts creo que tiene que ver con la idea de algo que me pertenece privadamente y de lo cual puedo disponer autónomamente, pero también tiene que ver con la idea de algo que queda reservado a mi intimidad. Esta diferencia resulta clara cuando, de nueva cuenta, refiriéndose al trabajo sexual, Marta Lamas afirma que:

> Un punto de coincidencia entre las trabajadoras sexuales de distintos países es que consideran el intercambio mercantil [autónomo y privado] como un acto *no íntimo,* sino que lo viven como un trabajo en el cual actúan sentimientos de deseo y cariño, que varios autores califican de *intimidad fingida.*[39]

No me parece apropiado este calificativo de "fingida", porque puede denotar un sentido de manipulación, con un carácter peyorativo, que no expresa adecuadamente lo que puede significar el trato sexual en una relación comercial, que supone también un juego de dos o más personas, consentido. Quizás podríamos usar la distinción entre *intimidad profunda* e *intimidad superficial;* o más filosóficamente, *intimidad honesta* e *intimidad estratégica* o *prudencial.* Como sea, esa "reserva de intimidad" o "preservación" de la intimidad: "es un límite que las trabajadoras sexuales trazan de diferentes formas". La actuación misma, en el juego sexual, se convierte en una defensa de la *verdadera intimidad.*

Más que calificativos de "verdadera", "profunda", "honesta" creo que habría que hacer una distinción entre intimidad y privacidad. La relación sexual, que es interpersonal, se realiza en un marco de privacidad, y los contornos de esa privacidad se determinarán en la misma relación interpersonal. Esos contornos dependerán de muchos factores —psicológicos, económicos, sociales—, por lo que la privacidad y su límite en lo público están condicionados por los contextos culturales. Lo que en algunas culturas se opaca, en otras se transparenta. Las relaciones corporales, las representaciones del cuerpo, pueden moldearse y construirse de diferentes modos,[40] y ciertamente la trabajadora sexual puede determinar estratégicamente, de acuerdo con el entorno cultural, qué muestra y qué no, hasta dónde y bajo qué circunstancias. Es una actuación estratégica consentida en un marco de privacidad, en la que a los terceros, comenzando por el

---

[39] Marta Lamas, *El fulgor de la noche, cit.*, p. 165.

[40] Porter, Roy, "Historia del cuerpo revisada", en Burke, Peter (ed.), *Formas de hacer historia*, trad. de José Luis Gil Aristu y Francisco Martín Arribas, 2a. ed., Alianza Editorial, 2009, pp. 271-299.

Estado, se les pone un límite. Pero una cosa es la privacidad y otra cosa es la intimidad.

Lo íntimo no es interpersonal, no supone una relación intersubjetiva. Lo íntimo, como dice Ernesto Garzón Valdés:

> […] es el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será […] de las acciones cuya realización no requiere la intervención de terceros y tampoco los afecta: acciones concentradas o de tipo fisiológico en las que la presencia de terceros no solo es innecesaria sino desagradable.[41]

Son las acciones que se ocultan bajo el velo de la discreción y que resultan totalmente opacas a ojos de terceros. Es una zona a la que el individuo tiene un "acceso epistémico privilegiado" y que escapa a toda valoración moral, "si es que la moral se entiende como el conjunto de normas que gobiernan las relaciones interpersonales", y se rechaza alguna relación trascendente con un ser que todo lo sabe y todo lo ve. La intimidad es lo más personal; es precisamente la fuente de mi autonomía. Si se acepta esta distinción entre intimidad y privacidad, entonces creo que tiene sentido decir que esa zona de autenticidad escapa a toda comercialización y, con respecto a la cual, la trabajadora sexual la reserva como algo propio, en la que su dominio es absoluto. En términos de derechos diría que así como tiene sentido hablar de un derecho a la privacidad, creo que no lo tiene con respecto a la intimidad. Más bien, esta última sería la condición de posibilidad de todos los derechos. O si se quiere, retomando una frase de H. Arendt, se constituiría como "el derecho a tener derechos".

IV. *Excursus.* Derechos de las mujeres y aborto

Uno de los problemas éticos y jurídicos más relevante, que ha puesto a prueba el alcance de los derechos de las mujeres y su empoderamiento en términos de una robusta teoría de la justicia, ha sido sin duda el del aborto. En este *excursus* intentaré hacer explícita su problemática —con especial referencia a la situación reciente en México— y la respuesta que puede ofrecerse desde un enfoque liberal igualitario.

---

[41] Garzón Valdés, Ernesto, "Lo íntimo, lo privado y lo público", *Propuestas,* Madrid, Trotta, 2011, pp. 192 y ss.

El 28 de agosto de 2008, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una serie de reformas en materia de interrupción voluntaria del embarazo que posteriormente fueron validadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un fallo memorable. El debate en el Pleno se desarrolló con gran riqueza argumentativa y, desde mi punto de vista, a la altura de las expectativas generadas por la opinión pública. La votación final alcanzó una robusta mayoría de 8 a 3, que para muchos resultó más de lo esperado. Para el engrose, sin embargo, se optó por una argumentación formal y excesivamente literal. Este tipo de argumentación ciertamente no hacía justicia al debate. Digamos que para efectos inmediatos, la argumentación en el engrose fue acertada en aras de alcanzar un consenso entre los ministros, pero dejaba flancos débiles, que abrieron un escenario de corte conservador a nivel de muchos estados de la República y, en algunos casos, con notorios tintes fundamentalistas. Entre octubre de 2008 y diciembre de 2010, las constituciones de 18 estados fueron modificadas para imponer que la vida debía quedar protegida desde la fecundación, y en algunas, hasta su terminación natural. Para mediados de 2014, otros nueve estados habían presentado iniciativas en el mismo sentido.

En estos últimos años, mi impresión es que se ha perdido el ímpetu inicial y hemos entrado en un letargo que no augura buenos tiempos para un enfoque de los derechos de la mujer de corte liberal, igualitario, democrático y laico. A estas alturas estoy convencido —y más aún después de las ejemplares resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *González y otras ("Campo algodonero") vs. México* y *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, así como de las mismas reformas a la Constitución de México en materia de derechos humanos y la correspondiente respecto al carácter laico de la república mexicana— de que el poder judicial debe cerrar filas con una sola convicción: reconocer y proteger los derechos de las mujeres, el único personaje en este drama que es titular de derechos.

De no hacerlo, la alternativa es condenar a la mujer, una vez más y ahora en una situación casi irreversible —dadas las dimensiones que está tomando este problema a nivel nacional—, a un estado de subordinación y de dominación convirtiéndola en ciudadana de segunda, severamente discriminada. A este respecto, Francisca Pou afirma sin ambigüedades que: "Hablar de desigualdad de género y de hegemonía o dominación patriarcal en México me parece algo parecido a referir lo que los juristas llaman un «hecho notorio»". El índice de diferenciales por género que anualmente da a conocer el Foro Económico Mundial situaba en 2017 a México en el lugar 81 de un total de 144. Todos los países de América Latina, a excepción de

Chile, El Salvador y Guatemala, están por encima de México. La mayoría de los países situados por debajo se encuentran en las grandes áreas de influencia de la religión musulmana. Para Pou, al mismo tiempo que se perciben en México algunos signos de buena voluntad reflejados en la aprobación o modificación de la normatividad vigente, se mantienen una serie de "factores y dinámicas que garantizan ampliamente su inefectividad y dejan el *statu quo* fundamentalmente intocado".[42]

Reitero, las reformas propuestas a nivel de las constituciones estatales y las futuras reformas a los códigos penales correspondientes, lejos de significar una ampliación de los derechos, supone una restricción injustificada porque atenta contra el derecho a la privacidad, al libre desarrollo de la personalidad, a un trato digno y a la igualdad diferenciada de las mujeres. En lo que sigue argumentaré filosóficamente en favor de una defensa incondicional del derecho a la autonomía de las mujeres, y esto a partir de un mínimo necesario de racionalidad científica.

1. *Derecho a la privacidad*

Este derecho se expresa en la libre decisión de las mujeres sobre su propio cuerpo. Permítanme citar —a riesgo de ser reiterativo— el conocido ejemplo de Judith Thomson:

> Imagine lo siguiente: Usted se despierta una mañana y se encuentra en la cama espalda contra espalda con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se descubrió que tiene una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos disponibles y ha descubierto que solo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por consiguiente usted ha sido secuestrado, y la noche anterior han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, de modo que los riñones de usted puedan ser usados para purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: "Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes de la Música le haya hecho esto, nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo a usted sería matarlo a él. Pero no se preocupe, solo es por nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad,

[42] Pou Jiménez, Francisca, "Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, SCJN-Fontamara, 2010, *n*-12.

> y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro". ¿Está usted moralmente obligado a acceder a esta situación? No hay duda de que sería muy amable de su parte si lo hiciera, demostraría una gran generosidad. Pero ¿*tiene* usted que acceder? […] ¿Qué sucedería si el director del hospital dijera: "Mala suerte, de acuerdo, pero ahora tiene usted que quedarse en cama, conectado al violinista, por el resto de su vida. Porque recuerde esto: toda persona tiene derecho a la vida; y los violinistas son personas. Por supuesto, usted tiene derecho a decidir lo que suceda a su cuerpo y en su cuerpo, pero el derecho de una persona a la vida prevalece sobre el derecho de usted a decidir sobre su cuerpo. Así que nunca podrá ser desconectado de él"? Creo que usted consideraría que eso es monstruoso, lo cual es indicio de que hay algo realmente equivocado en el argumento que acabo de mencionar y que suena tan verosímil.[43]

¿Quién con un mínimo de sensatez no aceptaría que existe una asimetría entre el feto y la mujer? El paradigmático caso *Roe vs. Wade* se construyó a partir del reconocimiento del derecho a la privacidad. La restricción legal del aborto representa una intromisión del poder del Estado en la vida privada de las mujeres y sigue siendo, a mi juicio, el argumento más poderoso para limitar su intervención a través de la penalización.

Lo que creo que hay que entender es que una cosa es el debate en el terreno de la moral y otra muy distinta el que se opera en el ámbito del derecho. En términos de Luis Villoro:

> […] ante un asunto controvertido, objeto de juicios morales divergentes, ¿tiene el Estado derecho, obligación, incluso, de imponer leyes y sanciones que correspondan a una concepción determinada? [...] Lo que está en litigio no es si el aborto es bueno o malo moralmente, sino si debe o no ser penalizado por el poder estatal.[44]

Hoy día, el debate sobre el aborto parece tener sentido si hacemos un esfuerzo para distinguir claramente los dos ámbitos: el moral y el jurídico. Esta distinción es la única que puede asegurar una convivencia plural en el seno de una sociedad que se precie de ser democrática. Y a la pregunta formulada por Villoro, la respuesta no puede ser otra más que la de un rotundo no. El Estado no debe, ante asuntos controvertidos, imponer alguna concepción determinada por la vía de la penalización.

---

[43] Thomson, Judith J., "Una defensa del aborto", en Valdés, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-FCE, 2001, pp. 188-190.

[44] Villoro, Luis "¿Debe penalizarse el aborto?", en Valdés, Margarita, *Controversias sobre el aborto*, *cit.*, p. 243.

> […] penalizar el aborto implica conceder al Estado el privilegio exclusivo de decidir sobre un asunto moral y atentar contra los derechos de las mujeres para imponerles su criterio. Despenalizar el aborto no implica justificarlo moralmente, menos aún fomentarlo. Implica solo respetar la autonomía de cada individuo para decidir sobre su vida, respetar tanto a quien juzga que el aborto es un crimen como a quien juzga lo contrario.[45]

Pero además, desde un punto de vista consecuencialista, como argumenta Alfonso Ruiz Miguel, la punición del derecho es una medida inútil, entre otras razones, por la ineficacia de la pena. En este punto las cifras hablan por sí solas. No solamente no ha impedido o contribuido a disminuir la práctica del aborto, sino que su prohibición ha provocado la producción de abortos en condiciones sanitarias inadecuadas con las consiguientes muertes y graves enfermedades en las mujeres. Quizás no esté de más recordar una verdad de Perogrullo para todo jurista:

> […] solo debe usarse la sanción penal cuando es estrictamente imprescindible para garantizar un derecho o un bien, o visto a *contrario sensu*, se excluye la justificación de la pena cuando esta resulta inútil o innecesaria como medio de garantía o de prevención en relación con ciertos derechos o bienes.[46]

Por lo dicho, comparto el llamado que hiciera Marta Lamas a realizar lo que podríamos denominar "un giro jurídico o legal" sacando el aborto de los códigos penales y reglamentarlo en las normas sanitarias. El debate sobre su moralidad e inmoralidad debe reservarse a las conciencias individuales y discutirse con la seriedad que merece en las aulas universitarias y en los foros públicos en general, pero ante las graves injusticias de que son objeto las mujeres, mucho ganaríamos comenzando por distinguir el ámbito de la moralidad del ámbito del derecho, y adoptar y ejercer una actitud de denuncia pública y activa. A este respecto, cito nuevamente a Marta Lamas: "solo una sociedad verdaderamente indignada y movilizada ante una ley anticuada, cruel y discriminatoria hará posible que se amplíe el marco despenalizador".[47]

---

[45] *Ibidem,* p. 248.

[46] Ruiz Miguel, Alfonso, "El aborto, entre la ética y el derecho", texto presentado en el Simposio *Aspectos éticos y legales del aborto: la despenalización a debate*, México, INACIPE-GIRE, 29 de septiembre de 2003.

[47] Lamas, Marta, "A favor de la RU486", "Enfoque" del periódico *Reforma,* México, núm. 501, 28 de septiembre de 2003.

2. *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*

El derecho a la privacidad se externaliza de manera general en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o bien, en el derecho a planear y decidir el propio plan de vida y realizarlo; y de forma muy concreta en el derecho a la libertad sexual y reproductiva. La CIDH lo ha puesto de manifiesto en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica:*

> El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.[48]

Se trata de entender la autonomía personal en términos de autorrealización, de capacidad en el sentido de Amartya Sen o, si se prefiere, de libertad positiva. Y aquí la diferencia con el feto es insuperable. No hay ninguna evidencia científica que permita concluir que el feto posee alguna capacidad autonómica; por lo mismo, no es titular de derechos fundamentales. ¿Significa esto que quedan desprotegidos de la tutela constitucional? No. El embrión y el feto, como bien nos recordaba Jorge Carpizo, son bienes tutelados jurídicamente, pero no son titulares de derechos fundamentales. De muchos recursos naturales o del mismo patrimonio cultural de la nación decimos que son bienes tutelados por la Constitución, pero de ninguno de estos bienes decimos que son titulares de derechos fundamentales. Lo mismo sucede con el embrión y el feto. Así lo entendió, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana en un fallo del 10 de mayo de 2006. En este fallo se destacó la no equivalencia entre el *nasciturus* y la vida humana de la mujer con todos los derechos de esta última: a su cuerpo, a su sexualidad y reproducción, a su intimidad, etcétera.

Pero quiero dar un paso más en el reconocimiento de la autonomía de las mujeres. No se trata de una autonomía condicionada, es decir, el deber de respetar la autonomía de la mujer, porque si así no fuera se daría lugar a

---

[48] Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 143.

los abortos clandestinos en condiciones de insalubridad, lo que provocaría las muertes inevitables que todos conocemos. Por supuesto que ya se gana mucho argumentando con este enfoque consecuencialista, como ya he señalado, pero la defensa de la autonomía de las mujeres deber ser incondicional, simple y sencillamente porque de acuerdo con su plan de vida y la presunción de una decisión racional y deliberada, abortar es lo que mejor le conviene. Este es el argumento de fondo para defender el aborto voluntario, sin restricciones, sin necesidad de probar absolutamente nada. ¿O es que piensan los legisladores antiabortistas —una buena parte de ellos de corte confesional— que la decisión de abortar para una mujer es una decisión sencilla, sin consecuencias?

3. *Derecho a un trato digno*

¿Qué decir sobre el derecho a la dignidad de las mujeres *vs*. el derecho a la dignidad del embrión o del feto? ¿Es que se puede hablar de una dignidad del embrión o del feto? Siguiendo al filósofo inglés Peter Strawson, de nueva cuenta propongo una definición de persona bastante general y convencional. Persona es un ser "al que podemos atribuir *tanto* propiedades corpóreas *como* estados de conciencia". A partir de esta definición y de acuerdo con el "estado del arte" de la ciencia, no tiene ningún sentido penalizar el aborto en las primeras 12 semanas. En palabras de los científicos Ricardo Tapia, Rubén Lisker y Ruy Pérez Tamayo:

> El embrión de 12 semanas no es un individuo biológico ni mucho menos una persona, porque: *a)* carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero, al estar privado del aporte nutricional y hormonal de la mujer; *b)* aunque posee el genoma humano completo, considerar que por esto el embrión de 12 semanas es persona obligaría a aceptar también como persona a cualquier célula u órgano del organismo adulto, que también tienen el genoma completo, incluyendo a los tumores cancerosos. La extirpación de un órgano equivaldría entonces a matar miles de millones de personas; *c)* a las 12 semanas el desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales, ya que solo se han formado los primordios de los grupos neuronales que constituirán el diencéfalo (una parte más primitiva del interior del cerebro) y no se ha desarrollado la corteza cerebral ni se han establecido las conexiones hacia esta región, que constituye el área más evolucionada en los primates humanos. Estas conexiones, indispensables para que pueda existir la sensación de dolor, se establecen hasta las semanas 22-24 después de la fertilización; *d)* por lo anterior, el embrión de 12 semanas no

> es capaz de tener sensaciones cutáneas ni de experimentar dolor, y mucho menos de sufrir o de gozar.[49]

Se ha argumentado desde el punto de vista metafísico que el cigoto es potencialmente una persona y, dado este carácter potencial, debe ser protegido como cualquier otra persona. Vale la pena recordar lo que entiende el padre de la noción de "potencia", Aristóteles, cuando define la potencia en los siguientes términos:

> Toda potencia es a la vez una potencia para lo opuesto; pues todo lo que tiene la potencia de ser puede no ser actualizado. Aquello, entonces, que es capaz de ser puede ser o no ser. […] Y aquello que es capaz de no ser es posible que no sea.[50]

Un óvulo fecundado puede tanto convertirse en una persona real como no convertirse en nada ulterior, como es claro en la cantidad de óvulos fecundados que no terminan en el proceso de anidación o son desechados en abortos naturales. ¿Cuándo es que comenzó a entenderse la noción de potencia como ordenada exclusivamente al ser? No es el momento de contestar a este interrogante, pero estoy convencido de que la introducción de la noción de "creación" y el abandono de la teoría hilemórfica en la reflexión filosófica de corte cristiano —teoría que sirvió desde el Concilio de Viena de 1312 hasta varios siglos después para no admitir que un alma humana real pudiera existir en un cuerpo humano virtual— ha sido extremadamente perjudicial para una adecuada comprensión del proceso evolutivo.

> A principios del siglo XVII [dice el teólogo jesuita Joseph Doncell], y como resultado de una combinación de sus primitivos microscopios y su fantasiosa imaginación, algunos médicos vieron en embriones que tenían solo unos cuantos días un pequeño ser humano, un homúnculo, con cabeza, piernas y brazos microscópicos. Esta manera de ver al feto daba por supuesto la teoría de la preformación.[51]

No vale la pena dedicar una sola línea a esta aberración científica. Pero de igual manera, flaco favor hizo la teoría del dualismo cartesiano. Ahora

---

[49] Recojo estas razones de Ricardo Tapia, Rubén Lisker y Ruy Pérez Tamayo, entre otros científicos, miembros del Colegio de Bioética, A.C. Véase *Nexos,* México, núm. 343, julio de 2006.

[50] Aristóteles, *Metafísica*, trad. de María Luisa Alía Alberca, Madrid, Alianza Editorial, 2008, 9.8. 1050b.

[51] Doncell, Joseph F., "Un punto de vista católico liberal", en Valdés, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto, cit.,* p. 115.

resulta que un espíritu hecho y derecho puede manejar muy bien una máquina microscópica. Ahí, en ese espíritu, ya está la persona, la misma que se salvará o condenará, pero resulta que en este mundo está metida en un cuerpo desde el momento de la fecundación. Esta es la teoría creacionista de la animación inmediata que sustenta el dualismo cartesiano y que se ha introducido hasta el tuétano en nuestro imaginario social.

Por otra parte, si se pensara que en la fase preimplantatoria el embrión es una persona humana, esto implicaría, entre otras cosas:

1. Que no obstante la elevada frecuencia de pérdida natural de óvulos fertilizados que nunca llegan a implantarse, se considere a estos como personas y, por tanto, como personas sujetos de derechos, con lo cual esta acción podría calificar jurídicamente como delito.
2. Que se vuelvan ilegales aquellos métodos anticonceptivos que actúan modificando el ambiente del endometrio para impedir o interferir con la implantación, como es el caso de los hormonales orales de progestina sola, los dispositivos intrauterinos medicados y los anticonceptivos modernos de bajas dosis que bloquean la ovulación o que podrían actuar sobre el proceso de la implantación (la llamada píldora del día siguiente).
3. Que se limite el ejercicio de la libertad reproductiva y sus correspondientes derechos, por la razón inmediata anterior y porque se pondría en riesgo la viabilidad de la fertilización *in vitro*, técnica que en muchos casos constituye el único recurso de las parejas imposibilitadas para tener hijos.

En los primeros meses de gestación no hay nada que indique que estamos en presencia de un ser con capacidades biopsíquicas básicas, por tanto, no es digno, por tanto, no es persona. La asimetría es radical. No se puede establecer siquiera la posibilidad de un conflicto de derechos, porque no estamos hablando de dos personas. Por ello, no veo ninguna necesidad de recurrir a la ponderación como recurso argumentativo para dirimir un conflicto inexistente. El ejercicio de ponderación supone la pugna entre dos derechos de igual jerarquía pero, como se dijo, solo una de las partes es titular de los derechos fundamentales y toda la normatividad jurídica debería estar encaminada a la protección de los mismos. Si por dignidad entendemos, en la mejor tradición kantiana, que la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro no debe *nunca* ser tratada solo como un medio, sino como un fin en sí misma, entonces por ningún motivo la mujer puede ser instrumentalizada y obligada contra su conciencia a mantener un embarazo.

4. *Derecho a una igualdad diferenciada*

Una última consideración, ahora con respecto al derecho a la igualdad de la mujer. En un sentido negativo, tal derecho debe entenderse como un derecho a la no discriminación, y así entendido se emparenta con el derecho a la dignidad; pero en un sentido positivo, el derecho a la igualdad debe entenderse como un derecho a la diferencia. Con respecto a la no discriminación, una ley que penaliza a las mujeres pobres es discriminatoria:

> Es una ley [afirma Gustavo Ortiz Millán] que acentúa las desigualdades existentes en la ya de por sí muy desigual sociedad mexicana. Se podría decir que incluso ayuda a perpetuar las condiciones de pobreza en las que estas mujeres viven imponiéndoles la carga extra de mantener a un hijo no deseado en circunstancias precarias. Además, es una ley que no se aplica a mujeres con recursos, que también abortan, pero en óptimas condiciones sanitarias y sin ningún riesgo ni para su salud ni de ser denunciadas.[52]

Con respecto a la igualdad en un sentido positivo, si bien es cierto que se debe predicar la universalidad de los derechos bajo el principio de igualdad, tal universalismo, contra lo que piensan algunas voces masculinas y patriarcales, no debe hacer abstracción de la diferencia sexual. Como sostiene Luigi Ferrajoli, debe intentarse una "refundación" y una "redefinición" del principio de igualdad, en el sentido de una igual valoración jurídica de las diferencias:

> Es el punto de vista de las mujeres [continúa Ferrajoli] el que se ha impuesto en el plano cultural, aun antes que en el plano jurídico, y el que ha producido, poniendo en duda y cuestionando el valor y el significado de la igualdad, la que quizás ha sido la más relevante revolución social de los últimos decenios. Obviamente, aun repensado y reformado en función de la valorización de la diferencia de género, ningún mecanismo jurídico logrará, solamente él, garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos. […] El verdadero problema, el que requiere intervenciones precisas e imaginación jurídica, es la elaboración de un garantismo de las diferencias de género que sirva de hecho para la realización de la igualdad en su sentido más amplio posible.

Con tal fin, Ferrajoli analiza cuatro modelos de configuración posible de las diferencias: 1. indiferencia jurídica de las diferencias; 2. diferencia jurídica de las diferencias; 3. homologación jurídica de las diferencias, y 4.

---

[52] Ortiz Millán, Gustavo, *La moralidad del aborto*, México, Siglo XXI Editores, 2009, p. 76.

igual valoración jurídica de las diferencias.[53] Este último modelo, que defiende Ferrajoli, se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo "en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad". A diferencia del primero, este cuarto modelo garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte, sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de autonomía en las relaciones con los demás.

Si algún derecho a la diferencia debe traducirse en un derecho desigual es el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo. Este derecho, como sostiene Ferrajoli:

> […] le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es solo desvalorizando a estas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometiéndola al control penal.[54]

Termino con una última reflexión para evitar malos entendidos con respecto a esta defensa ferrajoliana del igual valor jurídico de las diferencias. No se trata de defender una suerte de tolerancia hacia las diferencias, es decir, algo así como una resignación o indiferencia frente a aquello que nos distingue. ¿No resulta acaso ofensivo que alguien, en un alarde de solidaridad, se exprese diciendo que tolera las condiciones diferenciales de las mujeres en aras de una mejor convivencia social?

Por supuesto, resulta un paso importante para cualquier sociedad mínimamente decente superar la vocación discriminatoria y ejercer el hábito de la tolerancia, pero creo que aun este valor, tan querido para los liberales, como señalábamos en el capítulo séptimo, debe entenderse de forma temporal: se debe trascender el límite impuesto por la tolerancia y aspirar hacia el estado de respeto. La tolerancia debe dar lugar, finalmente, a la igual consideración y respeto de las personas en el contexto de una pluralidad diferenciada.

---

[53] Ferrajoli, Luigi, "El principio de igualdad y la diferencia de género", en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres, cit.*

[54] *Idem.*

Capítulo décimo

JUSTICIA COMO PROCEDIMIENTO (DEMOCRÁTICO) Y DELIBERACIÓN

En un ensayo luminoso, Amartya Sen argumenta en favor del valor universal de la democracia, siempre que la entendamos no de manera estrecha o exclusivamente en términos de voto público, sino ampliamente, en términos de lo que John Rawls llama "el ejercicio de la razón pública", es decir, "la oportunidad de los ciudadanos para participar en las discusiones políticas y para estar en condiciones de ejercer influencia sobre la decisión pública".[1] Para Sen, el voto no significa más que un medio para hacer posible el debate público. Este se constituye en uno de los pilares de la democracia.

Existen dos enfoques posibles de la democracia: uno débil, restrictivo, identificado con lo que se ha dado en llamar una democracia mayoritarista, societal, neutral o, en términos genéricos, procedimental; otro fuerte, expansivo, identificado con una democracia de corte garantista, solidaria, imparcial o, en términos genéricos, sustantiva.[2] Ambos, por supuesto, perfilan dos concepciones distintas del Estado democrático de derecho. Dos modelos que, para usar los términos de Luigi Ferrajoli, podrían denominarse "Estado legislativo de derecho" y "Estado constitucional de derecho".[3] Que ambas concepciones sean distintas no significa que sean antagónicas o que representen dos paradigmas democráticos irreconciliables. Más aún, y no sin grandes dificultades en nuestra región, hemos aprendido a transitar de un Estado legislativo a un Estado constitucional de derecho.

Una de las críticas más interesantes al modelo liberal democrático, y en especial a su vertiente deliberacionista, es la que sostiene Chantal Mouffe con

---

[1] Sen, Amartya, "El valor universal de la democracia", en Savater, Fernando *et al.*, *Pensar la realidad. Diez años de ensayo político* en *Letras Libres*, Madrid, FCE-Letras Libres, 2011, p. 139.

[2] Véase el debate en torno a estos "adjetivos" de la democracia en Bovero, Michelangelo y Ferrajoli, Luigi, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas,* México, IFE, 2001, col. Temas de la democracia, núm. 13.

[3] Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, Miguel; Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-Siglo XXI Editores-ITAM, 2003.

su defensa de un "pluralismo agonístico" y la propuesta de una democracia radical. En palabras de Mouffe:

> Solo si se reconoce la inevitabilidad intrínseca del antagonismo se puede captar la amplitud de la tarea a la cual debe consagrarse toda política democrática. Esta tarea, contrariamente al paradigma de "democracia deliberativa" que, de Rawls a Habermas, se intenta imponernos como el único modo posible de abordar la naturaleza de la democracia moderna, no consiste en establecer las condiciones de un consenso "racional", sino en desactivar el antagonismo potencial que existe en las relaciones sociales. Se requiere crear instituciones que permitan transformar el antagonismo [entre enemigos] en agonismo [entre adversarios].[4]

Por supuesto, ni Rawls ni Habermas, como veremos, pretenden "imponer" el paradigma de la democracia deliberativa, lo que sería contrario a las propias premisas que la sustentan; pero sin duda tiene razón Mouffe en que ambos autores no claudican de la razón y de lo "razonable" para buscar acuerdos en un contexto de democracia plural e incluyente. Ambos, también desde una fuerte inspiración kantiana, tendente a la "armonía y a la reconciliación", critican "el papel constitutivo de la división y el conflicto", que según Mouffe debe prevalecer en las democracias modernas,[5] desde supuestos posmodernos y escépticos. Para esta autora no hay punto de conciliación posible entre las libertades, por un lado, y la igualdad y soberanía del pueblo, por el otro. Curiosamente, puestos a escoger, el pretendido populismo desideologizado de Mouffe termina decantándose por esquemas igualitarios en una suerte de populismo de izquierdas, contra el embate de los populismos de derechas: las relaciones adversariales terminan constituyéndose en antagonismos irracionales e irreconciliables.[6]

Por lo pronto, desde la propuesta de una justicia como procedimiento y deliberación, debemos comenzar por desarrollar las condiciones que la hacen posible y la importancia que reviste para la comprensión misma de la democracia.

---

[4] Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Paidós, 1999, p. 13.

[5] *Ibidem,* p. 20.

[6] *Idem;* "En democracia es necesaria una dimensión populista", *El País*, entrevista de Francesco Maneito, 19 de marzo de 2015. Sobre la noción e importancia del "pueblo" en el ámbito constitucional, véase Gargarella, Roberto, "Recuperar el lugar del «pueblo» en la Constitución", en Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo progresista. Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-IECEQ-UAQ, 2016.

I. Justicia como procedimiento

En términos generales, habría que comenzar por reconocer que: "no todo Estado *con* derecho es un Estado *de* derecho".[7] Para que este sea posible se deben satisfacer al menos cuatro exigencias internas que podrían resumirse en las siguientes: primacía de la ley; respeto y promoción de los derechos fundamentales; responsabilidad de la administración pública bajo el principio de publicidad y transparencia, y poder judicial independiente. Todas ellas condiciones necesarias y, en su conjunto, suficientes para que exista un Estado constitucional y democrático de derecho.[8]

Con algunas diferencias, estas condiciones han sido señaladas reiteradamente —desde mediados de los años sesenta en plena época franquista— por el filósofo español Elías Díaz y, a partir de los supuestos de la teoría discursiva, por Jürgen Habermas.[9] Para este último, como lo será también para Rawls y para Nino, como veremos, el procedimiento democrático no está desvinculado del discurso moral y, como ya lo había visto con claridad Elías Díaz,[10] la misma idea de Estado de derecho exige un concepto normativo de espacio público u opinión pública que haga posible las manifestaciones espontáneas de la sociedad civil, pero que al mismo tiempo sea regulada por el sistema de derechos, propio de una cultura política liberal.

En su libro *Liberalismo político* (1993),[11] Rawls recorta las pretensiones universales y los rasgos metafísicos de su *Teoría de la justicia*, para convertirla ahora en una doctrina política. Esta tarea supone la aceptación de un pluralismo razonable entre distintas doctrinas comprehensivas del bien y la apelación a un "consenso sobrepuesto" *(overlapping consensus)*.

Rawls se ha mostrado sensible a las críticas recibidas desde el feminismo; desde concepciones pluralistas igualitarias o multiculturalistas, y también desde premisas republicanas con el robustecimiento de los presupuestos democráticos y de una ciudadanía activa. Asume ahora que la concepción liberal de la justicia que propuso hace más de veinte años no resulta ser en verdad una concepción realmente neutral frente a las distintas

---

[7] Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966. Del mismo autor, "Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema*, Madrid, núm. 125, 1995, pp. 6 y ss.

[8] Para los nexos entre constitucionalismo y democracia, y su justificación, véase Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, IIJ-UNAM y FCE, 2006.

[9] Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 237 y ss.

[10] Díaz, Elías, *Ética contra política*, México, Fontamara, 1993, pp. 112 y ss.

[11] Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, FCE, 1995.

visiones comprehensivas del bien y, por lo mismo, no asegura las bases de su propia estabilidad.

En su *Teoría de la justicia* omitió la consideración de ciertos hechos que deben tomarse en cuenta: la gran diversidad de doctrinas comprehensivas existentes; el uso de cierta fuerza represiva para imponer alguna de esas doctrinas comprehensivas; la necesidad de que la estabilidad y la permanencia de un sistema democrático cuente con el apoyo voluntario y activo de la ciudadanía, y aceptar que una sociedad democrática razonablemente estable supone ciertas ideas intuitivas desde las cuales es posible construir un consenso político sobre lo correcto o lo justo. Para Rawls, existe cierta base de razonabilidad entre las diferentes doctrinas comprehensivas del bien que tiene que ver con los límites naturales de la propia condición humana y de las limitaciones propias de su actividad cognoscitiva y volitiva. Tales límites, en deuda clara con Hart, nos hacen semejantes o, si se prefiere, nos igualan en nuestras vulnerabilidades. Sobre esta base es posible construir un "consenso sobrepuesto" entre personas "razonables", que aceptan doctrinas comprehensivas razonables.

Aspirar a tal consenso como método, en general, no implica la adopción de una visión escéptica, sino pluralista; tampoco pretende ofrecer una respuesta a todos los problemas planteados desde una justicia política, únicamente establece las condiciones o el marco para la reflexión y la deliberación; no se trata de validar un *modus vivendi,* sino de alcanzar acuerdos reflexivos y críticos comprometidos con la suerte de todos los que participan en el mismo ejercicio de deliberación y, finalmente, no se propone ningún ideal utópico, sino que asume en etapas sucesivas las rectificaciones e incorporaciones que sean necesarias. Una primera etapa finalizaría cuando se ha logrado un consenso constitucional; una segunda etapa lo haría cuando se alcance el consenso traslapado.

En la primera etapa, los principios adoptados en una Constitución liberal serán aceptados y compartidos por los ciudadanos progresivamente, corrigiendo o modificando sus visiones comprehensivas y asumiendo que tales principios:

> […] garantizan ciertos derechos y libertades políticas básicas, y establecen procedimientos democráticos para moderar a los rivales políticos, así como para determinar las cuestiones de la política social. En esta medida, las doctrinas comprensivas de los ciudadanos son razonables, si es que no lo eran antes: el simple pluralismo se transforma en un pluralismo razonable, y así se logra el consenso constitucional.[12]

[12] *Ibidem*, p. 163.

En la segunda etapa se busca alcanzar un consenso profundo, "más allá de los principios políticos democráticos, para incluir principios que abarquen toda la estructura básica", y ello supone la satisfacción de ciertas necesidades básicas.

En esta etapa del consenso traslapado, la concepción política de la justicia es afirmada como una concepción moral, "y los ciudadanos están dispuestos a actuar conforme a dicho consenso con fundamentos en ideas morales". Este consenso traslapado es el que hizo posible que se alcanzara una Declaración Universal de Derechos Humanos cuyos principios se resumen en cada uno de los considerandos de su Preámbulo. No se trata de fundamentos teóricos o metafísicos, sino de principios consensuados a partir de condiciones básicas sin las cuales la participación de cada ciudadano en el entorno nacional y mundial se vería seriamente limitada. En este contexto, los derechos humanos consagrados en las constituciones locales y en las convenciones internacionales cumplirían básicamente con una finalidad práctica: servirían como estándares o guías para diversas funciones políticas, económicas o sociales.

A diferencia de Rawls, Habermas intenta establecer solo una vía procedimental a la justicia, sin la necesidad de apelar a la formulación de principios o criterios de justicia independientes al mismo proceso. Esta vía procedimental implica un *diálogo real continuado,* es decir, interacciones sociales reales tal como las que experimentan quienes participan en el diálogo, y de las cuales es posible extraer una "situación ideal de habla", que hace posible una racionalidad comunicativa. ¿Qué habrá al final de este ejercicio comunicativo? No debe ser una pregunta relevante, puesto que ella implicaría que se prejuzgaran los resultados del mismo diálogo deliberativo: no deben postularse ideales o visiones comprehensivas del bien que determinen o condicionen el propio diálogo, incurriendo en paternalismos o perfeccionismos injustificables desde una perspectiva liberal.

En buena medida, el propósito de Habermas en su *Facticidad y validez* (1992 y 1994) será el de conciliar el ímpetu filosófico hacia la corrección moral con la preocupación sociológica por la cohesión social; la legitimidad con la seguridad; la validez con la facticidad. El derecho, con su carácter bifronte, se constituiría en el puente idóneo entre lo moral y lo social.

El cumplimiento de las condiciones discursivas de racionalidad para la deliberación pública permitiría a las comunidades trascender sus propias culturas y asumir un punto de vista moral con pretensión de universalidad y de legitimidad, que contrasta con el enfoque ético de los individuos o de los grupos en su concreción determinada. En términos de Habermas:

> El procedimiento del discurso práctico tiene ventajas frente a esos dos constructos [los de Rawls y Mead]. En las argumentaciones, los participantes tienen que partir de que en principio todos los afectados participan como libres e iguales en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coacción permitida es la del mejor argumento. El discurso puede ser considerado como un modo muy exigente de formación argumentativa de la voluntad, de la que (al igual que de la posición original de Rawls) se espera que garantice con base únicamente en los presupuestos universales de la comunicación la corrección (o equidad) de toda avenencia normativa posible en esas condiciones. El discurso puede desempeñar este cometido en virtud de las suposiciones idealizantes que los participantes tienen que efectuar realmente en su praxis argumentativa, por lo que desaparece el carácter ficticio de la posición original junto con el recurso de la ignorancia artificial.[13]

¿Cuáles son esas condiciones discursivas de la racionalidad, exigibles para la deliberación pública y justificatorias del discurso político democrático? Las desglosaremos considerando el punto de vista de su contenido, de las condiciones de participación y de los mismos participantes.

1. Con respecto al contenido, la deliberación pública tiene que incluir toda la *información* disponible. Esto incluye los temas relevantes, el origen y el contexto de la misma, los diferentes puntos de vista, los argumentos a favor y en contra, las bases empíricas en que se sustenta, etcétera.
2. En cuanto a las condiciones de participación, la deliberación pública debe satisfacer condiciones de *publicidad y transparencia*. Para que estas sean posibles, se debe garantizar:

   - *Inclusión,* es decir, igualdad de oportunidades de participación a todos los ciudadanos.
   - *Simetría y reciprocidad entre los participantes,* es decir, igual consideración a todas las contribuciones en función de sus méritos y no de la identidad de los participantes.
   - *Ausencia de coerción o distorsión,* es decir, exclusión de toda coacción externa más allá de la "coacción del mejor argumento".
   - *Libertad comunicativa,* es decir, igualdad de oportunidades de todos los participantes para expresar opiniones y objetar con argumentos las opiniones de otros, para reinterpretar las cuestiones discutidas, así como para determinar la agenda deliberativa.

---

[13] Habermas, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000, pp. 17 y 18.

3. Por lo que hace a los participantes, requiere que adopten una actitud cognitiva genuina y, por tanto, que sean:
   - *Sinceros*, es decir, que no tengan intenciones manipuladoras o de autoengaño.
   - Que estén *abiertos a la crítica*, es decir, que estén dispuestos a tomar en serio las objeciones de los demás.
   - Que *asuman sus responsabilidades comunicativas*, es decir, que tomen en serio la exigencia de dar razones para justificar las opiniones expresadas.[14]

Para Habermas, la verdad y la justicia no son logros individuales o monológicos, como podría desprenderse de la propuesta de Dworkin con respecto a su juez Hércules. En este punto, apoyado en una cita de Frank Michelman, Habermas sostiene que:

> El juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos. En este sentido F. Michelman critica la concepción monológica que tiene Dworkin del proceso de la decisión judicial: "lo que falta es diálogo. Hércules… es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, si no es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroidad. Nada le conmociona. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre ni ninguna mujer podrían ser así". Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad.[15]

Finalmente, el proceso de reflexión crítica no manipulado se alcanza en un estadio de la sociedad en el cual existe un genuino debate público. La experiencia de este diálogo emancipador conduce a desenmascarar la falsa

---

[14] Al igual que Habermas, Alexy rechaza las teorías morales sustantivas y establece las relaciones entre procedimiento y pretensión de corrección o de justicia de las normas. Las reglas que corresponden a todo discurso práctico en general, que incluye al jurídico, las divide en seis tipos diversos: reglas fundamentales, reglas de fundamento, reglas de la carga de la argumentación, reglas de las formas de los argumentos, reglas de razón y reglas de transferencia. Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1989, pp. 283 y ss.

[15] Habermas, Jürgen, *Entre facticidad y validez, cit*., p. 295. Para ser justos con Dworkin, la crítica puede valer para la primera etapa de su pensamiento enmarcada en su libro *Taking Rights Seriously*, pero no para una segunda etapa, de tipo constructivista, presente en su obra *Law's Empire*.

conciencia epistemológica. La justicia, para Habermas, se constituiría en un presupuesto o precondición de la acción comunicativa: un proceso mediado por la realidad social, fundado en la conciencia política de un espacio público de ciudadanos, que combina la perspectiva de todas las personas implicadas.

El imperio de la ley estaría conectado necesariamente con el diálogo democrático y la justicia formaría parte de las condiciones de validez de la democracia. En este sentido, podríamos decir que el modelo de Habermas se acerca a una concepción republicana de la democracia como diálogo o deliberación, centrado en el bien común, antes que establecer las preferencias autointeresadas de los individuos en un modelo de democracia de mercado. Y en una referencia explícita a Rousseau y a Kant, para Habermas, la teoría de la acción comunicativa ofrece las condiciones procedimentales para el ejercicio de la voluntad general: la "voluntad concordante y unida de todos".[16]

Por lo que hace al poder judicial, para Habermas, una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación, a la sociedad civil organizada y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resultaría idónea para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial. Solo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. En línea con Habermas, Christian Courtis explicita las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad:

> […] la transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública.
>
> Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e intereses corporativos han resultado, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder judicial, y difícilmente podrán contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía.[17]

---

[16] *Ibidem,* pp. 94 y 95. Véase de Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social,* trad. de Leticia Halperín Donghi, Buenos Aires, Losada, 2003, especialmente, lib. primero, caps. VI-VIII y lib. segundo, caps. I-VIII, y de Kant, Immanuel, "Acerca de la relación entre teoría y práctica en la moral en general (contra Hobbes)", *Filosofía de la historia,* trad. de Emilio Estiú, Buenos Aires, Nova, 1964.

[17] Courtis, Christian, "La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía", *Nexos,* México, núm. 329, mayo de 2005, p. 37.

II. Razón y espacio público

Tanto en Rawls como en Habermas queda abierta una cuestión que la filósofa española Cristina Lafont ha planteado con toda claridad: "¿Es posible realmente articular una noción de lo «racionalmente aceptable» que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo [metafísica o religiosa] o en una concepción del bien homogénea?".[18] Detengámonos un poco en este debate poniendo el acento en las visiones comprehensivas de tipo religioso en Estados democráticos.

En *Liberalismo político,* como se ha dicho, Rawls propone su conocido "consenso sobrepuesto". Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir y justificar nuestras obligaciones morales y políticas.

A partir de tal consenso, Rawls distingue entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables e inaceptables en la deliberación pública. Para Rawls, nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprehensivas, metafísicas o religiosas en las que creen, siempre y cuando ofrezcan, además, razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprehensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas, deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista: ¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviere dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluirse de la deliberación pública; quien estuviere dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático, pero a costa de una buena dosis de sinceridad.

En los últimos años, Habermas ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de Rawls,[19] además de debatir, entre otros, con Joseph Ratzinger.[20] Situados en el ámbito de las razones intersubjetivas, Habermas coincide con Rawls en el sentido de que al deter-

---

[18] Lafont, Cristina, "Democracia y deliberación pública", en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2007, p. 130.

[19] Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión,* trad. de Pere Fabra Abat *et al.*, Barcelona, Paidós, 2006, especialmente cap. 5, "La religión en la esfera pública".

[20] Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización,* trad. de Pablo Largo e Isabel Blanco, México, Cenzontle-FCE, 2008.

minar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse solo cuentan las razones generalmente accesibles, las "razones seculares". Pero a diferencia de Rawls, Habermas distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional, propia de los funcionarios administrativos, legisladores y jueces. En la primera, los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación, siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Solo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional y aspirar a ser coercitivas.

Con tal distinción, la propuesta de Habermas permite a los ciudadanos en la esfera pública informal expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. De esta manera, Habermas solventa el problema de la deshonestidad y permite a los ciudadanos religiosos entender la deliberación pública como un proceso cognoscitivo genuino. ¿Pero hacer esta distinción tan radical entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares no pondría en peligro los prerrequisitos de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes?

Habermas responde, de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racional, que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nieguen en principio todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De ahí que, sorpresivamente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones: 1) abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas, y 2) ayudar a traducir el contenido de las mismas, que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. Habermas es explícito en este punto en su conversación con Ratzinger:

> Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura política liberal puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público en general.[21]

[21] *Ibidem*, p. 33.

Sin embargo, resulta que ahora, a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que corresponde con sus verdaderas creencias si estas resultan ser de tipo secular. Estaríamos tratando a los ciudadanos seculares no bajo un criterio normativo sino instrumental, y caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad presentado por Rawls, solo que ahora aplicado a los ciudadanos seculares. Más aún, si después de todo este esfuerzo no se encuentran traducciones seculares para las convicciones religiosas, estas quedarían excluidas para adoptar las políticas coercitivas que desean instrumentarse.

Todo lo anterior sin profundizar en la idea de "potencial de verdad" de los conceptos religiosos. Por ejemplo, pensemos un instante cuál sería el potencial de verdad de conceptos religiosos como la encarnación de Cristo, el pecado original, la transustanciación, la virginidad de María, la resurrección, el juicio final, entre otros, al menos en la confesión cristiana. ¿De qué recursos epistemológicos podría echar mano el ciudadano secular para traducir este lenguaje religioso al público en general? Si Habermas no tiene en mente este tipo de verdades de fe en los cristianos al momento de ingresar a la deliberación pública y las descarta como no traducibles a un lenguaje secular y por tanto imposible de ser institucionalizadas, entonces el remanente susceptible de traducción es irrelevante. Así, por ejemplo, si un cristiano afirma que "todos somos hijos de Dios" y con ello se interpreta que "todos somos iguales en dignidad", o bien se trivializa lo que en la fe cristiana significa ser "hijo de Dios", o bien se abusa de la analogía entre "hijos de Dios" y "dignidad humana". No encuentro ninguna relación posible entre el concepto de "dignidad humana" y la idea de ser "hijo" de un ser divino trascendente y espiritual, con todos los atributos infinitos. Mucho menos que por ser todos hijos de un padre con tales cualidades seamos humanamente iguales.

Pero entonces, ¿qué significa "tomarse en serio" las razones de los conciudadanos? Según la interpretación de Habermas, como vimos, tomar en serio las razones religiosas a favor de medidas políticas controvertidas requiere que no se niegue de principio la posible verdad de las creencias religiosas. Sin embargo, no resulta nada obvio por qué tendría que ser esto así. Más bien, tomarse en serio las razones religiosas exige evaluarlas seriamente en función de sus méritos: es estar preparados para ofrecer argumentos y evidencias en contra que muestren por qué son equivocadas si pensamos que lo son.[22]

No se niega el derecho de todo creyente a creer lo que les parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública *y*

[22] Lafont, Cristina, "Democracia y deliberación pública", *op. cit.,* p. 143.

tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas, entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que *es moralmente correcto ejercitar la coerción solo con base en consideraciones públicamente aceptables*, sin violar el principio de simetría entre los participantes. Se trata de favorecer, como dijera Albert Hirschman, un diálogo "amistoso con la democracia" transitando de un discurso intransigente, sea de corte conservador o progresista, a uno deliberativo porque, finalmente, "un régimen democrático alcanza la legitimidad en la medida en que sus decisiones resultan de una deliberación plena y abierta entre sus principales grupos, cuerpos y representantes".[23]

III. Valor epistémico de la democracia deliberativa

Una de las propuestas deliberacionistas más robustas e influyentes en la filosofía política y jurídica, especialmente en el ámbito latino, ha sido la de Carlos S. Nino. Comencemos diciendo que su propuesta descansa sobre una concepción objetivista de la moral. Pero no de cualquier objetivismo. No de teorías objetivistas que se proponen deducir principios morales a partir de las propiedades naturales o de los deseos o preferencias del ser humano, ni tampoco en teorías objetivistas que descansan en la aceptación de premisas normativas obtenidas a partir de un consenso fáctico. Ambas teorías incurrirían en la conocida falacia y no conseguirían entender con claridad que objetivismo moral no equivale a realismo moral.

Descartada la justificación a través del consenso fáctico, nos queda otra vía para evitar deducciones injustificadas: la aceptación de premisas normativas a partir de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad y de la imparcialidad. Las premisas obtenidas, que se apoyan también en condiciones empíricas, deben ser aceptadas sin justificación ulterior; pero en cuanto fruto de un acuerdo discursivo moral, siempre podrán ser racionalmente cuestionables, por lo que los principios morales tendrán una validez *prima facie* y no absoluta.

Desde John Rawls, como vimos, esta vía ha sido explorada por muchos pensadores que en general se podrían agrupar bajo el término que él mismo ha acuñado: constructivismo. El enfoque constructivista que Nino propone para la fundamentación de los juicios morales tiene sus raíces en dos tradiciones en apariencia radicalmente opuestas, la hobbesiana y la kantiana.

---

[23] Hirshman, Albert O., *Retóricas de la intransigencia,* trad. de Tomás Segovia, México, FCE, 1991, pp. 188-189.

Sin embargo, ambas aparecen conectadas en lo que Nino llama "la práctica social de la discusión moral", que por una parte satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos apropiados para satisfacer tales funciones.

Nino propone su posición metaética sobre el conocimiento moral, contrastándola con las de Rawls y Habermas. Para el primero, la verdad moral se apoya en presupuestos formales del razonamiento práctico-individual y solo se accede a su conocimiento a través de la reflexión individual. Para el segundo, la verdad moral está constituida por el consenso que efectivamente se obtiene en una discusión intersubjetiva real, constreñida por la regla de la imparcialidad, y solo es posible acceder a principios morales válidos a través del método de la discusión colectiva.

Con Rawls y contra Habermas, Nino sostiene que la verdad moral se constituye no por el resultado, sino por los presupuestos de la práctica intersubjetiva del discurso moral, pero, dado que esos presupuestos exigen la imparcialidad y es sumamente difícil que se tomen en cuenta todos los intereses de otros si no es mediante su participación en la discusión colectiva, contra Rawls y con Habermas, este método parece ser mucho más confiable que la reflexión individual. Entre el constructivismo formalista de Rawls y el constructivismo ontológico de Habermas, Nino propone lo que ha llamado un *constructivismo epistemológico*. Desde esta posición, el consenso obtenido en una discusión moral real, si bien no es constitutivo de principios morales válidos, es un buen indicio para conocer cuáles son estos, ya que la unanimidad o el procedimiento de discusión mayoritaria entre los interesados proporciona cierta garantía de imparcialidad, aunque por supuesto no la asegura.[24]

La tradición hobbesiana a la que se refiere Nino es la que pretende explicar la generalidad de las normas morales a partir de la existencia de ciertas circunstancias básicas de la vida del hombre en sociedad. Desde Hobbes hasta Rawls, incluidos filósofos como Hume y Hart, la pretensión de la moral y del derecho ha sido la superación de dificultades y limitaciones, reconociendo ciertas circunstancias básicas de todos los seres humanos. En general se está de acuerdo en que tales circunstancias básicas son, o bien objetivas: escasez de recursos, vulnerabilidad e igualdad aproximada de los hombres y coexistencia de los individuos en áreas geográficas determinadas; o bien subjetivas: intereses divergentes entre los sujetos, conocimiento y capacidad de raciocinio

[24] Véase Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa,* trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, cap. 5.

limitados, así como la simpatía también limitada respecto de intereses ajenos. Dadas estas circunstancias, el ser humano tiende tanto a la generación de conflictos como a su resolución a través de acciones cooperativas. Precisamente, la pretensión de la moral —como del derecho— es la de reducir los conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso. Para ello, los hombres generan una práctica social de discurso moral, que consiste en ofrecer argumentos a favor o en contra de ciertas conductas o pretensiones.

Junto a la tradición hobbesiana, Nino propone la tradición kantiana conectada también a la práctica social de la discusión moral, en la medida en que la misma incluye ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos. Sin lugar a dudas, ha sido John Rawls el filósofo que más ha contribuido a revalorar la tradición kantiana, destacando la relevancia de los rasgos formales básicos que debe satisfacer todo juicio moral, así como ciertos principios sustantivos. Estos supuestos formales y sustantivos colocan al sujeto en un "punto de vista moral" que no es sino el de la imparcialidad.

La posición originaria de Rawls, piensa Nino, no es otra cosa que una "dramatización de las condiciones procedimentales de nuestra práctica del discurso moral". Contra la acusación que Richard Hare hace a Rawls de que manipula las condiciones procedimentales para derivar sus conocidos principios de justicia, Nino sale en defensa de la posición originaria proponiendo una interpretación que refleje la forma del discurso moral positivo o real, tomando en consideración la plausibilidad —de acuerdo con nuestras convicciones intuitivas— de las soluciones sustantivas que ella es capaz de generar. El ejemplo que propone Nino es muy ilustrativo: si las reglas formales que hemos reconstruido permiten justificar un principio que favorece una práctica generalmente rechazada, como la esclavitud, es de presumir que debe haber algún aspecto formal del discurso moral incompatible con esa práctica, que probablemente se ha pasado por alto en el momento de la reconstrucción.

Todo ello indica que el "equilibrio reflexivo" debe conformarse a partir de tres términos y no de dos, como sugiere Rawls, a saber: convicciones intuitivas particulares, principios sustantivos generales que den cuenta de ellas (hasta aquí Rawls) y reglas o aspectos formales del discurso moral que permitan derivar tales principios.[25] Con respecto a estos últimos, y en línea con Habermas, para Nino solo es posible la existencia del discurso moral si se excluyen de este argumentos, formas de persuasión o técnicas de motivación basados en la obediencia dogmática a ciertas autoridades —humanas o divinas—, el recurso a amenazas de daño o a ofertas de beneficio, así como el engaño o el condicionamiento a través de la propaganda: "El discurso

[25] Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 106.

moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros".[26] Es en este mismo sentido que Kant entiende la autonomía del sujeto moral como respeto voluntario a la ley.

Principios normativos y deliberación democrática

Desde el punto de vista de la ética normativa y partiendo de la discusión moral como práctica real, se debe aceptar que toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica, excepto la práctica misma de criticar; rasgo del discurso moral que refleja la asunción del valor de la autonomía.

En efecto, la discusión moral está dirigida a superar conflictos y alcanzar cooperación a través del consenso, y este supone la libre aceptación de principios para justificar acciones y actitudes, a riesgo de que se incurra en inconsistencia pragmática. De este presupuesto general de autonomía moral se deriva un principio más específico: el de autonomía personal. Este principio es distintivo de la concepción liberal de la sociedad y prescribe:

> que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.[27]

El enunciado de este principio parte de la distinción entre dos dimensiones de la moral. Una de ellas está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás, proscribiendo aquellas acciones que perjudiquen el bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promuevan los intereses ajenos —moral intersubjetiva—. La otra dimensión está constituida por las pautas morales que definen modelos de virtud personal y permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros —moral autorreferente—.

[26] *Ibidem*, p. 109.
[27] *Ibidem*, p. 204.

El reconocimiento del principio de autonomía personal excluye la posibilidad de afirmar tesis perfeccionistas o paternalistas no justificadas. Tanto el perfeccionismo como el paternalismo suponen que no solo son posibles planes de vida mejores que otros y que constituyen la realización de ideales de excelencia, sino que en el primer caso se supone que esos ideales han de ser impuestos para obligar a las personas a ser mejores, y en el segundo para evitar daños a sí mismos.

El punto de vista liberal no sostiene que el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su punición jurídica. Implica, en cambio, limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que cada individuo profesa, según este punto de vista, no deben ser impuestos por el Estado, sino que deben quedar librados a la elección personal y en todo caso convertirse en materia de discusión en el contexto social.

No obstante, el enunciado del principio de autonomía no excluye que el individuo acepte libremente la imposición de ciertos sacrificios. Por esta razón, una formulación más completa del mismo debe considerar la justificación de sacrificios cuando estos son libremente aceptados. En este sentido: *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento*.[28] Así enunciado, el principio de autonomía excluye cualquier posibilidad de valorar las acciones de los hombres por sus particularidades personales de raza, religión, sexo, etcétera, y exige que en el diseño social se deba prestar especial atención a las instituciones basadas en el consentimiento; asimismo, abre un amplio margen para la realización de acciones que, pese a su peligro o al sacrificio personal, deben ser permitidas por el Estado.

Ahora bien, si la autonomía personal se toma aisladamente, puede llegar a ser un valor de índole agregativo. Esto quiere decir que, al menos en una versión utilitarista, cuanto más autonomía existe en un grupo social, la situación es más valiosa, independientemente de cómo esté distribuida esa autonomía. Sin embargo, esta situación contraviene intuiciones muy arraigadas en el ámbito del liberalismo. Por ejemplo, si una elite consigue grados inmensos de autonomía a expensas del sometimiento del resto de la población, este estado de cosas no resulta aceptable desde el punto de vista liberal. Por esta razón, es necesario defender un segundo principio, que limita el de la autonomía personal: el principio de inviolabilidad personal.

Este principio queda implícito con la adopción del punto de vista moral exhibido por el mismo discurso moral. La adopción de un "punto de vista

[28] *Ibidem*, p. 287.

moral" sugiere, por una parte, que se acepte la racionalidad e imparcialidad moral y, por otra, que tal imparcialidad no suponga hacer de lado la independencia y separabilidad de las personas, sino que cada una sea considerada en su propia identidad. La justificación de las propiedades de racionalidad, universalidad e imparcialidad del punto de vista moral se sustenta en el principio de dignidad que, con evidentes orígenes kantianos, prescribe:

> que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no debe tratársela nunca como un medio sino como un fin en sí misma y no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio.[29]

Tal principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada y que ninguna persona puede ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra. En este sentido, dicho principio clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas que, al preocuparse por la cantidad total de felicidad social, desconocen la relevancia moral que tienen la separabilidad e independencia de las personas. Cierra el paso también a cualquier expresión colectivista como la representada por los nacionalismos extremos. A su vez, el reconocimiento de este principio implica ciertas limitaciones en la búsqueda de los objetivos sociales y en la imposición de deberes personales, y restringe la aplicación de la regla de la mayoría en la resolución de los conflictos sociales.

La adopción del punto de vista moral bajo la idea de imparcialidad requiere de una concepción normativa del principio de igual valor de toda persona moral o, en términos de Dworkin, "de igual consideración y respeto". Esto supone el derecho que tiene cada individuo a valerse de los recursos necesarios o a la obtención de "bienes primarios" para poder llevar a cabo una vida autónoma y digna, en igualdad de condiciones con respecto a todos los demás. Se requiere, por tanto, de un principio cuya directiva implique el trato igual a las personas o un trato diferenciado si existen diferencias relevantes, y la seguridad de una participación equitativa en los recursos o bienes disponibles: el principio de igualdad.

---

[29] Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos, cit.*, p. 239. Kant, como es sabido, formula el segundo imperativo en los siguientes términos: "obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio", *Foundations of the Metaphysics of Morals*, trad. de Lewis White Beck, Nueva York, Macmillan Publishing, 1987, p. 47. Añado el componente kantiano a la enunciación de lo que Nino llama "principio de inviolabilidad de la persona" para denotar con más claridad la influencia del filósofo alemán.

Para Nino, el diálogo, bajo las condiciones procedimentales y sustantivas que ha delineado, es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales. Sin embargo, se pregunta Nino, ¿existe algún diseño institucional posible que pueda satisfacer las condiciones subyacentes al valor epistémico de la democracia?[30] Por lo pronto, contra aquellos que defienden la democracia representativa[31] —que permite alcanzar un equilibrio entre las presiones de los diferentes grupos autointeresados a través de la intermediación de la clase política—, los defensores de la democracia deliberativa rechazan tal concepción porque la toma de decisión de un reducido grupo de ciudadanos afecta al grupo en su totalidad. Ello significa un déficit en la deliberación. En sociedades complejas, piensa Nino, la representación es un mal necesario, y la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible. Los métodos de participación directa —consulta, referéndum, iniciativa popular, revocación de mandato— deben ser siempre bienvenidos y cuidadosamente regulados, para que no terminen ensanchando arbitrariamente las atribuciones del poder ejecutivo ni sirvan como pretexto para la perpetuación de su mandato, deviniendo en caudillo o dictador.

Con todo, no debe perderse de vista que la democracia directa, en sus diversas manifestaciones, no deja de ser la expresión inmediata de la ciudadanía, pero ella no refleja necesariamente una genuina discusión o deliberación. Si lo que se exige a los participantes es un "sí" o un "no", esto se aparta de la práctica de la discusión moral ideal y su tendencia a la imparcialidad, acercándose a expresiones populistas, muy ajenas a una democracia robusta.

Asimismo, para Nino, si la democracia es un bien público, no es justo disfrutar de sus beneficios como *free-rider* o gorrón. Para vencer la apatía política debe fortalecerse la participación ciudadana y las asociaciones civiles y, si es necesario, obligar al voto ciudadano: la abstención por la abstención solo contribuye a deteriorar el proceso democrático. Lo que a toda costa hay que evitar, en la perspectiva de Nino, es no incurrir en visiones perfeccionistas que pongan en entredicho la autonomía e inviolabilidad de las personas. No se trata de imponer un ideal de virtud cívica, sino fortalecer las instituciones y asegurar los derechos humanos como precondiciones del mismo ejercicio democrático.

---

[30] Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, *cit.*, cap. 6.

[31] Remito para la defensa de la democracia representativa y sus restricciones a Garzón Valdés, Ernesto, "Representación y democracia", *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, y "Restricciones de la democracia representativa", en *Revista de la Judicatura Federal*, México, núm. 31, 2011.

Aceptado lo anterior, cabe preguntarse aún a quiénes o a qué institución le toca velar por las mismas precondiciones para el ejercicio democrático. En el supuesto de que se cumplieran uno a uno los procedimientos que legitimaran el ejercicio de la deliberación pública y se respetaran las precondiciones sustantivas en términos de la garantía de los derechos humanos, habría que preguntarse seriamente: ¿qué cuestión relevante quedaría por discutir?, ¿debería un órgano contrademocrático, como lo es el Tribunal Constitucional, tener la "última palabra"? Muchas páginas se han escrito sobre este debate y dedicaré el siguiente *excursus* a ofrecer solo algunas líneas de reflexión, anticipando mi justificación sobre la importancia y la necesidad de un control judicial de constitucionalidad y de convencionalidad.

IV. *Excursus.* Justicia constitucional y democracia

Desde la teoría y filosofía jurídicas, el debate ha girado en torno al control judicial de constitucionalidad a partir de la ya célebre dificultad contramayoritaria. Asumiendo con seriedad esta dificultad, el propósito de este capítulo es argumentar en favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático y social de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central.

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista —los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas—, o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que pese a los riesgos posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos humanos —y de manera relevante los de las minorías— consagrados en la Constitución.

Tengo la impresión de que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antimodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento *vs*. una "visión apocalíptica de la jurisdicción"; o el parlamento convertido "en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos" *vs*. el ideal de juez imparcial e incorrupto.[32] Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis*

[32] Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Betegón, Jerónimo; Laporta, Francisco; Páramo, Juan Ramón de y Prieto

la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral,[33] como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo además que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Christian Courtis, de que la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial pueda tener tintes conservadores.[34]

El constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria en los siguientes términos:

> La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema […] cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora [...] El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.[35]

Las circunstancias de la "dificultad contramayoritaria", en términos de Víctor Ferreres,[36] podrían resumirse en las tres siguientes:

1. *La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional*. La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. En México, el ejecutivo federal —el presidente de la República— propone una terna al Senado y este elige al futuro ministro de la Suprema Corte entre los miembros de la terna presentada. En esta elección no participa la Cámara de Diputados.

Sanchís, Luis (coords.), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid, CEPC, 2004, p. 100-*n.*92, en donde cita críticamente a Perfecto Andrés Ibáñez.

[33] En un caso insólito, la Nueva Constitución Política de Bolivia, en vigor desde el 7 de febrero de 2009 tras ser aprobada en referéndum, contempla en su artículo 182, párr. I, que: "Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal". Para un comentario crítico a la "nueva oleada de reformas [constitucionales] en Latinoamérica, véase Gargarella, Roberto, "Cambiar la letra, cambiar el mundo", *El País*, Madrid, 13 de octubre de 2008.

[34] Courtis, Christian, "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos,* México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 410 y ss.

[35] Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics,* New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16 y ss.

[36] Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia,* Madrid, CEPC, 1997, pp. 42-45.

2. *La rigidez de la Constitución*. El Congreso no puede neutralizar fácilmente —a través de la reforma constitucional— la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución solo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso. En México, de acuerdo con el artículo 135 constitucional, "se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de los legisladores de los Estados".
3. *La controvertibilidad interpretativa de la Constitución*. La interpretación del texto constitucional es problemática —especialmente en materia de derechos y libertades—, dada la abundancia de "conceptos esencialmente controvertidos" y de colisiones entre las diversas disposiciones.

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez solo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y estos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones? ¿Qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho?

Para Ernesto Garzón Valdés, en regímenes democráticos se requiere que el juez "cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y, por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver".[37] El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de Herbert Hart, un "punto de vista interno" que, a diferencia del "punto de vista externo", no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político:

> La función de los jueces supremos [continúa Garzón] no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad.[38]

[37] Garzón Valdés, Ernesto, "El papel del poder judicial en la transición democrática", en Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, *La función judicial. Ética y democracia,* Barcelona, Gedisa, 2003, p. 129.

[38] *Ibidem,* p. 131.

La pregunta es entonces, ¿cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados finalmente por el poder político? Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección y no de por vida, o bien, la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: "Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*". Esta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el "coto vedado", y así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: "se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y derechos de lo que suelo llamar el «coto vedado» a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental". Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana.[39]

La propuesta de Garzón se enfrenta a la "paradoja de las precondiciones", sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que: "no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo";[40] tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una "esfera de lo indecidible":

> Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *indecidible que no;* y actúan como factores no solo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones"[41]

La Constitución atrinchera y garantiza tales derechos y no se sujeta al consenso de la mayoría. A partir de este argumento, Ferrajoli justifica la

---

[39] Garzón Valdés, Ernesto, "El consenso democrático: fundamento y límites del poder de las minorías", en *Isonomía,* México, ITAM-Fontamara, núm. 12, 2000, p. 24.

[40] Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.,* p. 100.

[41] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De nueva cuenta nos enfrentamos aquí a la "paradoja de las precondiciones" y a la "amenaza de las mayorías". Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías, o de los más débiles, frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría, especialmente cuando esta se manifiesta como injusta y socialmente dominante.[42]

A la pregunta que se formula José Juan Moreso: ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?[43] La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los genéricamente llamados derechos sociales.

Si bien resulta pertinente y deseable atrincherar los derechos humanos a nivel constitucional: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes[44] asumiendo las circunstancias de la dificultad contramayoritaria, en los términos de Ferreres? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y a diferencia de los autores analizados más arriba, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio.

Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por "el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas".[45] Por tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa. Pero para explicar el alcance de la misma me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely y de Robert Alexy.

---

[42] Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.,* pp. 103 y 104.

[43] Moreso, José Juan, "Derechos y justicia procesal imperfecta", *Discusiones,* Bahía Blanca, año 1, núm. 1, 2000, p. 101.

[44] *Idem.*

[45] *Ibidem,* p. 76.

Un buen intento en favor de una participación activa de los jueces es que se constituyan, como propone Ely, en *controladores del mismo procedimiento democrático*. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas, etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que, a efectos de justificar una decisión, permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de réferi del proceso democrático. Cumplirían con una función de "limpieza de canales" que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.[46]

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección, puesto que, como resulta obvio, carecería de valor epistémico. De que los jueces pueden equivocarse no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *procedimental* consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y promover el *proceso* mismo de participación democrática, y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales. Precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos.

Ely, quizás a su pesar, da otro paso hacia una versión más sustantiva que procedimental de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso los

[46] Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1980. Véase Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 694 y 695.

mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo, es decir, posee un valor intrínseco "para la calidad moral de la vida cívica", en términos de Rawls.

El principio de no discriminación —el derecho a no ser discriminado— es una precondición de la democracia y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia descansa, entonces, sobre una precondición que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondición no compromete aún con una concepción sustantiva "fuerte" de la democracia.

Con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de "representación argumentativa" en el marco de un constitucionalismo discursivo. Este empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad.[47]

Alexy parte de un modelo de democracia no exclusivamente decisionista, sino también argumentativa, es decir, de una democracia deliberativa: "la relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, mediante argumentos". A diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisionista y discursiva, la representación del pueblo en el Tribunal Constitucional es puramente argumentativa. Pero, ¿cuáles serían las condiciones de una verdadera representación argumentativa para no caer en idealizaciones y no declarar cualquier argumento como un argumento de representación del pueblo? Para Alexy existen dos condiciones fundamentales:

> (1) la existencia de argumentos correctos y razonables, y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables. [...] Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.[48]

---

[47] Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, México, Fontamara, 2005, pp. 89 y ss.

[48] *Ibidem*, pp. 102-103.

Los derechos humanos como precondiciones de la democracia

He mencionado en varias ocasiones el argumento de las precondiciones para distinguir entre una democracia procedimental y otra sustantiva. Bien vistas las cosas: "la diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia".[49] Digamos, en otras palabras, que el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva, sino entre dos versiones de la democracia sustancial: una "fuerte" que extiende la consideración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra "débil" que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, entonces el problema de unos y otros —más allá de criterios procedimentalistas o sustantivistas— es enfrentarse a la paradoja de las precondiciones: en el extremo, como sostiene Bayón, "el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría".[50]

Con respecto a la paradoja de las precondiciones, no veo por qué se debe llegar a una situación extrema. La versión sustantiva "débil" comprometería con la justicia constitucional en cuanto necesaria para preservar esos prerrequisitos mínimos —los derechos civiles y políticos—, pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente, como afirma Bruce Ackerman, a los "tiernos favores del poder judicial".[51]

La advertencia de Ackerman me parece correcta, pero reitero, no debe llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Su inclusión es necesaria para demarcar el "coto vedado" a la decisión de la mayoría y para excluir que el legislador los ignore. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el poder judicial y por el órgano de representación popular. Para estos derechos, el control abstracto de inconsti-

[49] Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.,* p. 81.

[50] *Ibidem,* p. 80.

[51] Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes,* México, FCE, 2007, pp. 119 y ss.

tucionalidad de la ley emanada del legislador no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucional de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda,[52] y la posibilidad de un diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas. En el ámbito de una democracia deliberativa, Roberto Gargarella, siguiendo a Dennis Thompson, no excluye la revisión judicial de constitucionalidad como un posible arreglo institucional, pero los jueces pueden actuar razonablemente de manera respetuosa con el legislador, ensayando alternativas posibles *(experimentalismo judicial):*

> Pueden decidir, en un caso determinado, bloquear la aplicación de una ley expedida por el Congreso, forzándolo así a repensarla; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponer a los legisladores una solución particular; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo determinado sin ocupar el lugar del legislador al no decidir cuál solución particular debe adoptarse; pueden asimismo sugerirle al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando así la decisión final en sus manos.[53]

A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control si tomamos en serio el argumento contramayoritario?, respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondición de la democracia, resulta totalmente implausible;[54] si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía y dignidad personales; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondición fundamental, que es el derecho a no ser discriminado, y entendemos que debemos atrincherar constitucionalmente tales derechos para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone un control judicial y una intervención activa de los jueces que con base en ella, ahora sí, favorezca el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría

---

[52] En Nueva Zelanda, desde 2001, el *Human Rights Review Tribunal* puede emitir "declaraciones de incompatibilidad" de una ley con el *Bill of Rights,* sin invalidarla ni inaplicarla.

[53] Gargarella, Roberto, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, *cit.,* pp. 393 y 394.

[54] *Ibidem,* pp. 80 y 81.

el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

A tal respecto, por ejemplo, aun en las situaciones límite en las que se ha pretendido descalificar decisiones judiciales de altos tribunales, bajo el argumento de que se ha dado debido cumplimiento a todas las condiciones requeridas para el ejercicio de una democracia deliberativa robusta, y que esta debería prevalecer aun sobre la defensa incondicional de derechos humanos contra delitos tan graves de lesa humanidad, como la tortura o la desaparición forzada,[55] el procedimiento deliberativo presentaría un déficit de legitimidad si no se entendiera que tales derechos presentan un carácter de "urgencia". La misma democracia deliberativa demandaría su plena satisfacción y garantía como exigencias de su propia constitución interna, precisamente de cara a una seguridad futura y a una justicia a los primeros interesados, que son las propias víctimas.

En síntesis, los jueces deben salvaguardar las condiciones *a priori* de posibilidad del discurso democrático, no solo por lo que tiene que ver con sus condiciones formales, sino también con sus precondiciones sustantivas. Sobre estos últimos opera una consideración de "urgencia" que no puede quedar sujeta a criterios mayoritarios en detrimento posible de los grupos menos aventajados. Satisfechas tales condiciones y tales mínimos, y en un proceso gradual que evita la paradoja de las precondiciones, cabe y es deseable el experimentalismo judicial que exige una gran deferencia del poder judicial hacia el poder legislativo.[56] Los jueces se constituirían así en *Jueces para la democracia.*

---

[55] Para un análisis del debate en torno al caso *Gelman,* véase Gargarella, Roberto, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*", SELA Papers, Yale Law School, 2013. Asimismo, remito a las lecturas de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva, Asamblea General de la República Oriental del Uruguay, Ley 15.848, y Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C, núm. 221.

[56] El fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Vervitsky H. s/hábeas corpus,* 3 de mayo de 2005, es un buen ejemplo de actuación conjunta del poder judicial y la administración pública para "garantizar la eficiencia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados". Con el fin de hacer valer el mandato constitucional (artículo 18, sobre las condiciones carcelarias) la Corte Suprema de Justicia ordenó al estado provincial de Buenos Aires que adecuara (orden de adecuación) la política carcelaria actual a los marcos constitucionales: al poder legislativo, que sancionara una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al poder judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitaran a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos en los que no fuera posible evitarla, y al poder ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amicus curiae* para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional.

Capítulo decimoprimero

JUSTICIA GLOBAL. PLURALISMO Y COSMOPOLITISMO

A lo largo de la década de los noventa, en el marco de los Estados democráticos, asistimos con gran optimismo a una expansión robusta de la justicia y los derechos a escala mundial. La protección judicial de los mismos se hizo manifiesta a través de cortes o tribunales especiales, por ejemplo, con la creación de los tribunales internacionales para Ruanda y la ex-Yugoslavia, el caso *Pinochet* o la entrada en vigor del Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional. Este ánimo, de alguna forma complaciente con las bondades de la democracia liberal, era compartido —y justificado— por ilustres filósofos, entre ellos Norberto Bobbio, John Rawls y Jürgen Habermas.

Al optimismo de los años noventa y a la inmediata crisis de globalización bajo el mito del progreso siguió lo que he llamado la "desilusión cosmopolita" y el debate con los defensores del pluralismo global. A la luz de tal debate, y en el marco del problema de la "brecha de desigualdad", sus propias patologías y la irrupción del populismo, creo que es posible defender aún una justicia global —o una "sociedad de iguales", para usar la terminología de Pierre Rosanvallon— si aceptamos cinco exigencias impostergables.[1]

I. Los "felices noventa"

En su introducción al libro *El tercero ausente*, Bobbio sostiene enfáticamente que: "el porvenir de la paz se encuentra estrechamente vinculado al de la democracia" y esta se fundamenta, entre otras condiciones, en el reconocimiento de algunas libertades cívicas y políticas "que impidan la instalación de un poder despótico".[2] En este mismo libro, en el que se recogen textos como

[1] En este capítulo he preferido mantener el hilo narrativo, sin notas al pie en cuanto a la sugerencia de instrumentos jurídicos, mismos que se pueden consultar en la Guía de lecturas, tanto para los pluralistas como para los cosmopolitas.

[2] Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, trad. de Pepa Linares, Madrid, Cátedra, 1997, pp. 12 y ss.

"Los derechos humanos y la paz" y "La era de los derechos", Bobbio amplía considerablemente el catálogo de derechos humanos más allá de los derechos de primera generación, hasta incluir los derechos de segunda y tercera generación. Estos dos últimos entendidos como una prolongación natural de las exigencias de los individuos. De esta manera, no solamente debe reconocerse el derecho a la vida y a la libertad, sino *el derecho a tener el mínimo indispensable para vivir*, es decir, el derecho a "no morir de hambre", así como el *derecho a un medioambiente no degradado*. Para los primeros se requiere un deber negativo por parte del Estado, para los segundos un deber positivo: una "política económica inspirada en principios de justicia distributiva".[3]

La cuestión social ya no la visualiza Bobbio como un problema hacia el interior de cada Estado, sino como una cuestión de "dimensiones planetarias", por tanto, un problema de justicia distributiva en un ámbito global. Bobbio da todavía un paso más en términos de una justicia diferenciada; vale decir, al proceso de positivización, generalización e internacionalización de los derechos humanos debe añadirse una nueva tendencia hacia la *especificación*: un reconocimiento, por ejemplo, de las diferencias concretas de la mujer respecto al hombre, de las distintas fases de la vida y de la situación especial de muchos seres humanos en razón de su enfermedad o incapacidad.

A la luz de tal reconocimiento de los derechos humanos, Bobbio no duda, con un talante genuinamente kantiano, en apostar por un progreso moral de la humanidad. Pese a las luces y a las sombras —más sombras que luces— de ese progreso, hay en Bobbio una voluntad irrenunciablemente ilustrada que me parece clara en el pasaje que paso a citar:

> […] desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual sobre los derechos humanos, cada vez más amplio y más intenso, tan amplio que ya abarca a todos los pueblos de la tierra, y tan intenso que se encuentra en el orden del día de las reuniones internacionales más autorizadas, puede interpretarse como un "signo premonitorio" *(signum prognosticum)* del progreso moral de la humanidad.[4]

Y tal progreso alcanzará un punto culminante cuando se hayan creado los instrumentos adecuados para la protección internacional de los derechos humanos "no ya dentro del Estado, sino también contra el Estado al que pertenece el individuo"; en otros términos, "solo cuando se reconozca a cada individuo el derecho a recurrir a instancias superiores a las del Esta-

[3] *Ibidem*, p. 132.

[4] *Ibidem*, p. 158.

do, precisamente a organismos internacionales dotados del poder suficiente para hacer respetar sus decisiones".[5] No se trata solo de una justicia internacional o intranacional, sino de lo que hoy día se ha denominado "justicia global" o "cosmopolita": una justicia centrada no solo en las relaciones entre Estados sino *en* los individuos como objeto de protección internacional.

En un ensayo de 1993, "Democracia y sistema internacional" —texto que servirá de prólogo a la segunda edición de *El futuro de la democracia*—, Bobbio responde a una pregunta crucial después de la caída del Muro y de la descomposición de la Unión Soviética: ¿es posible ser democráticos en un universo que no lo es? Bobbio cierra su ensayo respondiendo kantianamente que la paz perpetua es posible solo entre Estados que tengan la misma forma de gobierno, es decir, la forma republicana o democrática, en la que las decisiones colectivas le corresponden al pueblo. Y es precisamente en el ámbito de este tipo de Estados donde es factible que se institucionalicen los derechos humanos. La paz en los derechos y la conciencia progresiva de los mismos en el horizonte de una justicia global o cosmopolita solo es posible en y entre Estados democráticos. A fin de cuentas, es un hecho, piensa Bobbio, que "el número de Estados democráticos ha aumentado y ya se ha iniciado el proceso para la democratización de la sociedad internacional".[6]

También a principios de los noventa, como vimos en el capítulo anterior, John Rawls publicaba *Liberalismo político* y Jürgen Habermas *Entre facticidad y validez*. Como sostiene Cristina Lafont: "Ambos autores articulaban interesantes soluciones al problema de cómo compatibilizar las demandas de justicia y el respeto al pluralismo en las sociedades democráticas modernas: la idea de un consenso por solapamiento, en el caso de Rawls y el ideal de una democracia deliberativa en el caso de Habermas".[7] En concreto, para Rawls, el consenso constitucional debe concebirse en un marco de mayor robustez con respecto a las condiciones materiales que hacen posible el ejercicio de los derechos de libertades:

> Debe haber [decía Rawls] una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de expresión del pensamiento en términos generales, y no solo en cuanto al discurso político. También deben incluirse en la Constitución leyes que aseguren la libertad de asociación y la libertad de desplazamiento; además se necesitan medidas que aseguren la satisfacción

---

[5] *Ibidem*, p. 131.

[6] Bobbio, Norberto, "Democracia y sistema internacional", en Fernández Santillán, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, FCE, 1996, p. 360.

[7] Lafont, Cristina, "Justicia global en una sociedad pluralista", en *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 31, octubre de 2009, p. 108.

> de todas las necesidades básicas de los ciudadanos de manera que puedan participar en la vida política y social. […] por debajo de cierto nivel de bienestar material y social, y de adiestramiento y educación, las personas simplemente no pueden participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos en pie de igualdad.[8]

Otro tanto vale decir de Habermas. De la interpretación del principio de soberanía popular "conforme al que todo poder del Estado procede del pueblo", y en términos de una teoría del discurso, se siguen varios principios: una protección *comprehensiva* de los derechos individuales que venga garantizada por una justicia independiente; los principios de legalidad y de control tanto judicial como parlamentario de la Administración, así como el principio de separación entre Estado y sociedad.[9] El imperio de la ley, para Habermas, está relacionado necesariamente con el diálogo deliberativo democrático y la justicia —o la injusticia que significa principalmente limitación de la libertad y violación de la dignidad humana— que forman parte de las condiciones de validez de la democracia.

A fin de cuentas, la misma Carta de las Naciones Unidas ¿no era acaso un claro ejemplo de la factibilidad del consenso sobrepuesto rawlsiano a nivel internacional? Y de igual manera, ¿qué podría impedir extender el deliberacionismo habermasiano a escala mundial y ofrecer justificaciones sólidas a la ya irreversible expansión democrática? Cierro este primer apartado con el testimonio optimista de uno de nuestros grandes poetas, Octavio Paz, tomado de una de sus obras tardías:

> Aunque se asiste hoy [1993] en muchas partes a la resurrección de los particularismos nacionales y aun tribales, es claro que, por primera vez en la historia de nuestra especie, vivimos los comienzos de una sociedad mundial. La civilización de Occidente se ha extendido al planeta entero. En América arrasó a las culturas nativas, nosotros, los americanos, somos una dimensión excéntrica de Occidente. Somos su prolongación y su réplica. Lo mismo puede decirse de otros pueblos de Oceanía y África. Esto que digo no implica ignorancia o menosprecio de las sociedades nativas y sus creaciones; no enuncio un juicio de valor; doy constancia de un hecho histórico. Predicar la vuelta a las culturas africanas o el regreso a Tenochtitlán o al Inca es una aberración sentimental —respetable pero errónea— o un acto de cínica demagogia.[10]

---

[8] Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, FCE, 2005, p. 165.

[9] Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 237 y ss.

[10] Paz, Octavio, *La llama doble. Amor y erotismo*, México, Seix Barral, 1993, p. 134.

II. Crisis de la globalización y mito del progreso

El entusiasmo de los años noventa no duró mucho. Desde finales de esa década, el proceso de globalización comienza a presentar sus fisuras inherentes. Podríamos calificar tal proceso como de "desmitificación y crisis" de la globalización, y puede estructurarse a partir de la crítica a tres tesis recurrentes sostenidas por sus apologetas:

1. Considerar el proceso de globalización como un fenómeno completamente novedoso y mundializado.
2. Presentar la sociedad mundial, integrada por mercados dinámicos y eficientes, con una identidad global fundada en el libre mercado.
3. Como consecuencia de la anterior, comprender la necesaria y en cierto sentido deseada superación o extinción del Estado-nación.

La primera tesis es falsa. La globalización no es un fenómeno novedoso ni tan mundial. "Imperialismo", "internacionalismo", "transnacionalismo" o "mundialización" son términos que genéricamente se pueden agrupar bajo el de globalización, siempre que no perdamos de vista su genealogía y carguemos al término de una connotación indebidamente positiva, irreversible y omnicomprensiva.

La globalización no es tan mundial —basta echar un vistazo a la multiplicidad y diversidad de grupos étnicos en el mundo que se encuentran en la periferia— ni tampoco es un proceso sin retorno —el propio proceso de globalización ha generado el reforzamiento de las comunidades culturales dentro y fuera de los Estados-nación—. Sin dejar de reconocer el crecimiento de los mercados financieros y los grandes cambios tecnológicos y su influencia en la sociedad, lo cierto es que el escenario no es radicalmente nuevo si lo comparamos, por ejemplo, con el panorama de la mundialización que con gran lucidez presentaron Marx y Engels a mediados del XIX en el *Manifiesto*:

> La gran industria creó el mercado mundial [que] imprimió un gigantesco impulso al comercio […] Por todas partes anida, en todas partes construye, por doquier establece relaciones. La burguesía, al explotar el mercado mundial, da a la producción y el consumo de todos los países un sello cosmopolita. [Por tanto] ya no reina aquel mercado local y nacional que se bastaba a sí mismo y donde no entraba nada de afuera; ahora la red del comercio es mundial y en ella entran, unidas por vínculos de interdependencia, todas las naciones. Y lo

> que acontece con la producción material, acontece también con la del espíritu […] La burguesía […] crea un mundo hecho a su imagen y semejanza.[11]

Ya en el siglo XX, durante el periodo de entreguerras, Paul Valéry anticipaba el fenómeno global con las siguientes frases:

> En nuestros días, toda la tierra habitable ha sido reconocida, levantada, repartida, entre naciones. La era de los terrenos vagos, de los territorios libres, de los lugares que no pertenecen a nadie, por lo tanto la era de la expansión está cerrada. El tiempo del mundo finito comienza […] Una solidaridad completamente nueva, excesiva e instantánea, entre las regiones y los acontecimientos es la consecuencia ya sensible de este gran hecho […] Los hábitos, las ambiciones, los afectos contraídos en el curso de la historia anterior no cesan de existir, pero al ser insensiblemente transportados a un medio de estructura muy diferente, pierden su sentido y se vuelven causas de esfuerzos infructuosos y de errores.[12]

Con respecto a la segunda tesis, el dinamismo de los mercados y su eficiencia, muy lejos de propiciar la competencia y la diversificación han tenido un efecto concentrador del capital. Con abundantes datos empíricos, Walter Eucken[13] llega a las siguientes conclusiones:

1. Tanto los productores como los consumidores procuran siempre que ello sea posible, evitar la competencia y adquirir o afianzar posiciones monopólicas.
2. Esta tendencia a la creación de monopolios anula el esfuerzo individual para lograr un mayor rendimiento, por lo que.
3. La libertad incontrolada del mercado paradójicamente tiende a destruir la libertad individual. Contra autores como Milton Friedman, el diagnóstico de Eucken concluye que el mercado, lejos de tender a la dispersión del poder, tiende más bien a su concentración. Con razón se pregunta Gerardo Pisarello:

---

[11] Marx y Engels, *El manifiesto comunista,* cit. por Pisarello, Gerardo, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización,* México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 242.

[12] Valéry, Paul, Prólogo a *Regards sur le monde actuel,* en Kaplan, Marcos, *Estado y globalización,* México, UNAM, 2002, p. 159.

[13] Eucken, Walter, "Grundsätze der Wirtschaftspolitik", en Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas,* México, Paidós-UNAM, 2000, pp. 63 y ss.

> ¿Cómo se puede hablar de un mercado libre de comunicaciones cuando la información se concentra progresivamente en grandes *holdings* empresariales, erosionando así las prácticas democráticas en casi todas las naciones?, ¿cómo se puede predicar la libertad de consumo, cuando la comercialización de los principales recursos del planeta tiene lugar en condiciones de oligopolio, fundadas en una destructiva racionalidad a corto plazo […]?[14]

Finalmente, por lo que hace a la tercera tesis, no solo el Estado no se ha extinguido, sino que en algún sentido se ha reforzado hasta poner en crisis las mismas constituciones democráticas y el advenimiento de una dinámica política en la lógica schmitteana amigo-enemigo.[15]

Si bien los conceptos de soberanía y ciudadanía se hallan en crisis, como veremos enseguida, lo cierto es que un Estado al servicio de una Constitución fuertemente anclada en el reconocimiento de los derechos fundamentales —especialmente los económicos, sociales y culturales— resulta hoy más que nunca necesario y urgente. La visión del Estado liberal clásico y del Estado corporativista y burocrático, westfalianos, deben ceder no a su extinción, sino a su transformación en un Estado social y democrático, que dé cuenta de un nuevo contrato en el marco de un constitucionalismo global.[16] Y ello ordenado para la satisfacción de las necesidades básicas, para la paz, la tolerancia y el diálogo entre culturas, para un desarrollo sostenible y ciertamente para un nuevo régimen político internacional.[17]

Las tesis apologéticas de la globalización se han mostrado poco acertadas, e insistir en situarse bajo ese paradigma resulta ya un tanto anacrónico, pero sobre todo decididamente perverso en sociedades tan profundamente desiguales y tan terriblemente empobrecidas como las que caracterizan a la mayoría de los Estados de nuestro planeta:

> Lo que hoy se suele ubicar bajo la rúbrica de "globalización" no ha cumplido sus pretensiones y promesas, en cuanto a un desarrollo más o menos integrado-integrador, general e igualitario de las economías, las sociedades, las culturas, las regiones, las naciones y Estados del planeta. No existe ni parece en

---

[14] Pisarello, Gerardo, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", *op. cit.,* p. 243.

[15] Véase Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, trad. de Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editorial, 1991, pp. 56 y ss.

[16] Véase Ferrajoli, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización, cit.* pp. 313-324.

[17] Véase Pisarello, Gerardo, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", *op. cit.,* pp. 253 y ss.

> el momento presente que llegue a existir un destino compartido entre unas y otros, y sí un agravamiento de las desigualdades, desequilibrios y conflictos.[18]

Si intentáramos reconstruir nuestro pasado inmediato a la luz de la actual "crisis de la globalización" y buscáramos un hilo conductor que diera cuenta de la mentalidad moderna y de algunas de sus grandes construcciones, quizás tendríamos que remontarnos hasta la misma idea o "mito" del progreso: "Presumiblemente la idea más influyente en Occidente durante los últimos 3000 años y, con seguridad, la que ha prevalecido desde mediados del siglo XVIII hasta el desenlace de la Primera Guerra Mundial".[19]

El siglo corto, que iniciara con las dos grandes guerras y que parecía anunciar el fin de la era del progreso, renovaría este mito de forma más abrupta y brutal. Ahí donde todo indicaba que la humanidad parecía haber tomado conciencia de los delirios y perversidades de una razón instrumental y estratégica —se habla entonces de una "crisis de la razón ilustrada" o del "fin del proyecto de la modernidad"— el mito reaparece, quizás de una manera más condensada, más simple:

> Hoy el mito del progreso se encuentra asimilado al del neoliberalismo como bálsamo para todos los problemas del mundo actual. Esto, por supuesto, solo puede sostenerse y creerse fomentando la ignorancia, la desinformación, la despolitización y el temor a empeorar, lo cual parece inevitable, a juzgar, por ejemplo, no solo desde la pauperización de América Latina ocasionada por estas políticas económicas durante las dos últimas décadas sino también comprobando el deterioro de las condiciones de vida en lugares como Estados Unidos o Inglaterra durante el mismo lapso.[20]

Tal pareciera que con cada manifestación del mito se operara un desgaste de sus significados originales y, en la misma simpleza, aparecieran sus signos más despiadados: la barbarie de la violencia bélica o del terror. En este sentido, no resultan exageradas las denuncias contemporáneas contra las secuelas del neoliberalismo y del capitalismo salvaje: deformaciones de un proyecto ilustrado original, que en el descubrimiento de los derechos fundamentales y en la propuesta de una paz perpetua para la humanidad, tal como la vislumbrara Kant, distaba mucho de esos epígonos que se presentan como perversiones de la racionalidad. El mito del progreso en esta vertiente ilustrada se fue decantando y desgastando así en sucesivos submi-

---

[18] Kaplan, Marcos, *Estado y globalización, cit.,* p. 15.

[19] Sauret, Alberto, *Permanencia del mito,* México, Coyoacán, 2001, p. 26.

[20] *Ibidem,* p. 47.

tos: el del individualismo atomista, el de la libertad negativa a expensas de la libertad positiva, el del mercado sin acotamientos y el de la democracia procedimental sin soportes sustantivos. Y es que con poco que pensemos en la lógica misma que acompaña a la idea de la democracia y del mercado libradas a su propio dinamismo, presentan una clara tendencia a la autodestrucción. Se convertirían, para usar los términos de Ernesto Garzón Valdés, en "instituciones suicidas".

Con respecto a la democracia, bastaría con tener presente el llamado peligro de la "obesidad mayoritaria". Si es cierto que tanto en política como en economía el actor racional es aquel que aspira a maximizar sus beneficios y reducir sus costos, y si es cierto que una de las formas más eficaces de lograrlo es procurando que los demás hagan lo que uno quiere, no cuesta mucho inferir que quien detenta el poder procurará aumentarlo imponiendo aquellos comportamientos que lo beneficien aun cuando esto suponga lesionar la autonomía de los individuos. Este aumento de poder no tiene que ser contradictorio con las reglas del procedimiento democrático; bastaría pensar en la posibilidad de coaliciones mayoritarias que terminen ejerciendo un poder despótico sobre las minorías, lo que Kelsen llamó "el dominio de las mayorías".

La democracia procedimental se presentaría entonces como una fuente legitimadora de las tiranías individuales o de las tiranías mayoritarias; es decir, de la propia destrucción de la democracia. Por eso resulta muy pobre el discurso de los defensores a ultranza de las democracias electorales, como si el tránsito a una auténtica democracia dependiera de tales procedimientos sin un cuestionamiento a fondo del desarrollo humano de los derechos —no solo civiles y políticos sino también sociales— y de una "subyacente perspectiva universalista del ser humano como un agente", es decir:

> […] alguien que está normalmente dotado de razón práctica y de autonomía suficiente para decidir qué tipo de vida quiere vivir, que tiene capacidad cognoscitiva para detectar razonablemente las opciones que se encuentran a su disposición y que se siente —y es interpretado/a por los demás como— responsable por los cursos de acción que elige.[21]

Dígase otro tanto del mercado. Desde las primeras clases de economía, el estudiante aprende la teoría de la mano invisible y los resultados que produce cuando se dan ciertas condiciones idealizadas: que todo lo que importa

[21] Véase O'Donnell, Guillermo, "Democracia, desarrollo humano y derechos humanos", en O'Donnell, Guillermo; Iazzetta, Osvaldo y Vargas Cullell, Jorge (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003, p. 33.

en la vida proceda del consumo privado de bienes, que la información sea perfecta, los bienes infinitamente divisibles y los agentes económicos perfectamente racionales. Por supuesto, estas condiciones nunca se dan en los mercados reales: ahí las transacciones no son nunca iguales a cero, la información es asimétrica y se generan externalidades negativas con respecto a terceros que no participan en la transacción, por ejemplo, el caso de los *free riders* o gorrones, la contaminación, etcétera.

Lo cierto es que el mercado no debe ser concebido como un enemigo de las normas ni de la justicia: "La regulación de los mercados —ese objetivo tan propio de la tradición socialdemócrata—, como ha dicho el filósofo político español Daniel Inerarity, no es una estrategia para anularlos, sino para hacerlos reales y efectivos, es decir, para ponerlos al servicio del bien público y la lucha contra las desigualdades". Tomo este párrafo de un editorial publicado en el periódico español *El País*, que lleva un título sugestivo: "El mercado, un invento de la izquierda".[22]

Pero el mito del progreso presenta también otra cara. No ya la de los mitos libertarios, sino la de los mitos colectivistas. En palabras de Sauret:

> Durante la misma época en que el progreso es referido a la realización de las libertades individuales, en Alemania surge otra corriente ideológica, que entiende que para acceder a un tipo de libertad "más elevada" será necesario que el individuo adquiera conciencia de sí en tanto parte orgánica del Estado, con lo cual irrumpe en el escenario histórico un tipo de poder cuyo interés no consiste tanto en restringir las acciones humanas como en modelar y dirigir las conciencias. Se han establecido entonces los polos contrapuestos del ideario político, libertario y colectivista.[23]

La relevancia de la historicidad y la distinción entre moralidad y eticidad, tal como las pensara Hegel, comienzan a decantarse, a partir de esta vertiente romántica del mito del progreso, también en una serie de submitos, entre ellos el mito del Estado-nación bajo una noción cerrada y estrecha de las ideas de soberanía y ciudadanía. A la afirmación del individuo bajo un esquema de Estado mínimo, libertad de elección y *laissez faire* en un sistema de mercado, propio de los libertarios, se opone ahora el esquema del Estado-nación, del autoritarismo social y de una sociedad jerárquicamente disciplinada, propio de las mentalidades tradicionalistas.

---

[22] Innerarity, Daniel, "El mercado, un invento de la izquierda", en *El País*, Madrid, 22 de abril de 2011.

[23] Sauret, Alberto, *Permanencia del mito, cit.*, p. 27.

El mito del Estado-nación omnipotente y omnipresente se enfrenta hoy a los retos que emergen de las demandas de los grupos minoritarios hacia el interior del propio Estado. Pero no solo se cuestiona el concepto de soberanía interna, sino también el de soberanía externa. ¿Cómo afrontar la presión internacional con respecto a la validez universal de los derechos fundamentales y su exigibilidad judicial a través de cortes internacionales y al mismo tiempo defender el concepto de ciudadanía dentro de los límites que traza el propio Estado nacional? Como afirma Ferrajoli:

> […] la ciudadanía se ha convertido en el último privilegio personal, el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por *status;* como tal, se opone a la aclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.[24]

Hoy asistimos a la crisis de esos dos conceptos clave de la modernidad: el de ciudadanía y el de soberanía. Resulta inaceptable que con fundamento en la ciudadanía se sigan manteniendo "discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento".[25] Lo cierto es que tal discriminación descansa en el modelo de Estado-nación, que más que en fase de construcción parecería que se halla en fase de desaparición o profunda transformación. Sin embargo, contra los que auguran y añoran la desaparición del Estado se propone más bien el diseño de un Estado compatible con la universalidad de los derechos:

> Lo que hace realmente falta es que el Estado deje de determinar a los sujetos titulares de los derechos con base en la noción de ciudadanía y que se transforme para asumir en esta "era de la globalización" un papel diferente al que ha tenidos desde su nacimiento.[26]

Por lo que hace a la soberanía, hoy día parece servir de excusa "para que se lleven a cabo las más miserables violaciones de la dignidad humana; funciona todavía como parapeto de tiranos y genocidas...".[27] La situación de los refugiados y de los asilados en nuestros días reclama con urgencia una reconceptualización crítica del modelo. Algo —por demás— que Hans Kelsen sugirió al señalar que el concepto de soberanía debía ser "radicalmente

---

[24] Ferrajoli, Luigi, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *op. cit.*, p. 318.

[25] Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio,* México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 24.

[26] *Ibidem,* p. 26.

[27] *Ibidem,* p. 29.

removido" y que, para ello, se requería de una revolución de la conciencia cultural.[28]

El nuevo paradigma de un Estado democrático y constitucional tal como es sugerido, entre otros, por Luigi Ferrajoli, es aún un paradigma embrionario, pero:

> […] puede y debe ser extendido en una triple dirección: 1) ante todo, para garantizar todos los derechos, no solo los derechos de libertad sino también los derechos sociales; 2) en segundo lugar, frente a todos los poderes, no solo los poderes públicos, sino también los poderes privados, no solo del Estado, sino también del mercado; 3) en tercer lugar, a todos los niveles, no solo del derecho estatal, sino también del derecho internacional.[29]

Un programa tan vasto constituye un reto para la época de la "posciudadanía" y la "postsoberanía". El esfuerzo de Ferrajoli en la propuesta de construcción teórica de un "constitucionalismo mundial", y aun de una propuesta de sistema de garantías que hiciera efectiva la Carta de la ONU y los diversos instrumentos internacionales resulta aún muy incipiente.

Bajo el mismo mito del progreso se enmarcan, entonces, los mitos libertarios y los mitos colectivistas. Ambos profundamente conservadores y, en sus extremos, violentamente fundamentalistas y autodestructivos. Dos caras, finalmente, de un mismo proyecto globalizador que ha llegado a su fin. No le falta razón a quien ha calificado el conflicto que se vive en estos días no como el "choque de civilizaciones", sino más bien el "choque de barbaries", que levantaría de sus tumbas a Kant y a Mill, a Hegel y a Marx.

III. Desilusión cosmopolita y brecha de desigualdad

Tuvimos que ser testigos del desplome de las Torres Gemelas en 2001, del colapso del sistema financiero a partir de 2008, de la movilización política en Madrid y del movimiento *Ocuppy* en Wall Street en 2011, y del *Brexit* en 2016 con toda la secuela nacionalista y populista, para caer en la cuenta de la crisis de un sistema global que pretendió erigirse sobre la unilateralidad de una potencia mundial hegemónica y de una democracia y un sistema de

---

[28] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 2013, pp. 323 y ss.

[29] Ferrajoli, Luigi, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002, pp. 16 y 17.

mercado sin límites ni controles institucionales. Todo ello dio al traste con la tan anunciada justicia cosmopolita y la democracia a nivel planetario.

Después de 2001 —y emblemáticamente con el Acta patriótica de Estados Unidos— asistimos a un reposicionamiento de actitudes y decisiones ultraconservadoras. Como un botón de muestra de estas posiciones, considérense algunos testimonios en relación con el tema de la tortura:

> No podemos saber si un preso es un terrorista operacional mientras no nos dé informaciones […] No pienso en tortura mortal. Pienso, por ejemplo, en una aguja esterilizada que se introduce debajo de la uñas. Claro, eso no sería conforme a los convenios de Ginebra. Pero ustedes saben que en todo el planeta hay países que violan los tratados de Ginebra. Lo hacen en secreto, como lo hicieron los franceses en Argelia. (Palabras de Alan M. Dershowitz, jurista de la Universidad de Harvard, pronunciadas el 4 de marzo de 2003, en un programa de CNN).[30]
>
> Revisé la lista de técnicas de interrogación y había dos que pensé que iban demasiado lejos, aun en el caso de que fueran legales. Pedí a la CIA que no las usaran. La otra técnica era el *waterbording* (submarino), un proceso que simula el ahogamiento del interrogado. No me cabe duda que el procedimiento era muy duro, pero los médicos expertos le aseguraron a la CIA que la técnica no provocaba daños permanentes. (Palabras de George W. Bush, de su libro *Decision Points*).[31]

Ronald Dworkin ha puesto en evidencia cómo el miedo y el terror, así como un patriotismo desbordante, son malos consejeros con respecto a los frenos institucionales que requiere una sociedad liberal y democrática para evitar "autoeliminarse"; es decir, para no destruir sus instituciones basadas en principios o convicciones normativas: "De esta manera [dice Dworkin] nuestro país, hoy día, encarcela a un amplio número de personas, secretamente, no por lo que han hecho, ni por una evidencia caso por caso que permita suponer que es peligroso dejarlos en libertad, sino porque caen en una vaga definición de clase […]".

El caso de los tribunales militares establecidos para procesar a los acusados de terrorismo es un claro ejemplo de abuso de poder. Los tribunales son secretos, se rigen por las reglas que establece el sectarismo de la Defensa y pueden condenar a pena de muerte a un inculpado por simple mayoría de los jueces que lo procesan. Y con una amonestación genuina a sus con-

---

[30] Mergier, Anne-Marie, "Ideología de la tortura", en *Proceso*, México, 23 de mayo de 2004, pp. 56-58.

[31] Maciel, Alejandro, "La guerra según Bush", *Proceso*, México, núm. 1777, 20 de noviembre de 2010, p. 40.

ciudadanos, continúa Dworkin: "Este es el tipo de proceso que asociamos con la ilegalidad de las dictaduras totalitarias. Si cualquier norteamericano fuera juzgado por un gobierno extranjero de esa manera, aun por una falta menor, no digamos un crimen capital, denunciaríamos a ese gobierno como un gobierno criminal".[32]

Pienso que la crítica de Dworkin está más que justificada, pero lo cierto, como decía, es que a partir de 2001 asistimos a un paulatino reposicionamiento del particularismo a nivel global: el cosmopolitismo cede al pluralismo global. Ya desde los años ochenta autores como Michael Walzer habían argumentado en favor del Estado-nación westfaliano. Para Walzer, no se debe olvidar que la comunidad global es ante todo: "[…] una comunidad de naciones, no una comunidad de humanidad, y que los derechos que se reconocen en su seno han sido mínimos y fundamentalmente negativos, y diseñados para proteger la integridad de las naciones, así como para regular su comercio y transacciones militares".[33]

La posición de Walzer, como vimos en el capítulo tercero, resulta del todo coherente con su concepción particularista de la justicia histórica y cultural desarrollada en su libro *Las esferas de la justicia*: a bienes sociales distintos corresponden modos de distribución diferentes. No existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales. El pluralismo adquiere carta de ciudadanía también en el entorno mundial, algo que por lo demás no resulta sorprendente. Pero precisamente ahí donde hubiéramos esperado una respuesta positiva y fundamentada sobre la prioridad de la justicia sobre el pluralismo de las concepciones del bien en dos de sus defensores más destacados, la respuesta de Rawls en su *Derecho de gentes* y de Habermas en sucesivos ensayos, desde el seminal "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", de 1998, ha sido francamente decepcionante.

La concepción de Rawls sobre el consenso sobrepuesto en el contexto internacional limita severamente las aspiraciones de justicia. Según Rawls, los derechos constitucionales de las democracias liberales expresan "aspiraciones liberales" que, en cuanto tales, sería ilegítimo imponer en otras so-

---

[32] Dworkin, Ronald, "The Threat to Patriotism", en *The New York Review of Books*, 16 de febrero de 2002. Abu Ghraib y las revelaciones sobre Guantánamo, campos de internamiento de presos sospechosos de terrorismo, son dos casos claros de los límites a los que puede llegar la crueldad institucional minando las condiciones que hacen posible la supervivencia de un Estado democrático constitucional, por ejemplo, el garantismo judicial y el derecho internacional con respecto a la Convención de Ginebra.

[33] Walzer, Michael, "«The Moral Standing of States», A Response to Four Critics", en Pogge, Thomas y Horton, Keith (eds.), *Global Ethics: Seminal Essays, Global Responsabilities,* St. Paul MN, Paragon House, 2008, vol. II, p. 67.

ciedades una vez reconocido el hecho del pluralismo global: los estándares de derechos humanos internacionales deben ser distintos y mucho menos exigentes que los estándares de derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos liberales.

No se trata de defender ahora solamente un minimalismo de la justificación, lo que permitió, como dije, un consenso sobre los derechos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, sino también un minimalismo sustantivo, es decir, un adelgazamiento en los contenidos y en el alcance de los derechos reconocidos en la misma Carta. Rawls excluye, por ejemplo, el derecho a la igualdad plena y no discriminación por razones de sexo, raza o religión (artículos 1 y 2), pero también, y para colmo, rebaja la densidad sustantiva a derechos de primera generación: libertad de expresión y asociación (artículos 19 y 20), así como derechos políticos de participación democrática (artículo 21). Todo ello con el propósito de hacer viable el diálogo entre las sociedades que él llama *decentes liberales,* y las sociedades *decentes jerarquizadas*.[34]

La propuesta de Rawls, deflacionaria de los derechos humanos, se inscribe así en un contexto político, no en un contexto ideal o normativo. Esta conclusión rawlsiana es acompañada y justificada, desde cierto escepticismo hobbesiano a nivel mundial, por otro paladín del liberalismo, Thomas Nagel: "Si Hobbes tiene razón, el ideal de una justicia global sin un gobierno mundial es una quimera. […] el camino de la anarquía a la justicia debe pasar por la injusticia".[35]

Por lo que hace a Habermas, las cuestiones económicas deben desconectarse de las obligaciones de justicia de la comunidad internacional e interpretarse como aspiraciones políticas que, en cuanto tales, reflejan diferentes orientaciones valorativas y, por tanto, su realización debe depender de los compromisos negociados entre los valores e intereses encontrados de los diferentes poderes transnacionales.[36]

De ahí su propuesta de un "sistema multinivel" con diferentes unidades políticas en el plano *supranacional, transnacional y nacional*.[37] Dado que las

---

[34] Rawls, John, *El derecho de gentes,* trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, segunda parte.

[35] Nagel, Thomas, "The Problem of Global Justice", *Philosophy and Public Affairs,* vol. 33, núm. 2, Blackwell Publishing, 2005, pp. 115 y 147. Remito a la lectura de *Leviatán* de Hobbes, trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, pp. 137 y ss.

[36] Lafont, Cristina, "Justicia global en una sociedad pluralista", *op. cit.*, p. 111.

[37] Habermas, Jürgen, "¿Una constitución política para una sociedad mundial pluralista?", trad. de Francisco Javier Gil Martín, en *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 325 y ss.

cuestiones de distribución equitativa no corresponden a la organización mundial en el nivel supranacional, sino transnacional, que supone objetivos políticos relacionados con la economía y que es objeto de "compromisos negociados", entonces la función de protección de los derechos humanos a nivel supranacional debe limitarse al mínimo necesario; vale decir, única y exclusivamente al deber negativo de prevenir violaciones masivas de derechos humanos debidas a conflictos armados, tales como la limpieza étnica o el genocidio. En el nivel de la política interior global no hay estrictamente hablando obligaciones de justicia, sino "metas políticas a las que aspirar". Así, por ejemplo, la erradicación de la pobreza extrema podría ser una de esas metas, como podría no serlo.

Tanto en Rawls como en Habermas, sea por las condiciones que harían viable un diálogo intercultural, o bien por la mayor eficacia de las decisiones redistributivas a partir de compromisos negociados, lo cierto es que son las razones políticas y no las morales las que deben prevalecer en el discurso de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. En ambos, además, no solo se considera a los derechos sociales como metas políticas aspiracionales, imposibles de generar obligaciones correlativas, sino que aun los mismos derechos civiles y políticos deben minimizarse sustantivamente al punto de dejar en una clara indefensión a individuos y minorías, frente a la dominación de los grupos comunitarios poderosos o simplemente mayoritarios.

La crítica a la universalidad de los derechos humanos y al cosmopolitismo en cuanto justificación ideológica de la mundialización hegemónica del neoliberalismo ha sido, en buena medida, el *leitmotiv* del pensamiento de Boaventura de Sousa Santos.[38] Al cosmopolitismo neoliberal se opone, de manera antagónica y en conflicto, otro tipo de "cosmopolitismo", ahora subordinado y contrahegemónico. En este último, la voz de los excluidos, humillados, sufridos, débiles —el "otro" invisibilizado por el fascismo social neoliberal, e interpelante— hace su aparición histórica, reinterpretando el derecho con un sentido emancipador. Las diversas formas de fascismo neoliberal —*apartheid* social, paraestatal, de inseguridad y financiero— son cuestionadas desde la articulación de un pluralismo que demanda una mirada transversal y crítica del derecho.

En su momento, para Boaventura, la propuesta del movimiento zapatista en México en su lucha contra la exclusión social representó un "nuevo

[38] Véase Sousa Santos, Boaventura de, "El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo", en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Granada, IVR, 2005.

horizonte civilizador": su lucha es la de los excluidos, no la de los explotados; sus reivindicaciones no son rupturistas o revolucionarias, sino reformadoras; la violencia no es una alternativa y su propuesta democrática no es representativa, sino participativa; los derechos humanos, finalmente, deben ser entendidos de forma integral y no por generaciones, y desde el horizonte de un "nuevo mundo".

Sin duda, la propuesta crítica y emancipadora del derecho desde la mirada de los "excluidos" y desde los países que sufren rezagos injustificables en términos de pobreza y desigualdad ha estado relativamente ausente de los planteamientos liberales. Llamar la atención sobre esta omisión era un pendiente injustificable. Sin embargo, la crítica de Boaventura se enfila hacia un liberalismo reduccionista en un sentido libertario, y de nueva cuenta se omite la crítica a otros liberalismos de corte igualitario.

Pero aun en los defensores del cosmopolitismo contemporáneo, como Thomas Pogge, si bien reconociendo sus indudables aportaciones en el desarrollo del concepto de justicia global,[39] su propuesta resulta en algunos puntos cuestionable. Este autor construye su concepción de la justicia global a partir de la tesis de la responsabilidad causal. En palabras de Marisa Iglesias:

> […] en la medida en que la interacción colectiva tiene efectos globales y acaba dañando a seres humanos, aquellos que intervienen y se benefician de esta interacción lesiva adquieren la responsabilidad, por una parte, de compensar los daños y, por otra parte, de realizar las acciones necesarias para que no vuelvan a producirse en el futuro.[40]

La justicia social tiene su núcleo en el postulado de no dañar a otros indebidamente y también en la idea de que la pobreza extrema es, ante todo, el producto de las políticas económicas que provienen de las sociedades acomodadas y del funcionamiento del orden institucional global que estas han originado. La propuesta de Pogge es cuestionable por insuficiente. Y lo es porque, sin negar la responsabilidad causal de muchos agentes individuales, es un hecho que ante la complejidad de las cadenas causales y la dificultad para determinar en muchos casos a los agentes directamente involucrados

---

[39] Véase Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de Ernst Weikert García, Barcelona, Paidós, 2005, cap. 4, y *Hacer justicia a la humanidad*, trad. de David Álvarez García, México, FCE, 2009, pp. 51 y ss.

[40] Iglesias, Marisa, "Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (eds.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 231.

se puede tender fácilmente a diluir la responsabilidad y a excusarnos con el resultado, por ejemplo, de dejar a las víctimas de la pobreza a su propia suerte.[41] El tema que queda abierto, como se puede apreciar, es el de la exigibilidad a cada uno de los individuos del planeta de deberes positivos generales, además de los deberes especiales propios de los Estados.

Por otra parte, la propuesta de Pogge, a fuerza de insistir en la responsabilidad de los agentes externos, minimiza los efectos causales de las propias políticas internas de los mismos países subdesarrollados, por ejemplo, en términos de corrupción y violencia locales —tal como han señalado insistentemente autores como Amartya Sen—, provocando como resultado la peligrosa tendencia a buscar la fuente de los daños globales lejos de nosotros. Así, es verdad que no se puede negar la responsabilidad histórica de países como Francia y Estados Unidos, por ejemplo, en la dramática situación de Haití, pero sería una grave miopía minimizar la responsabilidad local de dictaduras sanguinarias como las de los Duvalier y la propia corrupción generalizada de los gobiernos sucesivos.

Tal desencanto con respecto al cosmopolitismo, la justicia global y la transversalidad de los derechos humanos hace crisis cuando se toma conciencia, con datos duros, de la enorme brecha de desigualdad, especialmente en sociedades desarrolladas. No se trata únicamente del problema de la pobreza, sino del tema de la desigualdad con sus propias patologías.

Desde la posguerra hasta finales de los años setenta del siglo pasado, escribía el politólogo Ralf Dahrendorf en 1979, el consenso socialdemócrata significó: "el mayor progreso que la historia ha visto hasta el momento. Nunca habían tenido tantas personas tantas oportunidades vitales". No deja de ser significativo el título del ensayo del que se toma esta cita, "The End of the Social Democratic Consensus".[42] En efecto, las tres décadas siguientes (1980-2010) han "arrojado por la borda", en los términos de Tony Judt, los logros de un siglo (1880-1980) que —al menos para las sociedades avanzadas de Occidente— han significado una reducción significativa de la desigualdad: "Gracias a la tributación progresiva, los subsidios del gobierno para los necesitados, la provisión de servicios sociales y garantías contra las situaciones de crisis, las democracias modernas se estaban desprendiendo de sus extremos de riqueza y pobreza".[43] Judt ilustra la humillante desigualdad de los últimos decenios con el siguiente "botón" de muestra:

---

[41] *Ibidem,* pp. 133 y ss.

[42] Dahrendorf, Ralf, "The End of the Social Democratic Consensus", en *Life Chances*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, pp. 108-109.

[43] Judt, Tony, *Algo va mal,* trad. de Belén Urrutia, Madrid, Taurus, 2010, p. 26.

> En 1968 el director ejecutivo de General Motors se llevaba a casa, en sueldo y beneficios, unas sesenta y seis veces más la cantidad pagada a un trabajador típico de GM. Hoy, el director ejecutivo de Wal-Mart gana un sueldo novecientas veces superior al de su empleado medio. De hecho, ese año se calculó que la fortuna de la familia fundadora de Wal-Mart era aproximadamente la misma (90 000 millones de dólares) que la del 40 por ciento de la población estadounidense con menos ingresos: 120 millones de personas.[44]

De acuerdo con el Reporte de Riqueza Global (2017), que desde hace varios años viene elaborando el banco Crédito Suizo, 0.7% de la población del mundo acumula 45.9% de la riqueza de los hogares, mientras que 70.1% de la población mundial controla solo 2.7% de la riqueza, y la brecha de desigualdad en la riqueza y en el goce de los derechos va en aumento.

Si nos atenemos a las conclusiones de Piketty,[45] la acumulación y concentración de la riqueza en el 1% de la población mundial está muy lejos de deberse al mérito, al riesgo o a la ambición de los individuos emprendedores. Se trata más bien de la expansión de un capitalismo patrimonialista que se está reproduciendo más aceleradamente que el crecimiento económico. Los puestos de mando de la economía no están bajo el control de individuos talentosos, sino de dinastías familiares, y los injustificados salarios y privilegios de ejecutivos y funcionarios públicos, en los tres órdenes de gobierno, no responden siquiera a estrictas leyes de mercado que garanticen la capacidad y eficiencia en el desempeño, sino a razones sociales y políticas.

La situación en Latinoamérica invita a un análisis atento y cuidadoso. De acuerdo con el coeficiente de Gini del ingreso de la región —el indicador más usado para medir la desigualdad—, este es 65% más elevado que el de los países de ingreso alto, 36% más alto que el de los países del este asiático y 18% más alto que el promedio de África subsahariana. El recurso a la violencia institucional en muchos de nuestros países mantiene postradas a nuestras sociedades en una interminable y desesperante humillación que lamentablemente ha erosionado también los ámbitos de la intimidad y privacidad personal, familiar y comunitaria, y que hace dudar de las posibilidades de una convivencia civilizada.

Todo indica, como bien decía el juez argentino Eugenio Zaffaroni, que lejos de que los países latinoamericanos transiten de un Estado legal de derecho a uno constitucional, involucionamos de nueva cuenta hacia un

---

[44] *Ibidem,* p. 27.

[45] Piketty, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

Estado "decretal" de derecho.[46] Lejos de consolidar una cultura de la legalidad robusta en el marco de un Estado democrático y social de derecho, nos encaminamos hacia una cultura de la (i)legalidad, en donde lo que priva es lo que Guillermo O'Donnell, como ya vimos, ha llamado una "ciudadanía de baja intensidad".

El sociólogo chileno Jorge Larraín ha expresado esta situación con una frase intimista y contundente: vivimos en el "síndrome de desesperanza aprendida".[47] No solo se trata de desplazados, sino de un número creciente de individuos que han perdido la ilusión de un futuro y les resulta insostenible la persistencia en un clima de incontrolable inseguridad. Todo ello abona en favor de una creciente desconfianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, sociales y económicas, que merma la cohesión social y destruye los cimientos del llamado "capital social".

Un buen sector de nuestras poblaciones vive en una dinámica que el iusfilósofo brasileño Oscar Vilhena ha caracterizado con los términos de "invisibilidad de los extremadamente pobres", "demonización de los que cuestionan el sistema" e "inmunidad de los privilegiados", o de los detentadores fácticos del poder.[48] Trilogía que se corresponde con otra no menos dramática: la corrupción, ineficiencia e impunidad de nuestros gobernantes. En este contexto y con respecto a la pobreza (extrema), está en lo cierto Marcelo Alegre cuando insiste en que el problema debe ser abordado desde el punto de vista de su erradicación y no bajo un desarrollismo progresivo, y que el derecho a verse libre de la pobreza debe elevarse a rango constitucional, asumiendo un punto de vista igualitarista, ni libertario ni utilitarista.[49]

En México, los resultados de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH), publicados por el INEGI en 2014, arrojaron cifras muy preocupantes. El ingreso promedio de los hogares cayó 3.5% entre 2012 y 2014, lo que equivale a un ingreso promedio por familia de 13 240 pesos por mes, inferior a los niveles de la clase media baja. El INEGI dividió los 29 millones de hogares en deciles y mientras el 10% más pobre percibe

---

[46] Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Dimensión política de un poder judicial democrático", en Carbonell, Miguel; Fix-Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos,* México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 120.

[47] Larraín, Jorge, *Identidad chilena*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2001, cit. por Garzón Valdés, Ernesto *et al.*, "Las élites latinoamericanas", en *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Guarteme, 2009, p. 90.

[48] Véase Vilhena, Oscar, "La desigualdad y la subversión del Estado de derecho", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 4, núm. 6, 2007, pp. 29 y ss.

[49] Alegre, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, México, Fontamara, 2010, especialmente, pp. 115-143.

como ingreso familiar un promedio de 2 572 pesos mensuales, el 10% más rico alcanza en promedio 46 928 pesos. Como afirma José Woldenberg, se trata de "una desigualdad oceánica […] la diferencia sigue siendo de más de 18 veces y por supuesto construye vidas, visiones y aspiraciones, prácticas y retóricas, igualmente divergentes".[50] Por supuesto, en el decil más rico habría que hacer una diferenciación escalonada. El Global Wealth Report 2014 indica que el 10% más rico de México concentra 64.4% de toda la riqueza del país. Esto no significa que haya aumentado el número de millonarios:

> El número de multimillonarios en México [según Gerardo Esquivel] no ha crecido mucho en los últimos años. Al día de hoy son solo 16. Lo que sí ha aumentado y de qué forma es la importancia y la magnitud de sus riquezas. En 1996 equivalían a 25 600 millones de dólares; hoy esa cifra es de 142 900 millones de dólares. Esta es una realidad: en 2002, la riqueza de 4 mexicanos representaba el 2% del PIB; entre 2003 y 2014 ese porcentaje subió al 9%. Se trata de un tercio del ingreso acumulado por casi 20 millones de mexicanos.[51]

Como decía, la propia brecha de desigualdad genera en sí misma sus propias patologías. Señalo cuatro de ellas:

1. Interrupción de la movilidad intergeneracional con pocas expectativas de mejoramiento para los niños y jóvenes en condiciones de pobreza:

> La desventaja económica para la gran mayoría se traduce en mala salud, oportunidades educacionales perdidas y —cada vez más— los síntomas habituales de la depresión: alcoholismo, obesidad, juego y delitos menores. Los desempleados o subempleados pierden las habilidades que hubieran adquirido y se vuelven superfluos crónicamente para la economía. Las consecuencias con frecuencia son la angustia y el estrés, por no mencionar las enfermedades y la muerte prematura.[52]

---

[50] Woldenberg, José, "La encuesta y el reto", *Reforma*, 23 de julio de 2015, México. Para 2022, la ENIGH del INEGI reportó para el primer decil 13,411 pesos, y para el décimo decil 200,696 pesos, ambas cifras trimestrales. Si bien la proporción ha disminuido quince veces, sigue siendo abismal.

[51] Esquivel, Gerardo, *Desigualdad extrema en México. Concentración del poder económico y político*, México, Iguales-Oxfam, junio, 2015, pp. 7-8. De acuerdo con el estudio realizado por El Colegio de México, *Desigualdades en México/2018,* entre 2000 y 2015, en México, el índice Gini no ha sufrido variación alguna.

[52] Judt, Tony, *Algo va mal, cit.,* pp. 28-29. Solo a manera de ejemplo, para el caso de México, con cifras de 2013, 48 de cada 100 personas que provienen del quintil más bajo

2. Incremento de la desconfianza recíproca y la falta de cooperación. La uniformidad social sustituye a la homogeneidad y favorece núcleos comunitarios endógenos, refractarios a la convivencia plural y proclive a la generación de sociedades excluyentes con poca o nula cohesión y solidaridad:

> Cuanto más igualitaria es una sociedad, más confianza reina en ella. Y no solo es una cuestión de renta: donde las personas tienen vidas y perspectivas parecidas es probable que también compartan lo que se podría denominar una "visión moral". Esto facilita mucho la aplicación de medidas radicales en la política pública. En las sociedades complejas o divididas lo más probable es que una minoría —o incluso una mayoría— sea obligada a ceder, con frecuencia en contra de su voluntad. Esto hace que la elaboración de la política colectiva sea conflictiva y favorece un enfoque minimalista de las reformas sociales: mejor no hacer nada que dividir a la gente sobre una cuestión controvertida.[53]

3. Ruptura de las redes de seguridad con la consiguiente corrosividad social. La provisión de servicios sociales construida a base de mucho esfuerzo colectivo ha sufrido rupturas dramáticas en los últimos decenios. En las democracias occidentales avanzadas la enorme crisis laboral se ha visto amortiguada, en buena medida, por subsidios al desempleo y atención pública sanitaria, pero los países carentes de esas redes, expuestos a un mercado salvaje, sin contenciones, han sucumbido a un deterioro social sin precedentes en donde el rencor y el resentimiento generan un entorno propicio para la violencia:

> La desigualdad es corrosiva. Corrompe a las sociedades desde dentro. El impacto de las diferencias materiales tarda un tiempo en hacerse visible, pero, con el tiempo, aumenta la competencia por el estatus y los bienes, las personas tienen un creciente sentido de superioridad (o de inferioridad) basado en

---

de la población se mantienen ahí y 22 pasan al segundo quintil, es decir, 70% permanece o no modifica, o modifica muy poco su situación con respecto a la generación anterior. En el extremo superior, 52 de cada 100 mexicanos que proviene de hogares del quintil más alto de la distribución permanecen ahí, y 26 descienden al quintil inferior, por lo que 78% se mantiene en el extremo superior. La movilidad intergeneracional de riqueza muestra también una permanencia en los extremos, ya que 81% de las personas cuyos padres tienen mayor riqueza (quintil 5) permanecen en el extremo superior. Véase Centro de Estudios Espinosa Yglesias, *Informe de Movilidad Social en México*, 2013. Las cifras para 2016, de acuerdo con el *Módulo de Movilidad Social Intergeneracional*, elaborado por el INEGI, no han tenido alguna variación significativa.

[53] *Ibidem*, p. 73.

> sus posesiones, se consolidan los prejuicios hacia los que están más abajo en la escala social, la delincuencia aumenta y las patologías debidas a las desventajas sociales se hacen cada vez más marcadas. El legado de la creación de riqueza no regulada es en efecto amargo.[54]

4. Corrupción de los sentimientos en términos de una adulación acrítica y frívola de la riqueza. No solo se trata del olvido de las nuevas generaciones del esfuerzo de sus padres y abuelos, sino de una suerte de cultura del confort, del mínimo esfuerzo y de una injerencia mediática e informativa, necesariamente seductora, pero terriblemente complaciente:

> Una cosa es convivir con la desigualdad y sus patologías; otra muy distinta es regodearse en ellas. En todas partes hay una asombrosa tendencia a admirar las grandes riquezas y a concederles estatus de celebridad ("estilos de vida de los ricos y famosos"). […] Para Smith la adulación acrítica de la riqueza por sí misma no solo era desagradable. También era un rasgo potencialmente destructivo de una economía comercial moderna, que con el tiempo podría debilitar las mismas cualidades que el capitalismo, en su opinión, necesitaba alimentar y fomentar: "Esta disposición a admirar, y casi a idolatrar, a los ricos y poderosos, y a despreciar o, como mínimo, ignorar a las personas pobres y de condición humilde […] [es] la principal y más extendida causa de corrupción de nuestros sentimientos morales".[55]

IV. Irrupción del populismo

Ante tales patologías ¿resulta suficiente apelar a la justicia en términos de igualdad de oportunidades con la mirada puesta en los menos aventajados? En términos de Rawls, ¿resulta suficiente la formulación de su tan conocido "principio de diferencia"? Esto nos lleva a un replanteamisnto de la idea de igualdad dentro de las propias filas de los liberales igualitarios. Es verdad que igualitaristas como Dworkin y Sen, por ejemplo, han puesto en evidencia las limitaciones de la teoría de Rawls desde el punto de vista de la justicia distributiva; y es verdad, también, que los críticos de la "brecha de desigualdad", Piketty, Krugman, Stiglitz, Deaton, han abonado en la misma dirección desde un estricto y riguroso análisis económico, pero lo cierto es que poco se ha dicho sobre los efectos de la "brecha" en la constitución de una sociedad democrática.

---

[54] *Ibidem*, p. 34.

[55] *Ibidem*, pp. 35-36.

El escenario se vuelve aún más enrarecido cuando desde las mismas filas liberales no sólo nos ponen en alerta del declive, del "fin", del "ocaso" y de "cómo mueren" las democracias,[56] sino incluso de las omisiones, limitaciones o la propia soberbia de la narrativa liberal que, como suele suceder, en sus extremos, no se diferencia de aquellas a las que pretende criticar: "rechazo de las identidades sociales y culturales", "confianza excesiva en la razón científica, arquitectónica y estructural", "competencia y mérito como motores del orden social", "la ilusión del éxito", "abandono del sentido crítico y reflexivo", "insensibilidad y falta de empatía y compasión hacia los menos favorecidos", "encogimiento del discurso político delegado en una tecnocracia economicista". Premisas que hacen dudar si en verdad un buen sector del liberalismo está comprendiendo los desafíos contemporáneos, o más bien se encierra también en un discurso "dogmático, nostálgico y regañón".[57] Como advierte John Gray:

> Uno de los rasgos principales de la política contemporánea es que los liberales niegan su responsabilidad en el ascenso de los movimientos liberales a base de alinearse de manera acrítica con la globalización. Los liberales han creado las condiciones para el iliberalismo. El centro liberal ha cometido una especie de suicidio al identificarse con un régimen de globalización que mucha gente en muchos países ya no acepta. Mientras esto suceda, la política tenderá a los extremos y en la mayoría de los países el vencedor será la extrema derecha más que la extrema izquierda.[58]

Por supuesto hay mucho de cierto en estas críticas y habrá que ir desmontando y contestando una por una con mucha firmeza y análisis puntual, pero debemos cuidarnos también de no abrir las puertas a un escepticismo paralizante y dejar de hacer el esfuerzo, por mínimo que éste sea para cualquier ciudadano, por mantener viva la denuncia y la "resistencia crítica" a través de los canales institucionales y de los espacios ganados por la propia sociedad civil.

---

[56] Véase Levitsky, Steven y Ziblat, Daniel, *Cómo mueren las democracias,* trad. de Gemma Deza Guil, Barcelona, Ariel, 2018; Mounk, Yascha, *El pueblo contra la democracia*, trad. de Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2018; Applebaum, Anne, *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, trad. de Francisco J. Ramos Mena, Barcelona, Debate, 2021.

[57] Silva-Herzog Márquez, Jesús, "Entre la tecnocracia y el populismo", *Nexos*, México, agosto de 2018. Véase también, Lilla, Mark, *El regreso liberal. Más allá de la política de la identidad*, trad. de Daniel Gascón, Barcelona, Debate, 2018.

[58] "Los demagogos tienen seguidores porque los liberales no tienen nada que ofrecer", entrevista de Daniel Gascón a John Gray, en *Letras Libres*, núm. 237, México, septiembre 2018, pp. 14-17.

Lo que sí debemos prevenirnos es que tal activismo ciudadano y "resistencia crítica" no se confunda con lo que en los últimos años ha irrumpido bajo el calificativo de "populismo" y los tipos de gobiernos respectivos. En términos generales, se puede hablar de una izquierda y derecha populistas, que comparten algunas notas comunes: "jefe carismático, clientelismo partidista, demagogia popular patriótica, charlatanería mesiánica, desinterés en las reglas [y en las instituciones], concentración personal de los poderes del Estado, corrupción cortesana y atención a los más pobres como benevolencia del líder y reparto clientelar".[59] Esta última nota, por ejemplo, serviría para distinguir al populismo de izquierda del populismo de derecha.

De acuerdo con Jan-Werner Müller, el populismo podría definirse a partir de tres propiedades necesarias y, en su conjunto, suficientes:

1) un discurso "antisistema" (*antiestablishment*) con expresionistas denostativas como "mafia en el poder", "casta", "elitismo depredador", "conservadores", "neoliberales";
2) y "antipluralista", que se manifiesta en enunciados como el que ha hecho popular el presidente Viktor Orbán en Hungría, "Nosotros somos el pueblo. ¿Quiénes son ustedes?". Reminiscencias claras de Robespiere, Carl Schmitt y hasta de un fascista como Giovanni Gentile. No se trata de una cuestión de mayorías sino de la identificación del "pueblo bueno" contra el "pueblo malo"; por lo tanto, se asume una
3) "imaginación moralista de la política", vale decir, las élites son corruptas e inmorales y enemigas del pueblo bueno auténtico. El círculo más cercano al gobernante serían el núcleo representativo de tal pueblo bueno.[60]

El populismo vendría a ser una "forma degradada de la democracia" que ya los antiguos la denotaban con el término de "demagogia". Cuando el líder populista llega al poder hace efectivo un mecanismo de cooptación y amenazas por el cual pretende apropiarse del aparato del Estado, y para ello recurre al clientelismo de masas y a las medidas encaminadas para suprimir los contrapesos que dividan o debilitan el poder.[61]

Para Nadia Urbinati intentar comprender al populismo como una "democracia iliberal" no tiene sentido. Una democracia que viola los derechos

---

[59] Véase Pipitone, Hugo, *La esperanza y el delirio. Una historia de la izquierda en América Latina*, México, Taurus-CIDE, 2015, p. 294.

[60] Müller, Jan-Werner, *¿Qué es el populismo?*, trad. de Clara Stern Rodríguez, México, Grano de Sal, 2017, pp. 11 y ss., y cap. 1.

[61] *Ibidem*, cap. 2.

liberales deja de ser democracia. En el mismo espíritu de Norberto Bobbio, para Urbinati, no hay tal cosa como una democracia sin calificativos: la democracia o es liberal o no es democracia. Por supuesto, puede haber desacuerdos razonables en la interpretación de los derechos —en ocasiones más restricitva o más amplia— pero que así sea no significa una carencia o ausencia de democracia. Lo que sí es claro, continúa la autora, es que el populismo ha trastocado los dos pilares de la democracia moderna:

1. El *principio de mayoría* puesto que la soberanía encarna en el líder —con tintes de carismáticos y mesiánicos— y no en los representantes populares, y
2. El *principio de representatividad*, estirando hasta el límite la democracia, con un manejo instrumental de la mayoría en el Congreso o en el Parlamento, pero sin llegar a devenir en un régimen tiránico o dictatorial.

Ya en el poder, como decía Müller, el populismo se apodera poco a poco de la misma democracia y de sus instituciones. Comienza el proceso de su modificación, pero, agrega Urbinati, cuidando siempre de conservar su existencia. Es en este sentido que se puede decir que el populismo es "parasitario" de la democracia. Se mueve en esa frontera fina, formalmente democrática, con un control autoritario, pero previendo de no devenir en dictadura. Todo ello con un despliegue activo de todos los mecanismos de democracia directa al alcance —referéndum, plebiscito, revocación de mandato, consulta popular— ajenos a un proceso deliberativo, refractarios al control parlamentario de los representantes y de los propios partidos, y pudiendo responder puntualmente a los mandatos del líder.[62]

Desde el punto de vista político y regional, frente a las patologías de la desigualdad ya mencionadas y, en muchos casos, certeramente diagnosticadas, las victorias de régimenes populistas, desde el chavismo bolivariano hasta nuestros días, han significado, para el caso de Brasil, como afirma Bernard-Henri Lévy,[63] una derrota de la izquierda, pero, sobre todo, una derrota mucho más importante de la derecha democrática y moderada. Bolsonaro la ha devorado. Lo mismo podría decirse del lopezobradorismo en México, pero invirtiendo los términos. Ha sido una derrota de la derecha, pero una derrota más importante aún para la izquierda. La izquierda

[62] Urbinati, Nadia, *Me the People. How Populism Transforms Democracy*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2019.

[63] Lévy, Bernard-Henri, "La victoria de Bolsonaro es más una derrota de la derecha que de la izquierda", *El País,* Internacional, 27 de noviembre de 2018.

democrática, plural, progresista, igualitaria y cosmopolita —pensemos, en su momento, en binomios a los que no se les pudieron ni debieron escatimar sus logros, como los de Lula da Silva-Roussef en Brasil, Lagos-Bachelet en Chile o Vázquez-Mujica en Uruguay— que tantos esfuerzos y luchas costaron a generaciones de personas, y que podría haberse encaminado a su posible consolidación, han cedido, en el caso de México, ante una suerte de utopía regresiva[64] —a los sesenta y setenta— caracterizada por un régimen centralista-estatista, sin contrapesos institucionales, nacionalista y asistencialista-clientelar, que se pretende vestir de izquierda. Sea de uno o del otro lado del mapa político cabe preguntarse: ¿cuál ha sido la gran "trampa del populismo"? Y la respuesta parece clara: hacer que sus detractores asumieran su propio discurso, es decir, "cristalizar en sus antagonistas su propia lógica maniquea, su mismo impulso persecutorio, su brutal simplificación política, su siniestra lógica de guerra".[65]

V. *Finale con brio*. ¿Es posible una justicia global? Cinco exigencias impostergables

Es en este contexto de una sociedad mundial pluralista, fuertemente anclada en un relativismo cultural, con una brecha creciente de desigualdad, poco proclive a confiar en un Estado de derecho donde cabe preguntarse si aún tiene sentido la defensa de una justicia global o cosmopolita. En otros términos, si la vieja idea kantiana de una paz perpetua[66] puede seguir siendo un ideal o debe descartarse como ingenuamente utópica. Intentaré responder a este desafío del pluralismo global al proyecto cosmopolita de la justicia y de los derechos humanos desde un discurso enmarcado en la modernidad o, si se prefiere, desde un enfoque neoilustrado si bien, como no podría ser de otra forma, irremediablemente instalado en el desencanto de las promesas no cumplidas.

La idea que subyace a mi interés de defender la posibilidad de una justicia global es que sólo a partir de ella será posible incidir en los Estados y en las comunidades internacionales con una visión progresista y eficazmente liberadora, no sólo de las condiciones de pobreza, sino sobre todo de aislamiento, exclusión y humillación en términos de desigualdad a las que se

64 Camín, Héctor Aguilar, "A las puertas de AMLO", *Nexos*, México, 1 de junio de 2018.

65 Silva-Herzog Márquez, Jesús, "La trampa del populismo", *Reforma*, México, 1 de noviembre de 2021.

66 Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, trad. de F. Rivera Pastor, México, Porrúa, 2010, pp. 252 y ss.

encuentra sometida buena parte de la población mundial. No únicamente el Estado-nación se ha mostrado impotente ante estas calamidades, que rebasan con mucho sus fronteras nacionales, sino que incluso hemos sido testigos también de que cualquier defensa del pluralismo a ultranza ha devenido en políticas conservadoras, endogámicas y populistas, en muchos casos sujetas a la arbitrariedad de los caudillos regionales en turno. Por ello, un enfoque integral que permita dar cuenta de la justicia global o cosmopolita debe comprender las siguientes cinco exigencias:

1. *No puede claudicarse de la idea de un constitucionalismo democrático y social como forma de organización estatal, a buena hora reforzado con la incorporación de la normatividad internacional sobre los derechos humanos en pie de igualdad con las Constituciones estatales*

El derecho no debe concebirse solamente como un instrumento para lograr objetivos o directrices sociales, políticas o económicas, sino que al incorporar valores morales críticamente fundados —los derechos humanos— adquiere una dimensión radicalmente crítica y sustantiva. Es en este sentido que puede decirse, con razón, que toda Constitución que se integre a partir de un *Bill of Rights* es, por vocación, contramayoritaria y refractaria a negociar los derechos bajo criterios utilitaristas de bienestar general. A este respecto cito un texto ilustrativo de Ferrajoli:

> Una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.[67]

Si una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo a través de sus representantes y los derechos se deben garantizar incluso frente a la voluntad popular, es porque tales derechos encarnan

[67] Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Carbonell, Miguel; Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo, *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina,* México, Siglo XXI Editores, p. 203.

principios morales cuyo imperativo de justicia tiene una dimensión sustantiva que trasciende los acuerdos mayoritarios y a la propia soberanía de los Estados. El texto citado de Ferrajoli le sirve precisamente para justificar un cuarto modelo, diferente al derecho jurisprudencial, al legislativo y al constitucional de derecho: "el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional".

Para quienes aceptan este primer enunciado, y tal es el caso de México con la reforma constitucional de junio de 2011, y su reinterpretación de la "regla de reconocimiento" en términos de jerarquía de fuentes, la concepción de justicia que subyace a la misma es la de una justicia global a partir de una concepción robusta de los derechos humanos. Reformas como las implementadas en México y que vienen operándose en América Latina desde finales de los años ochenta se alejan de la concepción westfaliana, particularista e instrumental de los derechos humanos enmarcada en una visión hermética de la soberanía nacional. Una vez más, en el artículo 1o. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se establece el llamado "bloque de constitucionalidad" y se hacen explícitos los principios de "interpretación conforme" y *pro personae*. Asimismo, todas las autoridades deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, individualidad y progresividad.

Sin duda se trata de una reforma de gran calado. Sin embargo, entre los juristas no ha sido ni es nada fácil desprenderse del modelo del positivismo formalista decimonónico y comprender que en esta reforma los derechos sociales son tan judicializables como los derechos civiles y políticos. No nos debe extrañar que pese al enfoque progresista y, como decía, cosmopolita de la reforma, en su artículo 29 no se haga referencia a ningún derecho social.

Tal artículo incorpora un listado de derechos que por ningún motivo podrán restringirse ni suspenderse en su ejercicio. Una suerte de cláusulas pétreas. Dice así:

> […] No podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Como puede apreciarse, en el artículo se habla de los derechos personalísimos, de los civiles y políticos, de las garantías legales y judiciales, pero, ¿por qué razón no aparecen en el listado de manera expresa, y no indirectamente a través del derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 1o., algunos derechos sociales —salud, educación, seguridad social, alimentación— en términos de la salvaguarda de un mínimo al que toda persona debería tener acceso?

2. *Un sentido de la justicia comprometido con una igualdad cosmopolita no sólo es exigible por vía de responsabilidad causal, sino también a través de deberes positivos generales*

Desde un punto de vista normativo, el principio de los deberes positivos generales —es decir, los que corresponden a los individuos en general— establece que "todo individuo está moralmente obligado a una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa".[68]

Si aceptamos que los deberes éticos son instrumentos para la protección de bienes que se consideran valiosos, la justificación de los deberes positivos generales es la misma que la de los negativos, a saber: la protección de los bienes primarios de los seres humanos. Desde el punto de vista de las relaciones entre Estados, estos deben intervenir en la equitativa distribución de los recursos. De esta manera se busca proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades, entendida no solo como igualdad de acceso bajo reglas procesales imparciales, sino sobre todo como igualdad de oportunidades sustantiva, es decir, en el punto de partida. Esto es correcto, pero la sola participación interestatal es insuficiente. No solo se trata de deberes positivos especiales, sino de deberes positivos generales en donde la responsabilidad debe recaer sobre los propios individuos, especialmente si el sacrificio que se les impone es trivial. No deja de sorprender en este sentido el testimonio de uno de los hombres más ricos del mundo:

> Nuestros líderes han pedido que el sacrificio sea compartido. Pero cuando lo han pedido nos han dejado de lado. He hablado con amigos míos, muy ricos, y aunque se esperaba cierto dolor, al final no se les ha tocado […] Los mega ricos continuamos obteniendo extraordinarias ventajas fiscales […] El año

[68] Garzón Valdés, Ernesto, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993, p. 339.

> pasado, los impuestos que tuve que pagar fueron […] solo el 17.4% de mis ingresos. Si haces dinero con el dinero, como hacen mis amigos súper ricos, el porcentaje será incluso más pequeño que el mío. Pero si lo ganas trabajando, el porcentaje seguro que lo excede, y además por bastante […] He trabajado con inversores durante 60 años y aún no he visto a ninguno, ni siquiera cuando la tasa era 39.9% en 1976-77, que se echara atrás y no invirtiera por el impuesto […] Y para aquellos que argumentan que impuestos más altos dañarían la creación de empleo, debería decirles que se crearon de forma neta 40 millones de empleos entre 1980 y 2000. Desde entonces no ha habido más que recortes en los impuestos y una menor creación de fuentes de trabajo.[69]

No creo malinterpretar a Buffet ni pecar de ingenuo si pienso que su sacrificio no tiene nada que ver con labores de caridad, sino de deberes positivos generales, propios de los individuos. Tampoco, por cierto, me parece que una tasa impositiva progresiva vaya a mermar su plan de vida acomodado. Puede haber algo de patriótico en su decisión, pero también existe el reconocimiento de que su país ofrece seguridad para sus inversiones, transparencia, sometimiento a las reglas y *accountability* por parte de las autoridades. Sin duda, todos ellos son bienes públicos en los que vale la pena invertir, porque finalmente más temprano que tarde redundará en un beneficio proporcional para todos los individuos. En este contexto, el argumento de la soberanía nacional para excusar el pillaje de las autoridades locales no tiene justificación alguna. Y si esto vale para el plano doméstico, con más razón para el ámbito mundial. No se trata de diluir responsabilidades en una serie causal infinita. Cuando se ventilan los atropellos, ilícitos, fraudes a escala mundial, las responsabilidades tienen nombre y apellido. El problema finalmente se reduce a una cuestión de voluntad política.

3. *La defensa no solo de una justicia internacional, sino global, solo es posible si se entiende que las culturas importan y valen si les importan y son valiosas para los individuos que forman parte de las mismas*

Más aún, la mejor defensa de la diversidad cultural en un entorno mundial no es la defensa normativa del multiculturalismo, sino la superación del relativismo cultural en el reconocimiento de las diferencias en el marco de un universalismo de los derechos fundamentales y la afirmación del individuo en cuanto agente moral y racional:

---

[69] Buffet, Warren, *New York Times*, 14 de agosto de 2011, cit. por Woldenberg, José, "Impuestos", en *Reforma,* México, 1 de septiembre de 2011.

> La igualdad [afirma Ferrajoli] consiste en el igual derecho a las propias diferencias —religiosas, políticas, ideológicas, nacionales y, por tanto, culturales— que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás, y de cada individuo una persona como los demás. Se entiende, de este modo, de qué manera el constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales, ante todo los de la libertad, son la única garantía del pluralismo cultural, es decir, de la convivencia y del recíproco respeto entre las diversas culturas.[70]

No se trata de negar la igualdad, sino de comprender que el trato igual de cada uno de los miembros de la comunidad en el reconocimiento de su autonomía personal precede al trato igual de la pluralidad de culturas en la unidad: los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen. Más aún, como veíamos en el capítulo tercero, los grupos valen solo por y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten.

Los derechos comunitarios no deben adscribirse a grupos o a la cultura de las minorías "como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco", sino que si entran en contradicción con los derechos liberales deben ceder como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único e irrepetible. Por ello coincido con Rodolfo Stavenhagen cuando afirma que: "[…] los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueven a su vez los derechos individuales de sus miembros".

4. *La justicia global exige que más allá de los Estados y de la sola comprensión de la justicia como representativa y distributiva, se sume una tercera dimensión en términos de justicia como reconocimiento de las diferencias*

Intuimos que desigualdad y democracia son irreconciliables, y la evidencia empírica muestra que no basta apelar a la justicia distributiva para cerrar la brecha. Ésta debe acompañarse y complementarse con un tipo de justicia más relacional o representativa.[71] Así, por ejemplo, inspirado en el

---

[70] Ferrajoli, Luigi, *Fundamento de los derechos fundamentales,* ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 370.

[71] Rosanvallon, Pierre, *La société des égaux*, Francia, Éditions du Seuil, 2011; Honneth, Axel, *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, trad. de Graciela Calderón, Madrid, Katz Editores, 2014; Cheresky, Isidoro, *El nuevo rostro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

asociacionismo de Tocqueville (entre otros clásicos), y después de señalar los límites de la justicia distributiva en términos de igualdad de oportunidades, Rosanvallon justifica la construcción de una sociedad democrática con base en las categorías de *singularidad* (no individualidad), *reciprocidad* (cooperación, contra la teoría de la elección racional) y *comunalidad*, es decir, compromiso solidario para la construcción de una sociedad de iguales. La justicia relacional o democrática no debe concebirse como un residuo de la justicia distributiva, sino que la primera debe tener precedencia lexicográfica sobre la segunda.[72]

Por su parte, en términos de justicia global, lo que resulta cuestionable en propuestas como la de Boaventura de Souza es la pretensión de una defensa de la justicia y los derechos humanos con un enfoque integral y como presupuesto de cualquier acción emancipadora y, al mismo tiempo, mantener la lucha antagónica entre dos cosmopolitismos en la cual difícilmente los derechos humanos se mantendrán con una pretensión de imparcialidad y universalidad: los derechos terminarán siendo los de los unos frente a los de los "otros" en una inevitable dominación, bajo la perspectiva lejana e inevitablemente utópica de un "nuevo mundo".

Como sostiene Nancy Frazer, más bien se trataría de asumir un enfoque tridimensional de la justicia que contemplara la dimensión política de la representación, la dimensión económica de la distribución y la dimensión cultural del reconocimiento. Los debates contemporáneos sobre la justicia a un nivel global se han centrado en las dos primeras dimensiones, sin superar los esquemas westfalianos. De los que se trata, piensa Frazer con razón, es de superar tal enfoque, incorporando la justicia como reconocimiento. Ésta reponde a la pregunta sobre el "quién" o "quiénes", y no, únicamente sobre el "cómo" y el "qué".[73]

5. Resulta insuficiente, y hasta perversa, una justificación minimalista de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. Lo que se necesita, más bien, es una justificación maximalista en la satisfacción de las necesidades básicas y contra la dominación y opresión de la desigualdad estructural, para todos y cada uno de los derechos civiles, políticos y sociales

Para que ello sea posible se requiere de una comprensión estructural de los derechos humanos. Como ya se explicó en el capítulo quinto, los dere-

[72] Rosanvallon, Pierre, *La société des égaux*, *cit.*, cap. V, pp. 351 y ss.

[73] Fraser, Nancy, "Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado", *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Granada, IVR, 2005, pp. 67 y ss.

chos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los llamados derechos civiles y políticos. En otros términos, no existe una tensión entre libertad e igualdad si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes, pero complementarias. La libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa. La satisfacción de necesidades básicas en términos de un acceso igual a los recursos y el cumplimiento de los mínimos urgentes, impostergables en su cumplimiento, son condiciones necesarias para la realización de la autonomía de las personas.

Lo que debe comprenderse es que con respecto a esos mínimos vitales, y contra las patologías que genera la brecha de desigualdad, opera una consideración de necesidad y urgencia que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole, u ordenando que se adopten medidas tendentes a su satisfacción, y así evitar un daño grave a la persona. Y por supuesto, esos mínimos y la resolución de las patologías de la desigualdad son tan urgentes como la salvaguarda de cualquier derecho personalísimo, y exigibles no solo en un espacio cultural determinado, sino universalmente, globalmente. Tan "universal" o "global" como lo demanda la propia satisfacción de los bienes primarios de cualquier ser humano.

Finalmente, la advertencia de Tony Judt cobra todo su sentido. Seríamos unos insensatos, piensa Judt, si renunciáramos alegremente a ese legado socialdemócrata que se fue construyendo pacientemente y que ha desembocado en la opción por Estados democráticos y constitucionales fuertes, con una fiscalidad alta y activamente intervencionistas, que podían abarcar sociedades de masas complejas sin recurrir a la violencia o la represión. Abandonar los esfuerzos de un siglo es traicionar a aquellos que vivieron antes que nosotros y a las generaciones venideras.[74]

[74] Judt, Tony, *Algo va mal, cit.,* pp. 179 y ss.

Apéndice

IGUALDAD Y EDUCACIÓN EN LA ERA DIGITAL

No es tarea sencilla adentrase en el mundo de la información y de la comunicación en la llamada "era digital". La bibliografía sobre el tema es inabarcable, a lo que se suma la complejidad y su propia dinámica cambiante, pero reflexionar sobre ese mundo ha sido y sigue siendo una experiencia deslumbrante y, sin duda, aleccionadora. Dicho esto, no soy de la idea de que estamos viviendo o nos encontramos en la antesala de una revolución educativa que signifique una reconceptualización y fundamentación de la educación bajo un paradigma distinto, que vaya más allá del propósito básico de la misma en términos de un *Sapere et agere aude*. No se trata de replantearnos la necesidad de un diálogo intersubjetivo entre seres racionales y razonables, ahora desde una dimensión "transhumana", imposible de imaginar sin caer en una petición de principio; o sumergirnos en la oscuridad de un "poshumanismo", que pareciera ser un cajón de sastre en el que guardamos todo lo que nos resulta inimaginable o difícil de explicar. Pero sería ingenuo y hasta irresponsable pensar que el proceso educativo —y los recursos tecnológicos que se requieren y requerirán en un futuro para satisfacer la necesidad de pensar y actuar críticamente— no esté mutando a una velocidad insospechada generando una sensación de ansiedad como nunca habíamos experimentado en nuestra historia.

Los centros educativos, desde preescolar hasta la universidad, tendrán que ir adaptándose rápidamente a las nuevas modalidades tecnológicas —como notoriamente comenzamos a experimentar desde la pandemia de coronavirus— pero en verdad, me pregunto: ¿hay razones para asumir escenarios apocalípticos? No lo creo. No hay tal cosa como la inevitabilidad histórica. Por el contrario, desde un optimismo crítico, no ingenuo, diríamos que son retos y oportunidades que despiertan y estimulan la imaginación y creatividad del ser humano, así como su comprensible anhelo de interconectividad e interculturalidad. En este sentido, refiriéndose a la Revolución Industrial y a las redes de comercio mundial —que podemos hacer extensiva a la era digital— Amartya Sen comenta a sus casi noventa años: "pueden parecer fuerzas disruptivas, pero más allá del impacto en los niveles de vida

generales, semejante desarrollo global genera conexiones con personas que, si no existiesen esas actividades que nos llevan a territorios desconocidos para nosotros, nunca podríamos haber conocido; de hecho, su existencia sería para nosotros totalmente desconocida".[1]

De lo que sí estoy seguro es de que las cuestiones graves seguirán siendo aquellas de orden ético, social y cultural que tienen que ver con la justicia en el acceso a las nuevas tecnologías; la necesaria solidaridad con los seres humanos menos aventajados, y la urgente tarea de minimizar el impacto negativo en los ámbitos ecológico y laboral. De igual manera, tendremos que ser cada vez más sensibles a los problemas de discriminación por sesgos de clase, de género, racial y religioso, en los algoritmos, así como a la injustificable violación de los derechos a la información, a la libertad de expresión y a la privacidad, en un entorno de claro desdén por la verdad y por los hechos —el mundo de la "posverdad"—[2] como es manifiesto, a través de las llamadas "noticias falsas" o *fakenews;* o bien, de las "falsedades profundas", con videos, voces o imágenes manipuladas a través del aprendizaje automático de la Inteligencia Artificial o *deepfakes*. Si el desarrollo de esta nueva era digital no se acompaña de una ética a la altura, y de una adecuada regulación, entonces sí, el vértigo puede derivar en escenarios preocupantes. Con todo, reitero, las preguntas morales y, por lo mismo, educativas, que se ha planteado el *homo sapiens* desde sus orígenes no han necesitado de prótesis, ni de revoluciones tecnológicas, siguen tan frescas y acuciantes como en sus inicios.

I. "El títere y el titiritero" o una nueva forma de dominación

Desde principios de este nuevo siglo irrumpe un modelo económico-social-político con características peculiares que la socióloga Shoshana Zuboff ha bautizado con el nombre sugestivo y preocupante de "Capitalismo de la vigilancia". Zuboff distingue este tipo de capitalismo del capitalismo tardío o global, y del mismo capitalismo patrimonialista, analizado por Piketty. La

[1] Sen, Amartya, *Un hogar en el mundo. Memorias*, trad. de Carmen Cáceres, Martha Mesa Villanueva, Francesc Pedrosa Martín y Juan Luis Trejo Álvarez, Madrid, Taurus, 2021, p. 461.

[2] McIntyre, Lee, *Posverdad,* trad. de Lucas Álvarez Canga, Madrid, Cátedra, 2020, pp. 31 y ss. "El fenómeno de la «posverdad» saltó a la atención pública en noviembre de 2016, cuando los diccionarios Oxford nominaron este término como palabra del año 2016 […] el prefijo «pos» pretende indicar no tanto la idea de que hemos «dejado atrás» la verdad en un sentido temporal (como sucede en «posguerra») sino en el sentido de que la verdad ha sido eclipsada: que es irrelevante".

primera década del siglo XXI, según nuestra autora, se caracterizó por un explosivo crecimiento digital que pese a sus promesas iniciales no sirvió para atenuar la rigurosa austeridad de la economía neoliberal ni la desigualdad extrema. En efecto, en esa primera década, el gran desarrollo de empresas de tecnología multinacional como *Google*, *Apple* y *Facebook* reactivó la esperanza de un capitalismo digital orientado a un ideal social de emancipación individual y reciprocidad: "que rescataría a las personas mismas de los viejos límites institucionales dentro de los que estaban confinadas, y que nos permitiría encontrar lo que quisiéramos (y a quien quisiéramos), cuándo y cómo deseáramos buscarlo o conectarnos […]. La oportunidad de vivir «mi vida, a mi manera y a un precio que me pueda permitir»".[3] El proyecto *Aware Home* (Hogar consciente), en el año 2000, imaginaba un futuro digital que facultaría a los individuos para vivir unas vidas más eficaces, con un compromiso inquebrantable con la privacidad de sus expresiones y el derecho exclusivo sobre los conocimientos obtenidos a partir de los datos, así como sobre el uso que se hicieran de los mismos. Lo cierto es que todo quedó en promesas incumplidas. Tal derecho a la privacidad y al uso y aplicación exclusivo de los conocimientos: "ha sido usurpado por una audaz aventura de mercado propulsada por la atribución unilateral de un presunto derecho a disponer de las experiencias de otras personas y del conocimiento que se deriva de tales experiencias".[4] A partir de la segunda década adquirió carta de ciudadanía el Capitalismo de la vigilancia. Zuboff lo define, entre otras características, con las siguientes:

a) Modelo económico de negocios que reclama para sí la experiencia humana como materia prima gratuita aprovechable para una serie de prácticas comerciales ocultas de extracción, predicción y ventas, traducidas en datos de comportamiento, de acuerdo con una arquitectura global de modificación conductual. Todo ello con la pretensión de imponer un orden colectivo basado en la certeza absoluta.
b) Nuevo "poder instrumentario" que impone un esquema de dominación basado precisamente en una razón formal o instrumental y no sustantiva.
c) Amenaza tan importante para la naturaleza humana en el siglo XXI como lo fue el capitalismo industrial para el mundo natural en los siglos XIX y XX.

---

[3] Zuboff, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, trad. de Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2020, p. 70.

[4] *Ibidem*, pp. 18 y ss.

d) Mutación inescrupulosa del capitalismo caracterizado por grandes concentraciones de riqueza, conocimiento y poder que no tiene precedentes en la historia humana.

e) Expropiación de derechos humanos cruciales que perfectamente puede considerarse como un golpe desde arriba: un derrocamiento antidemocrático de la soberanía del pueblo.[5]

Desglosemos un poco. Este nuevo modelo de negocios, que convierte la experiencia humana en datos, puede usar estos últimos para mejorar productos o servicios, pero también: "existe un resto de datos que es considerado como un excedente conductual privativo («propiedad») de las propias empresas capitalistas de la vigilancia y se usa como insumo de procesos avanzados de producción conocidos como *inteligencia de máquinas* con los que se fabrican productos predictivos que prevén lo que cualquiera de ustedes hará ahora, en breve y más adelante".[6] Y estos productos predictivos son comprados y vendidos en lo que la autora denomina *mercados de futuros conductuales*. Éstos configuran la fuente de enriquecimiento para las grandes empresas. De acuerdo con la teoría cognitiva-conductual, de fuerte inspiración skinneriana,[7] tales máquinas de aprendizaje "no sólo *conocen* nuestra conducta [voces, personalidades, emociones] sino también *moldean* nuestros comportamientos en igual medida". El propósito ya no consiste únicamente en "automatizar los flujos de información *referida a nosotros*" sino también de "*automatizarnos* (a nosotros mismos)".[8] Y todo ello con la pretensión o aspiración de aproximarse lo más posible a una "certeza absoluta" en las predicciones conductuales, hurgando en "las profundidades íntimas de la vida cotidiana de las personas como si de una mina se tratara". Una labor que ha recibido el nombre, un tanto eufemístico, de *personalización*.[9]

El nuevo poder que emana del Capitalismo de la vigilancia es lo que Zuboff llama "poder instrumentario", es decir, un poder que conoce y da

---

[5] *Ibidem*, p. 9.

[6] *Ibidem*, p. 21.

[7] *Ibidem,* pp. 483 y ss. La autora hace un recorrido por la obra de B. F. Skinner, especialmente la novela utópica *Walden Dos* (1948), y sus libros *Ciencia y conducta humana* (1951), *Más allás de la libertad y la dignidad* (1971) y *Sobre el conductismo* (1974), para mostrar que al igual que Skinner, los actuales capitalistas de la vigilancia están convencidos "de que el lento goteo de inventos tecnológicos terminaría desplazando la privacidad hacia los márgenes de la experiencia humana, donde haría compañía a la «libertad», y a otras falsas problemáticas ilusiones [como la dignidad]". Finalmente, en esta visión skinneriana, "el conocimiento no nos hace libres, sino que, más bien, nos libera del hechizo de la libertad".

[8] *Ibidem*, pp. 21 y 22.

[9] *Ibidem,* p. 36.

forma al comportamiento humano orientándolo hacia los fines de otros: "En vez de desplegar armamentos y ejércitos, obra su voluntad a través del medio ambiente automatizado conformado por una arquitectura informática cada vez más ubicua de dispositivos «inteligentes», cosas y espacios conectados en red". Desde este punto de vista este modelo de capitalismo es "parasitario y autorreferencial". Ya no es la fuerza laboral la fuente de alimento del capitalismo sino "cualquier aspecto de la experiencia de cualquier ser humano" que, a través de la conexión digital satisface los fines empresariales. Hemos entrado, de acuerdo con Zuboff, a una especie de "pacto fáustico del siglo XXI" por el que no podemos dejar de sustraernos a él aun cuando lo que esté en juego sea nuestra propia vida y libertad.[10] Se trata de un poder instrumentario que no es sino la expresión visible de una razón subjetiva, formal o como la definieron Adorno y Horkheimer, precisamente, como "instrumental". Desde este tipo de racionalidad no existe realidad singular alguna que pueda aparecer como racional *per se*, como un fin en sí misma, por lo tanto, carece de todo sentido discutir sobre la preeminencia de un fin respecto a otro. Su postulación pasará a ser un asunto de elección y de gusto, por lo que resulta imposible determinar algún tipo de criterio objetivo con respecto, por ejemplo, a los enunciados morales: el bien y el mal morales pasarán a ser producto de decisiones o consecuencias de deseos. La claudicación de la razón y del poder, en razón y poder instrumental, ya no encuentra justificación en sí misma, sino en las posibilidades que abre al comercio y a la industria, al éxito, a un "plan para la acción". Vacía ya de contenido, esta razón pragmática y funcional, sin límites normativos, ha generado un tipo de hombre "unidimensional", como diría Marcuse, que ha perdido la capacidad de estar abierto a la percepción de contenidos objetivos. La lógica perversa del proceso ha conducido a la construcción de un individuo "posburgués" dirigido por una "nueva casta sacerdotal": un tecnócrata, ingeniero, mánager o CEO "perfectamente redondeado" e integrado al sistema. De esta manera, la "división del aprendizaje social", de acuerdo con Zuboff, es acaparada "por un reducido clero de especialistas computacionales contratados por grandes empresas privadas, por sus máquinas (también privadas) y por los intereses económicos en atención a los cuales se produce ese aprendizaje". [11]

A diferencia del capitalismo industrial de los siglos XIX y XX, que "tendía a la continua intensificación de los medios de producción, los capitalistas de la vigilancia y sus actores de mercado están ahora atrapados en

[10] *Ibidem*, p. 25.

[11] *Ibidem*, pp. 257 y ss.

una dinámica de intensificación continua de los medios de modificación de la conducta y de creciente fortalecimiento del poder instrumentario". Si en el capitalismo industrial los productos y servicios eran los objetos de intercambio de valor y se establecían reciprocidades constructivas entre productor y consumidor, en el Capitalismo de la vigilancia: "son los «ganchos» que atraen a los usuarios hacia unas operaciones extractivas en las que se rebañan y se empaquetan nuestras experiencias personales para convertirlas en medios para los fines de otros […]. No somos «clientes» del Capitalismo de la vigilancia […]. Los verdaderos clientes son las *empresas* que comercian en los mercados que éste tiene organizados acerca de nuestros comportamientos futuros".[12] En otros términos, si el objetivo del capitalismo industrial era transformar las materias primas de la *naturaleza* en mercancías, lo que reclama el Capitalismo de la vigilancia es convertir a la propia *naturaleza humana* en un nuevo tipo de mercancía, es decir, convertir nuestras vidas en datos conductuales, y hacer de nuestra propia ignorancia sobre el procedimiento "la condición necesaria para tan ubicua rendición-conversión".[13]

Hay que tomarse con mucha seriedad la irrupción de este Capitalismo de la vigilancia como algo que en la historia política, económica y social no tiene precedentes. Un nuevo paradigma, si se quiere, en los términos de Thomas Kuhn, en la medida en que surgen determinadas *anomalías* que resultan ser ingobernables a la luz de las pautas impuestas por el paradigma existente. Todo ello provoca una crisis que pone en cuestión todo el sistema. No se trata de una revolución *ex nihilo*, pero las categorías usuales para dar cuenta del nuevo fenómeno o para criticarlo —"privacidad", "monopolio", "intimidad", "libertad de expresión",[14] por ejemplo— requerirán de una revisión minuciosa; y ello, con el grave inconveniente de que, si se pretende seguir usándolas sin un análisis crítico a fondo, lejos de aclarar la nueva situación contribuye a "normalizar lo anómalo". Si persiste esta pretensión, cualquier intento de revisión se vuelve una empresa ardua y, seguramente, anacrónica. La imagen conocida que la autora utiliza para esta anomalía resulta ilustrativa: el concepto de *carruaje sin caballos* al que las personas acudieron hace más de un siglo para referirse a la realidad sin precedentes que para ellas era el automóvil.[15] El llamado es claro: "necesitamos observar y analizar los fenómenos con nuevos ojos". Una de las dificultades para com-

[12] *Ibidem*, pp. 24 y 25.

[13] *Ibidem*, p. 134.

[14] Noriega, Saúl López, *El futuro de la libertad de expresión*, México, Grano de Sal, 2023. Un notable esfuerzo de análisis y revisión del derecho a la libertad de expresión frente al poder desafiante de Internet, plataformas y algoritmos.

[15] Zuboff, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, *cit.*, pp. 26 y ss.

prender estos nuevos fenómenos es lo fácil que resulta "confundir el Capitalismo de la vigilancia con las tecnologías que ese Capitalismo emplea", es decir, confundir al "títere" con el "titiritero". El Capitalismo de la vigilancia, afirma Zuboff, "no es una tecnología; es una lógica que impregna la tecnología y que la pone en acción […] es una forma de mercado que resulta inimaginable fuera del medio ambiente digital, pero no es lo mismo que lo digital". La retórica que acompaña el discurso de este tipo de Capitalismo es hacernos creer que "sus prácticas son expresiones inevitables de las tecnologías que emplean". Así, por ejemplo, afirmar, como nos enteramos en 2009, que *Google* conservaba nuestras historias de búsqueda indefinidamente y que esos *stocks* de materias primas estaban a disposición de los servicios de inteligencia y policiales de los gobiernos, era confundir al títere con el titiritero. Lo cierto es que, "Los buscadores no conservan nada: es el Capitalismo de la vigilancia el que lo hace", y éste no debe confundirse con los algoritmos. No existe tal cosa como la "inevitabilidad tecnológica" en el marco de una *omnisciencia digital*.[16] La tecnología, como ya lo expresaba con toda claridad Max Weber, no es —ni jamás podrá ser— una cosa en sí misma, concebida de manera aislada de la economía y de la sociedad.[17]

Por último, el Capitalismo de la vigilancia representa un desafío a un par de derechos, que Zuboff concibe como amenazados en la era digital: el *derecho al tiempo futuro* y el *derecho al asilo y refugio.* El primero comprende "la capacidad del individuo de imaginar, pretender, prometer y construir un futuro" y sirve de justificación al libre albedrío, en los términos que nuestra autora toma de Hannah Arendt, es decir, como *voluntad de querer*.[18] Se trata de la voluntad entendida como espontaneidad original, a diferencia del libre albedrío que ni es natural, ni es espontáneo. En otros términos, la voluntad comprendida como el órgano del futuro, así como la memoria lo es como el órgano mental del pasado. El Capitalismo de la vigilancia no sólo pretende moldear nuestro libre albedrío sino incluso alcanzar ese reducto de intimidad que es nuestra voluntad como fuente original de nuestra propia dignidad: "El objetivo de ese Capitalismo no es destruirnos, afirma Zuboff, sino simplemente convertirse en nuestro «autor» y sacar provecho de esa autoría […]. Se nos engatusa sin que seamos conscientes de ello, y se nos están cercenando todas las alternativas significativas y viables de retirada, resistencia o protección ante tal escenario".[19] Con respecto al *derecho*

[16] *Ibidem*, pp. 301 y ss.
[17] *Ibidem,* pp. 30 y ss.
[18] *Ibidem*, pp. 443 y ss.
[19] *Ibidem*, p. 453.

al asilo y refugio, su defensa constituye un parapeto a lo que Zuboff describe como "la vida de colmena" donde "el otro es un *ello* que otros ven en mí". La colmena se construye, por ejemplo, en el amplio marco de las redes sociales, no a partir de una empatía solidaria, sino, por el contrario, de una "desconexión" que contempla un rango amplio de angustias emocionales: "adicción, aburrimiento, confusión, aflicción y aislamiento".[20] De acuerdo con varios estudios psicológicos, desconectarse de la red ha provocado en los jóvenes estudiados "episodios de síndrome de abstinencia, depresiones y ansiedades como los que son característicos de las adicciones clínicamente diagnosticadas". La necesidad humana de asilo y refugio, el "espacio de amparo inviolable", también está siendo amenazado por el Capitalismo de la vigilancia creando la idea cada vez más normalizada de "un mundo en el que no hay salida".

La injerencia dominante del Capitalismo de la vigilancia en el espacio público y la consiguiente violación de los derechos a la autonomía, y al futuro y refugio de los individuos, ha significado un *golpe desde arriba* "no como un derrocamiento del Estado, sino más bien como un derrocamiento de la soberanía del pueblo y como una fuerza prominente en la peligrosa deriva hacia la «descolonización» de la democracia que actualmente amenaza a los sistemas democráticos liberales de occidente".[21] Zuboff cierra su libro con un llamado a la democracia. El Capitalismo de la vigilancia ya no funciona bajo la promesa de "los felices noventa" con su propósito de construir y reforzar instituciones plurales, incluyentes, a partir de una transversalidad de los derechos humanos. Debe comprenderse, más bien, como "una fuerza social profundamente antidemocrática". Y es precisamente en este contexto de enorme descrédito hacia los valores democráticos que "no podemos permitir que los muchos daños que ha sufrido nos aparten de la lealtad a la promesa que encarna". Y citando a Piketty: "Para retomar el control del capitalismo, verdaderamente no hay más opción que apostar por la democracia hasta sus últimas consecuencias".[22]

¿Cómo alimentar la "fe democrática" y fortalecer el sentido de justicia y el ejercicio de la autonomía personal? ¿Qué hacer de cara a esta nueva era digital? No resulta sencillo dar una respuesta a estas preguntas que pudiera ir más allá de una serie de recomendaciones que podemos encontrar

[20] *Ibidem*, pp. 591 y ss. Véase el exhaustivo elenco de 99 razones para tomar una prudente distancia de *Twitter*, desde la "sacralización de la cotidianidad" hasta la "generación del aislamiento", en Pretelìn, Fausto, *Referéndum Twitter. Filosofía simulada*, México, Coyoacán, 2012, pp. 25 y ss.

[21] *Ibidem*, p. 38.

[22] Zuboff, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, *cit.*, p. 687.

en la literatura más reciente, y que apela no sólo a la voluntad atenta de cada individuo sino incluso de estos mismos en sus relaciones colectivas. Así, por ejemplo, en el contexto del propio Capitalismo de la vigilancia, Carissa Véliz ofrece al usuario una suerte de listado de consejos útiles para asegurar su privacidad: "Piénsatelo dos veces antes de compartir", "Respeta la privacidad de otros", "Crea espacios de privacidad", "Di «No»", "Elige dispositivos «tontos» en vez de «inteligentes»", "Usa un navegador diferente por cada tipo de actividad", "Cambia tus opciones de configuración", "No acumules demasiados datos", "Escoge contraseñas seguras", "Pásate a lo analógico", "Compra periódicos", y concluye casi con una llamada *in extremis*: "Haz todo lo que puedas".[23] Sin duda cada uno de estos auxilios es bienvenido, pero si entendimos la analogía del "títere" y el "titiritero", no se trata de poner paliativos a los excesos por el mal uso de la tecnología e intentar reanimar al individuo, con un dejo de nostalgia, a que no abandone el mundo analógico cuando le sea posible. Otro tanto se puede decir del optimismo prospectivo de un autor como Yubal Noah Harari, que lejos de ver una competencia entre el ser humano y la Inteligencia Artificial, por ejemplo, propone instalarnos en una cooperación virtuosa por la que podamos potenciarnos mutuamente desplazando trabajos que ya dejarán de tener sentido, para crear otros nuevos que, sin duda, demandarán una sofisticada pericia. Él mismo reconoce que a este tipo de conocimiento y habilidades sólo podrán acceder unos cuantos. Pese a todo, "consuela" saber en el escenario que Harari propone, que a los filósofos no les llegará la hora de una "extinción de la especie" sino, por el contrario, sería su oportunidad histórica, reconvertidos en los nuevos frailes del siglo XXI:

> Hemos visto que el auge de la inteligencia artificial podría expulsar a la mayoría de los humanos del mercado laboral, entre ellos a conductores y policía de tráfico (cuando los humanos pendencieros sean sustituidos por algoritmos obedientes, la policía de tráfico no será necesaria). Sin embargo, podría haber algunas nuevas vacantes para los filósofos porque sus habilidades (que hasta ahora carecen de mucho valor de mercado) de repente serán muy demandadas. Así, si queremos estudiar algo que garantice un buen empleo en el futuro, quizás la filosofía no sea una mala apuesta.[24]

Ignoro cuántos filósofos estén dispuestos a asumir o se sientan cómodos y agradecidos por el espacio que se les abre para desarrollar una mística

[23] Véliz, Carissa, *Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital*, Barcelona, Debate, 2021, pp. 203 y ss.

[24] Harari, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, trad. de Joandomènec Ros, Madrid, Debate, 2018, pp. 82 y 83.

elitista de salvación y sobrevivencia. Pero reitero con Zuboff, no existe algo así como un destino manifiesto en el que parecería que la tecnología en sí misma es la fuente de múltiples desgracias con consecuencias psicológicas casi irreversibles. Habrá quien siga sintiéndose cómodo hojeando el periódico en papel impreso, y habrá quien quiera consultarlo en línea sin que esta opción merme en absoluto su placer y su privacidad; o habrá también quien opte por ambas posibilidades. Asimismo, habrá quien quiera dedicarse a salvar el mundo o quien quiera dignificar su trabajo no bajo la lógica implacable del mercado sino de acuerdo con su parte contributiva al bienestar de la comunidad, especialmente cuando la comunidad demanda trabajos sin tanta pericia, pero de una necesidad incuestionable, como fuimos testigos durante la pandemia de coronavirus. Insisto, no debemos quedarnos con el títere sino ir hasta el titiritero. ¿Qué tipo de educación nos demanda esta nueva realidad?

II. Complejidad, creatividad e interdisciplinariedad

Para iniciar el siglo XXI, la UNESCO solicitó a Edgar Morin que expresara algunas ideas sobre la educación a partir de su concepción del "pensamiento complejo".[25] Morin sintetizó en siete saberes "fundamentales" la educación del futuro de los cuales quiero recoger algunas directrices de sumo interés en el marco de la era digital. Para Morin:

> […] hay complejidad cuando los diferentes elementos que constituyen un todo (como el económico, el político, el sociológico, el afectivo, el mitológico) son inseparables y existe un tejido interdependiente, interactivo e interretroactivo entre el objeto de conocimiento y su contexto, las partes y el todo, el todo y las partes, las partes entre ellas. Por ello, la complejidad es la unión entre la unidad y la multiplicidad.[26]

Es tarea de la educación desarrollar una "inteligencia general" capaz de comprender la complejidad, con su sentido "multidimensional", y habituarla a "hacer y resolver preguntas esenciales" a partir de nuestra capacidad originaria de asombro y curiosidad. Es comprender el conocimiento no en forma de "pensamiento tecnocrático" que resulta "pertinente para todo lo relacionado con máquinas artificiales", pero que resulta "impertinente para

[25] Morin, Edgar, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, trad. de Mercedes Vallejo-Gómez, UNESCO, 1999, y Dower, 2001, para la edición mexicana.

[26] *Ibidem*, p. 37.

comprender lo vivo, lo humano".[27] La complejidad demanda no un conocimiento abstracto, unidimensional y compartimentado, sino un conocimiento plural, comprensivo, apto para afrontar el riesgo del "error" y de la "ilusión", y con respecto a este último, especialmente, para afrontar lo que Morin denomina "cegueras paradigmáticas".

En occidente, y bajo una visión cartesiana del mundo, se impuso un paradigma dualista, que se ha expresado en los binomios: Sujeto-Objeto, Alma-Cuerpo, Espíritu-Materia, Calidad-Cantidad, Finalidad-Causalidad, Sentimiento-Razón, Libertad-Determinismo, Existencia-Esencia. Y lo que es más relevante, de acuerdo con Morin, es que estas dicotomías responden todavía a una ceguera paradigmática más profunda: "el paradigma de la simplificación, el cual, ante cualquier complejidad conceptual, prescribe la reducción". La ceguera del reduccionismo genera la relación lógica de la "disyunción" y "la no-obediencia a la disyunción sólo puede ser clandestina, marginada, desviada".[28] Por ello, y para prevenirnos de cualquier tipo de reduccionismo, es necesario educar en las grandes interrogantes, con un sentido de complejidad, y prepararse para saber convivir con la "incertidumbre", lo paradójico, lo inesperado, y no con las certezas totales:

> Lo que jamás debemos olvidar es que, si somos máquinas, somos sobre todo máquinas no triviales. La máquina trivial es la máquina artificial, que nosotros fabricamos, cuyo comportamiento conocemos a partir de los programas que la rigen. El ser humano, por su parte, no siempre actúa de forma previsible, especialmente en su capacidad de innovar, de crear y con ello de aportar lo inesperado.
>
> Por mucho que nos creamos armados de certidumbres y programas, debemos aprender que vivir es navegar en un océano de incertidumbres, parando de vez en cuando en algunas islas o archipiélagos de certidumbres donde abastecernos.[29]

Si bien es cierto que "los progresos gigantescos en los conocimientos se efectuaron en el marco de las especializaciones disciplinarias", también es cierto, como ya lo viera claramente John Stuart Mill, que tales progresos "están dispersos, desunidos", han operado bajo la disyunción entre las ciencias y las humanidades. La hiperespecialización —aquella que se encierra en sí misma sin permitir su integración en una problemática global— impi-

---

[27] *Ibidem*, p. 41.

[28] *Ibidem*, pp. 26 y 27.

[29] Morin, Edgar, *Lecciones de un siglo de vida*, trad. de Núria Petit, Barcelona, Paidós, 2022, p. 34.

de ver lo esencial, descontextualiza cualquier información o idea, y conduce a una abstracción que privilegia "todo cuanto es calculable y formalizable". Pero, a la inversa, no se trata tampoco de particularizar el conocimiento y perderse en la vorágine de la contingencia. Educar en la complejidad no supone un abandono del conocimiento de las partes: "es comprender un pensamiento que separa y que reduce junto con un pensamiento que distingue y que religa". Más aún, de acuerdo con Morin, es este sentido de totalidad, o mejor, de unidad en la multiplicidad, lo que conduce al fortalecimiento de la responsabilidad por el mundo y la solidaridad con nuestros conciudadanos. Se trata de educar en "la pertinencia del conocimiento".[30] Este es el sentido radical que se desprende, también, de las palabras de Hannah Arendt: "La educación es el punto en el que decidimos si amamos el mundo lo bastante como para asumir una responsabilidad por él […]".[31] Y es ese sentido, también, el que le permite a un filósofo como Francisco Laporta diferenciar entre "instrucción" y "educación". La primera abocada a un tipo de conocimiento instrumental, la segunda:

> […] a un tipo de conocimiento entendido como una manera global de comprender y valorar el mundo y de concebir nuestro papel en él, y de encontrar una satisfacción y un sentido de ese conocimiento. Y también, por supuesto, una dimensión social y una referencia obligada al marco de las relaciones con los demás. La educación consiste sobre todo en enseñar al individuo a actuar en libertad, a tener conciencia de su propia responsabilidad, a respetar al otro y a las reglas que hacen posible la convivencia con él, a repensar las propias posiciones y a negociar los desacuerdos, a reconocer la autoridad, a practicar la tolerancia, a configurar desde sí mismos el propio código de conducta moral; esas cosas son parte de lo que queremos decir cuando hablamos de una persona educada.[32]

Un sentido de responsabilidad que se extiende más allá de nuestro presente y se compromete con las generaciones futuras. Debemos ser capaces de heredar un tipo de educación y cultura compleja, profunda, con un sentido de permanencia y no de instantaneidad, ajena, por supuesto, a cualquier tipo de elitismo social o cultural:

---

[30] Morin, Edgar, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, *cit*., pp. 35 y ss.

[31] Arendt, Hannah, *Entre el pasado y el futuro*, trad. de Ana Poljak, México, Planeta-Austral, 2020, p. 301.

[32] Laporta, Francisco, "Acerca del fundamento del derecho a la educación en las sociedades abiertas", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 25, octubre de 2023-marzo de 2024, p. 19.

> Deberíamos tratar de definir una estructura cultural rica, que multiplique las diversas posibilidades u oportunidades de valor, y considerarnos custodios de la riqueza de nuestra cultura, encargados de protegerla para quienes vivirán sus vidas después de nosotros. No podemos afirmar que de esa manera les daremos más oportunidades de placer, o que les ofreceremos un mundo que preferirían a otros mundos alternativos que podrían crear. Ese es el lenguaje del enfoque económico, que no está disponible aquí. Pero lo que sí podemos afirmar (¿y quién podría negarlo?) es que es mejor que las personas dispongan de complejidad y profundidad en las formas de vida a las que pueden acceder, y luego detenernos a ver si, cuando actuamos según ese principio, somos susceptibles de ser objetados por elitistas o paternalistas.[33]

El siglo XXI, continúa Morin, deberá abandonar también "la visión unilateral que define al ser humano exclusivamente por la racionalidad (*homo sapiens*), la técnica (*homo faber*), las actividades utilitarias (*homo economicus*), las necesidades obligatorias (*homo prosaicus*)" y comprenderlo desde la complejidad como *homo demens* (delirante), *ludens*, *imaginarius*, *consumans* y *poeticus*. El *homo complexus*:

> […] es un ser racional e irracional, capaz de mesura y desmesura; sujeto de un afecto intenso e inestable; sonríe, ríe, llora, pero también sabe conocer objetivamente; es un ser serio y calculador, también es ansioso, angustiado, gozador, ebrio, extático; es un ser de violencia y de ternura, de amor y de odio; es un ser invadido por lo imaginario y que puede reconocer lo real, que sabe de la muerte, pero que no puede creer en ella, que segrega el mito y la magia, pero también la ciencia y la filosofía; que está poseído por los Dioses y por las Ideas, pero que duda de los Dioses y critica las Ideas; se alimenta de conocimientos comprobados, pero también de ilusiones y de quimeras.[34]

Es claro que estamos hablando de un ser humano complejo, sujeto a "determinismos económicos" y "códigos genéticos", pero también de un ser humano sujeto a las "tiradas de dados", a los "arrebatos de locura", es decir, a lo que caracteriza precisamente a los personajes singulares de la historia. La irrupción de lo inesperado, de lo lúdico y de lo creativo en el devenir histórico es, paradójicamente, de lo único que sí podemos tener certeza, es decir, la certeza de no poder prever qué sucederá con el ser humano, ni tampoco anticipar lo desconocido: "Nos caracterizamos como «sociedad del conocimiento», afirma Daniel Innerarity, pero eso no signifi-

---

[33] Dworkin, Ronald, "¿Puede un Estado liberal subvencionar las artes?", *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschiroli, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 286 y 287.

[34] Morin, Edgar, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, *cit*., p. 56.

ca que sepamos mucho, sino que somos una sociedad que es cada vez más consciente de su no-saber y que progresa aprendiendo a gestionar el desconocimiento en sus diversas manifestaciones: inseguridad, verosimilitud, riesgo e incertidumbre".[35]

Hay que acostumbrarnos a vivir en la "sociedad del desconocimiento". Sin duda la ciencia es la forma más segura que ha inventado el ser humano para progresar en el saber, pero tiene sus límites. No es tarea suya, por ejemplo, tomar decisiones políticas: "la ciencia asesora pero no sustituye", es una "proveedora de opciones", y en el mejor de los casos puede orientar, pero no reemplazar el juicio político. Su gran servicio a la vida democrática es desmontar los prejuicios y poner en evidencia las falsedades. En cualquier régimen democrático, es posible "tolerar la equivocación [y la ignorancia] pero no la propagación intencional de lo falso".[36] La falsedad intencional mina los cimientos de la democracia porque destruye uno de sus pilares fundamentales: la confianza. Por el contrario, "equivocación", "ignorancia" y "confianza" pueden convivir porque nuestra sociedad es, sobre todo, una sociedad de la incertidumbre, pero reitera Innerarity: "no porque sepa poco, sino porque aquello que sabe lo tiene como una propiedad inestable, amenazada por la controversia y el desmentido. La pequeña seguridad de la que disfrutamos es ese breve instante entre el saber aprendido y su inminente desacreditación".[37] Una inestabilidad estructural en donde la educación debe orientarse a entrenar al ser humano en la curiosidad y, sobre todo, en la atención, precisamente, para estar alertas a "las rupturas inesperadas y las modificaciones imprevistas".[38]

Aprender a instalarse en esa inestabilidad es la condición necesaria para la actividad creativa y ésta es una exclusiva del hombre, no de la máquina, cuya composición está diseñada para ser refractaria a cualquier vacío o incertidumbre. Y es que la misma complejidad de la mente humana parece resistirse a cualquier intento de querer atraparla y encapsularla, y reclama sus posibilidades creativas aun frente a un mundo tan seductor como el de la misma Inteligencia Artificial. La novedad disruptiva de la IA, con interfases recientes tan versátiles como ChatGPT, ha generado una dislocación que ha puesto en duda las capacidades específicamente humanas *vis à vis* las desarrolladas por las máquinas. No está demás insistir, por otra parte,

---

[35] Innerarity, Daniel, *La sociedad del desconocimiento*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2022, p. 20.

[36] *Ibidem*, p. 46.

[37] *Ibidem*, p. 52.

[38] *Ibidem*, p. 62.

que el peligro de las plataformas más conocidas —*Google*, *Amazon*, *Youtube* y *Facebook*— reside en que, a través de la IA y su versátil y poderosa batería de algoritmos "amplifica de manera drástica los sesgos cognitivos e informativos de sus usuarios" dando lugar a una "radicalización de las identidades", que lejos de propiciar una conversación intersubjetiva crítica y plural, tiende a generar un discurso polarizante, con un costo muy alto para la misma convivencia democrática.[39] No cabe duda de que tendremos que aprender a vivir con la IA y utilizarla para beneficio nuestro, pero como advierte Raúl Trejo Delarbre, no a costa de eliminar nuestro sentido creativo: "Enseñar a pensar, aprender en la discusión con elementos de juicio y sin prejuicios, adiestrarse para encontrar y comprender explicaciones y no solamente frases y respuestas automáticas, tendría que ser el producto prioritario de la educación en la era de ChatGPT".[40] Es por todo ello que la educación, como pensaba Bertrand Russell, debía encaminarse a la formación del "espíritu científico", en el entendido de que tal espíritu es, por definición, "cauteloso, tanteador y marcha por sus pasos contados; no se figura que lo que conoce es toda la verdad, ni siquiera que su mejor conocimiento es enteramente verdadero. Sabe que toda doctrina necesita enmienda tarde o temprano y que la enmienda necesaria requiere libertad de investigación y libertad de discusión".[41]

La complejidad y la creatividad no se compadecen con la hiperespecialización, reclaman, más bien, una vocación de interdisciplinariedad y la apuesta por lo que vuelve a ponerse en la mesa de discusión como una "tercera cultura" o "tercer conocimiento". En la lista de dicotomías, producto de la "ceguera paradigmática" del dualismo cartesiano en occidente, en los términos de Morin, faltó mencionar una que el novelista y científico inglés Charles Snow bautizó en una célebre conferencia de 1959 con el nombre de "Las dos culturas". En ella el autor ponía de manifiesto el desencuentro entre los científicos y los humanistas —ejemplificado este último especialmente por los literatos— y llamaba la atención sobre el efecto de tal desencuentro en el empobrecimiento intelectual para unos y otros, si bien con un poco más de severidad entre los segundos, los humanistas, que además parecían enorgullecerse de su ignorancia. Al preguntarles a los literatos, continúa Snow, si conocían cuál era la segunda ley de la termodinámica,

---

[39] López Noriega, Saúl, *op. cit.*, pp. 78 y 79, y en general todo el cap. 4: "Inteligencia artificial e información a la carta".

[40] Trejo Delarbre, Raúl, *Inteligencia artificial. Conversaciones con ChatGPT*, México, Cal y Arena, 2023, p. 79.

[41] Russell, Bertrand, *Religión y ciencia*, trad. de Samuel Ramos, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 167.

su respuesta era el silencio, y tal pregunta podría haber sido el equivalente científico de: "¿Ha leído usted alguna obra de Shakespeare?". "Si hubiera preguntado algo más simple como qué es la masa o la aceleración, podría haber sido el equivalente a preguntar ¿sabe leer?".

No estoy seguro, como piensan algunos optimistas ingenuos, que el divorcio entre ciencias y humanidades se haya ido atenuando con el paso del tiempo. Desde aquella conferencia de Snow, más bien da la impresión de que la incompatibilidad se ha ido acentuando. En su libro, *El capital en el siglo XXI*, Piketty comprendía la ciencia económica en su dimensión interdisciplinaria, científica, histórica y práctica, y reprochaba su enseñanza en las universidades estadounidenses exigiendo a los profesores que superaran ya su pasión infantil y reduccionista por las matemáticas y por la especulación puramente teórica que, a fin de cuentas, devenía en ideológica. Algo semejante podría decirse también de otras ciencias sociales y no necesito recordar, por ejemplo, las conocidas críticas de Manuel Atienza al plan Bolonia en España a partir de una relectura actualizada de la *Misión de la Universidad* de Ortega.[42] No deja de asombrar la facilidad con la que en muchos centros escolares y en los programas universitarios se desplazan o suprimen, sin más, las asignaturas filosóficas o históricas, así como la lectura de los clásicos; pero lo mismo vale decir con respecto a la cultura científica elemental en matemáticas, física y biología. Por supuesto, la formación en computación y en programación de datos, así como en la amplia gama de conocimientos tecnológicos es necesaria e impostergable acorde con esta era digital, pero de nueva cuenta, no a costa de otros saberes, ni mucho menos bajo la hegemonía de un "poder instrumentario" y simplificador, acotado al uso exclusivo de intereses económicos y empresariales.

La interdisciplinariedad significa cooperación, un aprendizaje de convivencia y diálogo, con "epistemologías de frontera" interactuando entre sí. Sólo a manera de ejemplo de esta interacción, traigo a cuento el caso de la bioética. Hoy día es un lugar común señalar en qué medida la medicina, según la célebre frase de Stephen Toulmin, "ha venido a salvar la vida de la ética",[43] es decir, a rescatarla de la rigidez y excesiva abstracción que la caracterizó hasta principios de los años setenta del siglo pasado. Tradicionalmente los temas de la llamada "bioética" habían preocupado a la medicina y eran los mismos médicos los que se planteaban, de manera poco rigurosa o científica, los dilemas morales. Por lo general, también, los problemas

[42] Atienza, Manuel, "Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI", *cit*.

[43] Toulmin, Stephen, "How Medicine Saved the Life of Bioethics", *Perspectives in Biology and Medicine*, 25 (4), 1973.

de vida o muerte parecían ser un compartimento cerrado y exclusivo de los teólogos. De manera un tanto improvisada, los legisladores —no necesariamente con formación jurídica y con un total desconocimiento científico— legislaban en la materia. De tal manera que la bioética como una actividad realizada profesionalmente ha nacido con un sentido interdisciplinar, en la que concurren científicos —psicólogos, genetistas, biólogos, neurólogos, sociólogos, economistas, antropólogos— y humanistas —filósofos, historiadores, teólogos, artistas—. Ésta, por así llamarla, doble filiación, por un lado a través de las diversas aproximaciones científicas y, por el otro, como una especulación filosófica, por ejemplo, ha dado lugar al cuestionamiento de las relaciones posibles entre unas y otra: o bien, la bioética es el resultado de aportes de distintos campos científicos y la filosofía como saber integrador no juega un papel fundamental; o bien, la bioética es una rama de la filosofía que echa mano de sus propios recursos metodológicos y conceptuales desatendiendo la problemática planteada por los saberes científicos. Pienso que el enfoque más fecundo es un "intermedio"[44] o de "tercera cultura" como decíamos, es decir, hay que prevenirnos de un acercamiento filosófico que diluya la bioética en una ética general o en una especie de filosofía de segundo rango, pero también que la desdibuje en los diversos conocimientos científicos y los desarrollos tecnológicos a expensas de su identidad filosófica y humanística en general. En este sentido, como afirma Antonio Diéguez:

> La ciencia y la filosofía son discursos distintos, pero no opuestos, que han estado y deben estar en permanente contacto. Las ciencias incluyen supuestos filosóficos que no tematizan ellas mismas y pueden recibir un análisis filosófico fructífero y la filosofía necesita de conocimientos empíricos bien establecidos para no pensar sobre el vacío o para no hacer propuestas que ya se han mostrado como inviables. Entre sus fines hay similitud y complementariedad y entre sus métodos hay diferencias, pero no absolutas.[45]

El historiador de la cultura Peter Burke, ha acuñado una expresión para referirse a esos personajes que han sabido moverse entre las ciencias y las humanidades y que han sido objeto de sendas biografías en los últimos años, quizá según dice el propio autor, "como reacción a nuestra cultura de la especialización": el "polímata", es decir, "alguien que se interesa

---

[44] Luna, Florencia y Salles, Arleen, "Develando la bioética: sus diferentes problemas y el papel de la filosofía", en Luna, Florencia, *Ensayos de bioética. Reflexiones desde el Sur*, México, Fontamara, 2001, p. 20.

[45] Diéguez, Antonio, "Ciencia y filosofía, una dicotomía de corto alcance", *Letras Libres*, México, núm. 290, febrero de 2023, p. 9.

por muchas materias y aprende sobre ellas".[46] Y menciona seguidamente a John Maynard Keynes —entre una larga lista, en diferentes épocas, que el autor analiza en su libro— un economista consumado, con una rara combinación de dotes como matemático, historiador, estadista y filósofo. ¿Genio?, ¿erudito?, digamos con los términos de Burke, un "polímata" o, paradójicamnete, "un especialista de generalidades" como ya lo insinuaba Ortega y Gasset.

La peculiar contribución a la historia del conocimiento de los polímatas: "consiste en ver las conexiones entre los distintos campos que han sido separados, y advertir lo que los especialistas de una determinada disciplina, los entendidos, no han sido capaces de ver".[47] Se distancia así del hiperespecialista —que puede ser por igual un científico o un humanista— abocado a la investigación "de punta" y "original", ajeno a la realidad socio-cultural circundante, exigido por algunas universidades a trabajar en un campo muy limitado y a participar en seminarios "desesperadamente microscópicos".[48] No es este último, ciertamente, el modelo de universitario que demanda la educación para afrontar los retos de la era digital. Más bien, como lo expresa enfáticamente Saúl López Noriega:

> Urge una audaz transformación educativa que revise a fondo disciplinas como el derecho y la economía, que entienda a profundidad las ramificaciones del mundo en línea, que evalúe los alcances de las herramientas estatales ante tales avances tecnológicos, que establezca condiciones propicias para una conversación particularmente interdisciplinaria y que forme mejor a las generaciones de expertos con las habilidades adecuadas para enfrentar los acertijos derivados de la revolución de Internet.[49]

III. Educación igualitaria y democrática

Los valores que se han explicitado en el apartado anterior deben enmarcarse en lo que Amy Gutmann, en línea con el pensamiento de John Dewey, ha propuesto como un "Estado democrático" de educación. Nuestra autora parte de la idea de que la educación debe estar orientada por el debate democrático de los ciudadanos, un ejercicio deliberativo acerca de los valores, las

[46] Burke, Peter, *El polímata. Una historia cultural desde Leonardo da Vinci hasta Susan Sontag*, trad. de Alejandra Pradera, Madrid, Alianza Editorial, 2022, p. 24.

[47] *Ibidem*, p. 27.

[48] *Ibidem*, p. 165.

[49] López Noriega, Saúl, *op. cit.*, p. 216.

políticas y los medios necesarios para su instrumentación, incluyendo los necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo. Este carácter democrático lo resume en los siguientes términos: "La virtud democrática, para decirlo sencillamente, significa la posibilidad de debatir públicamente los problemas educativos […] la habilidad para deliberar y, de esta manera, participar en una consciente reproducción social".[50]

Gutmann sugiere un cierto equilibrio entre las partes que intervienen en la deliberación. Del éxito o fracaso de este equilibrio dependerá la maximización, o no, de los valores de una educación democrática:

> La amplia distribución de la autoridad educativa entre los ciudadanos, padres de familia y educadores profesionales favorece el valor fundamental de la democracia: la reproducción social consciente de su forma más inclusiva. A diferencia del Estado familiar, el Estado democrático reconoce el valor de la educación de los padres para perpetuar algunas concepciones particulares de la vida buena. A diferencia del Estado de familias, el Estado democrático reconoce el valor de la autoridad profesional que capacita a los niños para apreciar y evaluar formas de vida distintas a las que favorecen sus padres. A diferencia del Estado de individuos, el Estado democrático reconoce el valor de la educación política que predispone a los niños para aceptar aquellas formas de vida que son consistentes con los derechos y responsabilidades del ciudadano en una sociedad democrática.[51]

Para guiar la acción del Estado, Gutmann sugiere un par de principios: el de no represión y el de no discriminación. Por el primero se impide al Estado y a cualquier grupo en él, usar la educación para restringir la deliberación racional sobre concepciones de planes de vida y de sociedades diversas. El segundo principio amplía el de no represión y es una condición necesaria para la reproducción del proceso democrático mismo: todo niño y joven educable debe ser educado sin distingo alguno por razones de raza, religión, sexo, preferencia sexual o condición socioeconómica.

La educación en la sociedad democrática debe proveer la capacidad para participar efectivamente en el proceso democrático; sin embargo, es claro que no son idénticas las exigencias para el nivel básico de educación que para el nivel posbásico. El primero incide primordialmente en la *formación* de la autonomía del educando, mientras que el segundo tiene que ver sobre todo con su *ejercicio*, de acuerdo con la distinción propuesta por Carlos Nino ya citada. Esta diferencia se traduce en el problema de la distribución

---

[50] Gutmann, Amy, *Democratic Education*, Princeton University Press, 1987, pp. 11 y 46.

[51] *Ibidem*, p. 42.

de la autoridad educativa: mientras en la educación básica los padres de familia y el Estado juegan un papel relevante al punto de que pueden generarse conflictos entre sus libertades y la autonomía de los niños, en la educación postbásica, el debate democrático incorpora de manera plena al estudiante en el ejercicio de sus libertades y derechos, y restringe la participación de los padres de familia. Esta distinción exige políticas y estructuras de autoridad distintas para uno y otro caso. Por ejemplo, mientras es justificable, en principio, hablar de medidas de acción afirmativa en la educación postbásica no tiene ningún sentido referirse a ellas en el nivel básico. De igual manera, en la asignación de recursos escasos debe darse prelación a la educación básica sobre la postbásica: la tasa de retorno social es más elevada en la primera que en la segunda.

Asimismo, con respecto a la educación básica y la *formación* o *ejercicio* de la autonomía personal, Gutmann pone a prueba su concepción sobre el paternalismo con respecto a la educación de los adultos. Acorde con el pensamiento de Mill, nuestra autora rechaza toda posible injerencia del Estado para obligar a los adultos a educarse. Un gobierno democrático no debe forzar a los adultos a ser educados por respeto a su autonomía y dignidad como ciudadanos.[52] No es equivalente, sin más, el adulto, analfabeta, que el niño o el joven, pero el Estado tiene el deber de poner las condiciones idóneas e incluso promocionar, a través de campañas de alfabetización, las ventajas de la educación básica, siempre en interés de los propios adultos.

Por otra parte, dado el deber positivo del Estado de satisfacer el derecho a la educación, entendido como un derecho social fundamental, cabe preguntarse con Gutmann, qué comunidad democrática —local, estatal o federal— debe ejercer la autoridad sobre las escuelas y quiénes son, en definitiva, los principales responsables de transmitir los valores de una comunidad democrática. Respecto a la primera interrogante, deben excluirse dos extremos posibles: delegar en los consejos de las escuelas locales el control total de la escolaridad, que reduciría al Estado a una colección atomizada de unidades independientes negando el interés colectivo a una educación común; o centralizar el control de la educación dejando en las manos de la burocracia estatal su aplicación *de facto*. El federalismo educativo, para Gutmann, exige preservar y fortalecer el control democrático local sobre las escuelas, pero dentro de los límites que propone el cultivo de una cultura común y la enseñanza de los valores democráticos.

Preservar el control mediante los consejos locales, continúa Gutmann, no sólo facilita una mayor eficiencia, sino que incluso permite que los con-

[52] *Ibidem*, p. 281.

tenidos educativos varíen de acuerdo con las propias circunstancias locales y las preferencias democráticas. Una ventaja adicional es que el control local facilita la participación de ciudadanos en actividades políticas más allá del acto de votar. Por su parte, asegurar por medio de la Federación, la enseñanza de los valores democráticos y el cultivo de una cultura común pone límites a los excesos en los que podrían incurrir los particularismos locales. Si se parte de una justificación de la democracia en términos de un discurso racional y dialogado, deben rechazarse en todas las instancias gubernamentales —especialmente en los consejos escolares— el perpetuar las creencias sostenidas por las mayorías dominantes y evitar lo que Mill llamó "el despotismo sobre las mentes". No existe verdadera democracia en las escuelas si los consejos escolares terminan controlando los contenidos curriculares o los métodos didácticos, reprimiendo los cambios razonables que puedan introducir los mismos profesores. Son éstos, sin duda, los que cargan con la responsabilidad en las escuelas de transmitir y difundir los valores democráticos, así como la cultura común. Si con respecto a esta última lo que importa es preservarla, transmitirla y recrearla, ello no sería posible sin la capacidad de reflexionar críticamente sobre ella y no nada más difundirla o transmitirla acrítica o pasivamente.

El profesionalismo que se exige al maestro demanda, entonces, un alto grado de autonomía personal, desde los niveles básicos hasta los superiores, bajo el principio de libertad de cátedra. En términos de Gutmann:

> Para apoyar el profesionalismo entre los profesores, las comunidades democráticas deben delegar en un grado sustancial el control sobre lo que sucede en el salón de clases. Aunque la junta escolar puede establecer el *curriculum*, no debe dictar a los profesores la forma en que tal *curriculum* debe ser enseñado, en tanto ellos no discriminen a los estudiantes o repriman puntos de vista razonables. Aunque la junta escolar puede decidir los libros de texto, no debe controlar el uso que hagan los profesores de ellos […] si los profesores de educación básica no pueden ejercitar la independencia intelectual en su salón de clase, no pueden enseñar a los estudiantes a ser intelectualmente independientes.[53]

Se trata de la misma profesionalidad y exigencia que demandan otras profesiones como la de médico o juez. Gutmann insiste en este punto, aparentemente obvio, pero que no lo es, si se cae en la cuenta de que muchos maestros que comienzan su carrera profesional con un gran sentido de su misión intelectual y social, al cabo de unos años terminan en una situación

[53] *Ibidem*, p. 82.

rutinaria y apática. En buena parte, esto se debe a las mismas estructuras de gestión escolar, con escasa vocación democrática y bajos salarios que resultan poco estimulantes. A esto hay que agregar que, en no pocos establecimientos públicos, y también privados, los salones de clase son muy numerosos, sin las condiciones higiénicas adecuadas, y sin los insumos elementales para una educación debidamente actualizada. Sin embargo, aun cuando se pudieran solventar estos inconvenientes, Gutmann comparte la siguiente cita: "Está bien hablar sobre la contratación de personas talentosas para enseñar a través de salarios altos y otros medios. Pero a menos de que también se pueda implicar a estos profesores en la elección de los *curricula*, en la selección de libros de texto y en la conformación de las políticas escolares, no permanecerán mucho tiempo en la institución".[54] Si todo esto se puede decir de la educación básica, *a fortiori* de la educación posbásica.

Finalmente, para Gutmann, el ideal de una educación democrática es el de un proceso de reproducción social consciente y responsable que exige educar a los ciudadanos en el procedimiento de deliberación colectiva. Esta educación, entendida en un sentido más amplio como "educación política", concierne no sólo a las escuelas, sino que compromete también a otros procesos formativos. Por ello, en palabras de nuestra autora:

> […] la idea de la primacía de la educación política integra los propósitos educativos de las instituciones culturales, económicas y políticas dentro de una visión democrática coherente. El propósito educacional primario de los medios de comunicación masiva, de las actividades productivas, del gobierno, así como el de las escuelas, es el de cultivar el conocimiento, las habilidades y las virtudes necesarias para la deliberación democrática entre los ciudadanos.[55]

IV. Otra vuelta de tuerca al liberalismo

Regreso a Zuboff y concluyo con una visita final al liberalismo. El *golpe desde arriba*, al que hacíamos referencia más arriba, y la propensión a ignorar la complejidad del conocimiento, bajo la tentación de un reduccionismo dogmático y simplificador, sobre los que nos insistía Morin, es sin duda una realidad que pone en alerta a quienes desde un "constitucionalismo democrático robusto" y un "ethos liberal" han intentado dar una respuesta a las derivas

---

[54] Saul Cooperman, Comisionado de Educación por el Estado de New Jersey, citado por Amy Gutmann, *ibid.*

[55] Gutmann, Amy, "The Primacy of Political Education", en Murchland, Bernard (ed.), *Higher Education and the Practice of Democratic Politics*, Dayton, 1991, p. 69.

autoritarias de un capitalismo camaleónico que en esta última fase, en la era digital, adquiere características que lo convierten ya no sólo en un depredador despiadado, sino además en un arrogante seductor. Lo más irónico, incluso, es que "ahora pagamos para ser dominados" y a diferencia de los escenarios orwellianos, comenzamos a ser proclives a "querer ser dominados", no con resignación sino con una pausada complacencia.

Es necesario releer y reivindicar un "constitucionalismo robusto" con dimensiones globales. De lo que se trata es de hacer viable un constitucionalismo que, en los términos de David Held, podría justificarse en los siguientes principios: igual valor y dignidad de los seres humanos; participación activa entendida como capacidad de los seres humanos para "razonar auto-conscientemente, ser auto-reflexivo y con determinación propia"; responsabilidad personal y pública (*accountability*); consentimiento que exige un proceso político no coercitivo por medio del cual "los individuos puedan llevar a cabo sus interconexiones e interdependencias públicas"; toma de decisiones colectiva mediante procedimientos democráticos en lo referente a los asuntos públicos; inclusividad y subsidiariedad por los cuales aquellos que se vean afectados significativamente por las decisiones públicas "deberían, *ceteris paribus*, tener igualdad de oportunidades directa o indirectamente por medio de sus representantes elegidos para ejercer cierta influencia sobre los mismos"; evitación de los daños graves y mejora de las necesidades más apremiantes; sostenibilidad, por el cual todo desarrollo económico y social debe procurar la buena administración de los recursos básicos —irreemplazables e insustituibles— del mundo.[56] Es bajo este marco general como deben comprenderse los esfuerzos de la UNESCO[57] y de la Unión Europea,[58] en nuestros días, para orientar y regular el uso de la Inteligencia Artificial, así como propuestas como las de Luigi Ferrajoli, a partir de una rigurosa argumentación filosófico-jurídica.[59]

---

[56] Held, David, "Los principios del orden cosmopolita", *Law and Justice in a Global Society*, IVR, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Universidad de Granada, 2005, pp. 127 ss.

[57] UNESCO, *Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial*, 23 de noviembre de 2021. En el numeral 5 se especifica el propósito ético general: "La presente Recomendación tiene por objeto servir de base para poner los sistemas de IA al servicio de la humanidad, las personas, las sociedades y el medio ambiente y los ecosistemas, así como para prevenir daños. Aspira también a estimular la utilización de los sistemas de IA con fines pacíficos".

[58] Ley para regular la Inteligencia Artificial, aprobada por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023, y que podría entrar en vigor en 2026 después de analizar las innumerables enmiendas que se han presentado a la misma y de negociar con los 27 países de la Unión.

[59] Ferrajoli, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad.de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2022. El autor concentra su atención en las "catástrofes globales" y en "salvar la Tierra", si bien en la sección que titula, "Los derechos de li-

A lo largo del libro he intentado desarrollar diferentes enfoques sobre la justicia manteniendo como hilo conductor mi preferencia por un liberalismo igualitario, laico y deliberativo. Quiero concluir apuntando un par de ideas más que permiten redondear esta concepción: una "vuelta de tuerca" más. En 1990, Judith Shklar, publicaba un libro en el que se daba a la tarea, entre otras cosas, de mostrar el lado humano del pensamiento liberal poniendo el acento, no en una teoría de la justicia, sino en *Los rostros de la injusticia*.[60] El peor de los males es la crueldad y la autora entendía por ésta, en uno de sus ensayos más citados: "la deliberada imposición de daños físicos —y, secundariamente, emocionales— a una persona o a un grupo más débil por parte del más fuerte con el objetivo de alcanzar algún fin, tangible o intangible, de este último".[61] Es tarea de una sociedad liberal, pensaba Shklar, evitar el sufrimiento y construir una sociedad libre a partir de la ausencia de temores y de la eliminación, con todos los instrumentos legales y políticos a la mano, del "miedo al miedo": "La cosa de que tengo más miedo es el miedo", decía Montaigne, "más importuno e insoportable que la muerte".[62] Debemos exorcizar el miedo, y sobre todo "el miedo al miedo" porque, finalmente, la condición necesaria de nuestra autonomía y de nuestro trato igualitario en dignidad, tiene que ver con la ausencia de temores, es decir, ser tratados sin crueldad y sin humillación. Enfatizo esta vía negativa propuesta por Shklar porque es verdad que el pensamiento propio de la modernidad liberal, aun en su mejor versión, ha puesto el acento, unilateralmente, en la versión positiva del liberalismo con el concepto de autonomía, y en esa necesidad de reconocer nuestras capacidades y merecimientos frente a los paternalismos injustificados, los poderes fácticos, los perfeccionismos fundamentalistas, y todas las manifestaciones de poderes autoritarios que limitan o niegan nuestra privacidad, consentimiento y responsabilidad. Pero es verdad, también, que hemos descuidado esa otra cara del liberalismo que

bertad", dedica el artículo 19 a "La inmunidad frente a imposiciones tecnológicas" y que, en su enunciación categórica, vale la pena transcribir: "Nadie puede ser sometido a decisiones automatizadas, basadas únicamente en algoritmos, relativas a su persona o que de cualquier modo incidan en su vida./ Se prohibe y se castigará cualquier aplicación de la inteligencia artificial o de la robótica si viola la dignidad, la privacidad y la libertad de las personas./ Se prohíbe cualquier aplicación tecnológica sobre la persona humana capaz de provocar mutaciones dañosas y permanentes de su identidad".

[60] Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia,* trad. de Alicia García Ruiz, Barcelona, Herder, 2010.

[61] Shklar, Judith, "The Liberalism of Fear" (1991), *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 11.

[62] Montaigne, *Ensayos,* trad. Juan G. de Luaces, México, Porrúa, 2003, Libro Primero, XVII.

Shklar denominó con una afortunada expresión: el "liberalismo del miedo". Por ello, frente a la amenaza de un Capitalismo vigilante la primera tarea es restiuir la esperanza y la fuerza de voluntad para "exorcizar el miedo". Hoy, más que nunca, es urgente educar a la ciudadanía y "reavivar la sensación de indignación y pérdida ante lo que se nos ha quitado" porque "lo que está en juego aquí es la experiencia humana de soberanía sobre nuestra propia vida y de autoría de nuestra propia experiencia. Lo que está en juego es la experiencia interior desde la que formamos nuestra voluntad de querer y los espacios públicos que inciden en esa voluntad".[63]

La segunda idea a la que quiero referirme me fue sugerida en un pequeño libro de Michael Walzer,[64] en el que el autor hace uso de la expresión "liberal", no como sustantivo sino como adjetivo, es decir, una *cualidad* que puede acompañar a las diferentes teorías que han ido apareciendo en la historia moderna y contemporánea y que van desde las demócratas y socialistas hasta las comunitarias y feministas. La mejor manera de entender el *ethos* liberal, piensa Walzer, es en términos morales más que en términos políticos o culturales, es decir, estar dispuestos a vivir con la ambigüedad, sin dogmatismos ni fanatismos, con la mente abierta y tolerantes. Acompañarse, también, de algunas emociones y estados anímicos como la generosidad, la compasión, el humor, así como una suave ironía, y comprender el "vive y deja vivir" no con un sentido relativista, sino bajo el reconocimiento de límites morales infranqueables y, en primer lugar, el que correponde al "pecado capital de la crueldad".[65] Existe una conexión "adjetiva" entre las diferentes teorías políticas sustantivas, por lo que es posible hablar de demócratas liberales como de socialistas liberales, feministas liberales y aun de nacionalistas liberales. Eliminar el adjetivo liberal podría conducir tales teorías a posiciones monistas, dogmáticas, intolerantes y represivas. Desde este punto de vista, para Walzer, la moral y la sensibilidad liberales tienen un sentido de decencia y de universalidad.[66] Ya en un libro previo, *On Toleration*, Walzer reconocía, contra cualquier asomo de relativismo comunitarista, que: "los actos y prácticas que «producen *shock* en la conciencia de la humanidad» son en principio intolerables", por ejemplo, "la crueldad, opresión, misoginia, racismo, esclavitud o tortura".[67] Si estas acciones son

---

[63] Zuboff, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, *cit.*, p. 689.

[64] Walzer, Michael, *The struggle for a Decent Politics. On "Liberal" as an adjective*, New Haven-Londres, Yale University Press, 2023.

[65] *Ibidem*, pp. 3 y 4. Walzer reconoce su deuda con Judith Shklar, "maestra y amiga", a partir de la lectura de su libro *Ordinary Vices*, de 1984, sobre los siete pecados capitales.

[66] *Ibidem*, p. 5.

[67] Walzer, Michael, *On Toleration*, *cit.*, p. 21.

censurables, lo son en la medida en que atentan no contra los valores de la comunidad, sino contra la autonomía y dignidad de los individuos que, en tanto tales, no merecen ningún tipo de trato humillante. Es necesario educar bajo estas premisas y por ello, concluye Walzer:

> […] necesitamos profesores liberales que defiendan la libertad de expresión en el campus universitario; intelectuales liberales que no sólo «digan la verdad al poder» sino que digan la verdad simple y llanamente […] La batalla por la decencia y la verdad se encuentra entre las batallas políticas más relevantes de nuestro tiempo, y el adjetivo "liberal" es nuestra arma más importante.[68]

Sólo bajo este *ethos* liberal, y desde una genuina vocación democrática y un constitucionalismo robusto, a nivel local y global, puede y debe justificarse un tipo de educación integral, compleja, creativa e interdisciplinar, de cara a los grandes desafíos de la era digital.

[68] Walzer, Michael, *The Struggle for a Decent Politics*, *cit*., p. 151.

GUÍA DE LECTURAS

PRELIMINARES

DERECHO, MORAL Y JUSTICIA

Autores "clásicos" contemporáneos

WEBER, Max, *El político y el científico (Politik als Beruf,* 1919), trad. de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza Editorial, 1986, pp. 160-176.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia? (Was ist Gerechgtikeit?,* 1953), trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, pp. 9-26, 75-83.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho (Vorschule der Rechtsphilosophi,* 1948), trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 1951, pp. 31-35; 43-45 y 178-180.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia (On Law and Justice,* 1958), trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 261-268.

HART, Herbert, *El concepto de derecho (The Concept of Law,* 1961), trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 196-208.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico (Il problema del positivismo giuridico,* 1965), trad. de Ernesto Garzón Valdés, Ciudad de México, Fontamara, 2009, pp. 73-97.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo (1968)*, México, Fontamara, 2009, pp. 141-154.

Autores clásicos

ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 2004, lib. V, pp. 80-91.

Instrumentos jurídicos

Reino Unido, High Court of Justice (Queen's Bench Division), *Her Majesty The Queen vs. Tom Dudley and Edwin Stephens,* 14 Q.B.D. 273, 1884, tomado de Radbruch, Gustav, "El caso de la Mignonette", en *El espíritu del derecho inglés (Der Geist des englischen Rechts,* 1946), trad. de Fernando Vela, España, Revista de Occidente, 1958, pp. 111-118.

Nino, Carlos S., "Los juicios de Núremberg", en *Introducción al análisis del derecho (1980)*, 11ª ed., España, Ariel, 2003, pp. 18-27.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfG EuGRZ 1996, 538, 24 de noviembre 1996, tomado de Guibourg, Ricardo A., "De los guardianes del muro", *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría General de Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 458-478.

Capítulo primero

Justicia como imparcialidad

Autores contemporáneos

Rawls, John, *Teoría de la justicia (A Theory of Justice,* 1971), trad. de María Dolores González, México, FCE, 1995, pp. 17-21, 22-33, 55-56, 57-58, 67-71, 88-93, 187-192, 236-242, 280-281, 521-523, 525, 527-530.

Barry, Brian, *La justicia como imparcialidad (Justice as Impartiality,* 1995), trad. de José Pedro Tosaus Abadía, Barcelona, Paidós Ibérica, 1997, pp 29-43, 92-97, 106-112, 140-144.

Autores clásicos

Kant, Immannuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten,* 1785), trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2010, pp. 37-38, 41-43, 48-54.

Instrumentos jurídicos

Corte Suprema de Estados Unidos, *Oliver Brown, et al. vs. Board of Education of Topeka, et al.,* 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others,* CCT11/00 [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 de octubre de 2000.

México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, amparo directo en revisión 502/2007, 28 de noviembre de 2007, voto concurrente del ministro José Ramón Cossío.

Capítulo segundo

Justicia como contrato, autopropiedad, mérito y eficiencia

Autores contemporáneos

Buchanan, James M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán (The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan,* 1975), trad. de Verónica Sardón, Madrid, Katz Editores, 2009, pp. 17-26, 30-32, 49-51, 241-245, 253-256, 260-261.

Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía (Anarchy, State and Utopia,* 1978), trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, FCE, 1988, Prefacio, pp. 153-157.

Sadurski, Wojciech, *Giving Desert its Due*, University of Sydney, 1985, pp. 116-119, 120-124, 126-131, 132-133, 134-136, 136-137, 138-139, 156-157.

Cooter, Robert, "Liberty, Efficiency, and Law", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 50, núm. 4, 1987, pp. 141-163.

Autores clásicos

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil (Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil,* 1651), trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, pp. 100-117, 137-141.

Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil (Second Treatise of Government,* 1690), trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2000, cap. V, pp. 55-75; cap. IX, pp. 134-138.

BENTHAM, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* 1789), trad. de Margarita Costa, Buenos Aires, Claridad, 2008, cap. I, pp. 11-16; cap. IV, pp. 35-38.

MILL, John Stuart, *Sobre la libertad (On Liberty,* 1859), trad. de Pablo de Azcárate y Natalia Rodríguez Salmones, Madrid, Alianza Editorial, 1989, pp. 65-69.

———, *El utilitarismo* (Utilitarianism, 1863), trad. de Ramón Castilla, Buenos Aires, Aguilar, 1960, pp. 27-33.

Instrumentos jurídicos

México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 155/2011, 2011, Escrito de demanda de amparo de Fabián Aguinaco *et al.*, "Amparo de los intelectuales".

Corte Suprema de Estados Unidos, *Citizens United vs. Federal Election Commission,* 08-205, 558 U.S.310, 2010.

Posner, Richard A., *The Economics of Justice,* Estados Unidos, Harvard University Press, 1981, pp. 351-363.

Campbell, Tom D., "Remuneración justa", en *La justicia: los principales debates contemporáneos (Justice. Issues in Political Theory,* 1988), trad. de Silvana Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2009, pp. 171-180.

CAPÍTULO TERCERO

JUSTICIA COMO COMUNIDAD Y VIDA BUENA

Autores contemporáneos

TAYLOR, Charles, *Hegel (Hegel,* 1975), trad. de Francisco Castro Merrifield, Carlos Mendiola Mejía y Pablo Lazo Briones, México-Barcelona, Anthropos-UIA-UAM, 2010, cap. XIV, pp. 325-335.

WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia (Spheres of Justice,* 1983), trad. de Heriberto Rubio, México, FCE, 1993, Prefacio, pp. 11-12; cap. I, pp. 17-34, 41-43.

SANDEL, Michael J., *Justicia (Justice,* 2008), trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, cap. 9, pp. 244-267, 272-276.

Autores clásicos

ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1954, lib. VIII, pp. 183-184, 197-199.

———, *Política*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1963, lib. Primero, I, pp. 1-5.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas (Enzyklopaedie der philosophischen Wissenschaften,* 1817, 1827), trad. de E. Ovejero y Maury, México, Porrúa, 1973, párrs. 513-517, 535-538, 540-545; pp. 263-264, 270-271, 273-278.

MARX, Karl, *La ideología alemana (Die deutsche Ideologie,* 1846), trad. de Wenceslao Roces, Montevideo-Barcelona, Pueblos Unidos-Grijalbo, 1974, pp. 40-41, 49-51.

Instrumentos jurídicos

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523/97, exp. T-124907, 1997.

México, Congreso de Oaxaca, sesión del Colegio Electoral, *Diario de debates,* núm. 009, 13 de diciembre 2007, pp. 253-264.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 de febrero 2009, Preámbulo y artículos 1-5, 8-11, 17, 19-20, 30-32, 42, 45, 98-102, 107, 196-197, 199-200, 209-211, 270, 280-282, 289-293, 303, 306-307, 374-375, 385, 393-395, 397 y 403.

CAPÍTULO CUARTO

JUSTICIA COMO DISPOSICIÓN CONSERVADORA

Autores contemporáneos

OAKESHOTT, Michael, *El racionalismo en la política y otros ensayos* (*Rationalism in politics and other essays,* 1962), trad. de Eduardo Suárez Galindo, México, FCE, 2000, pp. 376-380, 390-400.

SCRUTON, Roger, "Meaning of Conservatism", en *Conservative Texts*, Reino Unido, Palgrave Macmillan, 1990, pp. 266-284.

MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud* (*After Virtue*, 1981), trad. de Amelia Valcárcel, Barcelona, Crítica, 2004, pp. 272-275, 300-313.

Autores clásicos

BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución en Francia* (*Reflections on the Revolution in France,* 1790), trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2016, pp. 89-95, 102-108.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América* (*De la démocratie en Amérique*, 1835, 1840), trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1957, pp.105, 206, 235, 241-242, 260-261, 643-645.

BAGEHOT, Walter, *La Constitución inglesa* (*The English Constitution*, 1867), trad. de Adolfo Posada, México, IIJ-UNAM, 2005, pp. 27-40.

Instrumentos jurídicos

Corte Suprema de Estados Unidos, *Wisconsin vs. Yoder.* 406 U.S. 205 (1972), opinión de la Corte y voto disidente del juez William O. Douglas.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Acción de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 24029S, "Fecundación *in vitro* es inconstitucional", exp. 95-001734-0007-CO, octubre de 2000.

Corte Suprema de Estados Unidos, *Lawrence vs. Texas,* 539 U.S. 558 (2003), voto disidente formulado por el juez Antonin Scalia.

Consejo Mexicano de la Familia, A.P.B, Iniciativa ciudadana de reforma constitucional para proteger el matrimonio y la familia, "Reforma por la Familia, por los niños y por todos", México, febrero de 2016.

CAPÍTULO QUINTO

JUSTICIA COMO PLURALIDAD CULTURAL

Autores contemporáneos

KYMLICKA, Will, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía (Politics in the vernacular: nationalism, multiculturalism, and citizenship,* Oxford University Press, 2001), trad. de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar, España, Paidós, 2003, pp. 99-113, 114-128.

BENHABIB, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en era global (The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era, Princeton University Press,* 2002), trad. de Alejandra Vasallo, Madrid, Katz Editores, 2005, pp. 21-47.

VILLORO, Luis, *Los retos de la sociedad por venir,* México, FCE, 2007, pp. 152-171, 185-201.

Autores clásicos

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes (L´esprit des lois,* 1748), México, Oxford University Press, 1999, pp. 4-5, 158-161 y 210.

HERDER, Johann Gottfried, *Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad (Ideen zur philosophie der geschichte der Menschheit,* 1784), trad. de J. Rovira Armengol, Argentina, Losada, 1959, pp. 391-395.

Instrumentos jurídicos

Canadá, Commission de Consultation sur les Practiques d' Accommodements Reliées aux Différences Culturelles, *Building the Future. A Time For Reconciliation*, Informe de Gérard Bouchard y Charles Taylor, 2008.

México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Sala Regional, "JUZGAR CON PERSPECTIVA INTERCULTURAL. ELEMENTOS PARA SU APLICACIÓN EN MATERIA ELECTORAL", Tesis XLVIII/2016, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral,* TEPJF, año 9, núm. 18, 2016, pp. 93, 94 y 95.

———, Recurso de reconsideración SUP-REC-830/2014, 2014.

Sauca Cano, José María, y Wences Simon, Isabel, "Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en Revista *Eunomía*, núm. 9, octubre de 2015, pp. 195-204.

CAPÍTULO SEXTO

JUSTICIA COMO IGUALDAD SOCIALISTA

Autores contemporáneos

ATIENZA, Manuel *et al.*, *¿Por qué leer a Marx hoy?*, México, Fontamara, 2008.

CAMPBELL, Tom, *La justicia*, Barcelona, Gedisa, 2002, "La justicia como crítica: Marx y la explotación", pp. 181-200.

COHEN, Gerald, *Why not Socialism?*, Princeton University Press, 2009, pp. 1-82.

ELSTER, Jon, *An Introduction to Karl Marx*, Cambridge University Press, 1986, pp, 41-59; 79-101.

HORKHEIMER, Max, *Crítica de la razón instrumental*, Madrid, Trotta, 2002; "Medios y fines", pp. 45-87.

PEREYRA, Carlos, *Sobre la democracia*, México, Cal y Arena, 1990; "I. Teoría política y democracia", pp. 31-38, 39-43, 57-64, 69-78, 83-87, 89-100.

WOLDENBERG, José, *Grandes problemas. La democracia como problema (un ensayo)*, México, El Colegio de México-UNAM, 2015; "Los problemas que debe atender la democracia", pp. 124-170.

Autores clásicos

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, "Manifiesto del Partido Comunista (1848)", *Obras escogidas de Marx y Engels*, Moscú, Editorial Progreso, 1971, t. I, pp. 19-39, 48-50.

MARX, Karl, "Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política" (1859), México, Ediciones Pasado y Presente, 1980, pp. 76-78.

MARX, Karl, "Crítica al Programa de Gotha (1875)", *Obras escogidas de Marx y Engels*, Moscú, Editorial Progreso, 1971, t. II, pp. 5-6, 10-29.

MARX, Karl, *El Capital* (1867), trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, vol. I, pp. 3-8, 36-44, 130-138, 143-145, 146.

MARX, Karl, "Tesis sobre Feuerbach (1845)", en Marx-Engels, *La ideología alemana*, Montevideo-Barcelona, Pueblos Unidos-Grijalbo, 1974, pp. 666-667.

Instrumentos jurídicos

CAMPOS-VÁZQUEZ, R., KROZER A., RAMÍREZ, A., VÉLEZ, R., DE LA TORRE, R., Perceptions of Inequality and Social Mobility, Centro de Estudios Espinosa Yglesias A. C - El Colegio de México, febrero de 2020. *https://ceey.org.mx/perceptions-of-inequality-and-social-mobility/*

WOLDENBERG, José, *El cambio político en México,* México, Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo-Colegio del Estado de Hidalgo, 2007.

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos:

Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, en *Diario Oficial de la Federación,* 30 de diciembre de 1977.

Decreto por el que se reforman los artículos 73 fracción VI, 79 fracción V, 89 fracciones II y XVII, 110 primer párrafo, 111 primer párrafo y 127; y se deroga la fracción VI del artículo 74 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Diario Oficial de la Federación,* 10 de agosto de 1987.

Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 5o., 35 fracción III, 36 fracción I, 41, 54, 60 y 73 fracción VI, base 3a., y se derogan los artículos transitorios 17, 18 y 19, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Diario Oficial de la Federación,* 6 de abril de 1990.

Decreto por el que se reforman los artículos 41, 54, 56, 60, 63, 74 y 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Diario Oficial de la Federación,* 3 de septiembre de 1993.

Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en *Diario Oficial de la Federación,* 22 de agosto de 1996.

Capítulo séptimo

Justicia como derechos, capacidades y no sometimiento

Autores contemporáneos

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio (Taking Rights Seriously,* 1978), trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2012, pp. 257-274 y 293-302.

———, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad* (*Sovereign Virtue: the Theory and Practice of Equality*, 2000), trad. de Fernando Aguilar y de María Julia Bertomeu, España, Paidós Ibérica, 2003, pp. 75-93.

Sen, Amartya, *La idea de justicia* (*The Idea of Justice,* 2009), trad. de Hernando Valencia Villa, México, Taurus-Grupo Santillana, 2010, pp. 11-17, 20-23, 255-278, 284-298.

Cohen, Gerald A., *Si eres igualitarista ¿cómo es que eres tan rico? (If you're an egalitarian, how come you're so rich*?, 2000), trad. de Luis Arenas Llopis y Óscar Arenas Llopis, España, Paidós, 2001, pp. 166-180, 192-196 y 201-209.

———, *¿Por qué no el socialismo?* (*Why not socialism,* 2009), trad. de Verónica Sardón, Madrid, Katz Editores, 2011, pp. 15-43.

FISS, Owen, "El inmigrante como paria" (The Immigrant as Pariah, 1999), en Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales: la protección constitucional de los nuevos ciudadanos,* trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, Fontamara, 2008, pp. 29-44.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, pp. 33-66.

Autores clásicos

SMITH, Adam, *Teoría de los sentimientos morales (The Theory of Moral Sentiments,* 1759), trad. de Carlos Rodriguez Braun, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 49-54, 57-60, 66-72.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre (The Rights Of Man,* 1791), trad. de José Antonio Fernández de Castro y Tomás Muñoz Molina, México, FCE, 1986, pp 101-105.

MARX, Karl, *Manuscritos de economía y filosofía (Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahre 1844,* 1932), trad. de Francisco Rubio Llorente, España, Alianza Editorial, 1984, pp. 103-119.

Instrumentos jurídicos

Zepeda Lecuona, Guillermo Raúl, "El sistema jurídico mexicano frente a la desigualdad", Impunidad Cero, *Este País*, julio de 2017.

Grupo Consultivo de la OMS sobre la Equidad y Cobertura Universal de Salud, *Cómo tomar decisiones justas en el camino hacia la cobertura universal de salud. Informe final*, Washington, DC, Organización Panamericana de la Salud-OMS, 2015.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Q. C., S. Y. vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo,* 2012.

CAPÍTULO OCTAVO

JUSTICIA COMO NO DOMINACIÓN

Autores contemporáneos

YOUNG, Iris, "Five Faces of Oppression", en *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 39-65.

PETTIT, Philip, *Republicanismo: una teoría sobre la libertad y el gobierno (Republicanism: A Theory of Freedom and Government,* 1999), trad. de Toni Domenech, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 77-103, 349-363.

MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 243-267.

Autores clásicos

MAQUIAVELO, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio (Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio, 1512-1517)*, trad. de Roberto Raschella, Madrid, Losada-Alianza Editorial, 2004, pp. 49-68, 81-88, 205-219, 379-382, 410-413, 438-439, 448-450.

FERGUSON, Adam, *Ensayos sobre la historia de la sociedad civil (An Essay on the History of Civil Society,* 1767), trad. de Isabel Wences, Akal, Madrid, 2010, pp. 102-120, 209-224, 271-275, 314-327.

ARENDT, Hannah, *La condición humana (The Human Condition,* 1958), trad. de Ramón Gil Novales, Barcelona, Seix Barral, 1974, pp. 40-42, 44-52, 55-63, 68-77, 96-103, 105-109.

Instrumentos jurídicos

México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 2676/2003, México, 2003.

México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "Estudio sobre las quejas por expulsiones de niños en las escuelas por negarse a saludar y honrar a la bandera y a cantar el himno nacional", núm. 28, noviembre de 1992, México, *Gaceta* CNDH, pp. 87-93.

ONU, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, , firmada en Mérida, 14 de diciembre de 2005, serie 2349, vol. 41.

CAPÍTULO NOVENO

JUSTICIA COMO EMPODERAMIENTO Y EMANCIPACIÓN

Autores contemporáneos

NUSSBAUM, Martha, "Women's Capabilities and Social Justice", en *Journal of Human Development*, vol. 1, núm. 2, 2000, pp. 219-247, 222-223, 229-244.

MACKINNON, Catharine, *Feminismo inmodificado (Feminism Unmodified,* 1987), trad de Teresa Arijón, Argentina, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 13-18, 19-37, 57-79 y 109-118.

BUTLER, Judith, *El género en disputa (Gender Trouble o Undoing Gender,* 2004), trad. de María Antonia Muñóz, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 35-42, 45-60, 64-71, 85-99.

LAMAS, Marta, "Dimensiones de la diferencia", en *Cuerpo, sexo y política*, México, Fontamara, 2013, pp. 157-201.

Autores clásicos

CONDORCET, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano (Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain,* 1795), trad. de Francisco González Aramburo, México, FCE, 1997. pp. 356-362.

BEAUVOIR, Simone de, *El segundo sexo (Le deuxième sexe,* 1949), trad. de Juan García Puente, México, Debolsillo, 2014, pp. 207-220, 710-725.

Instrumentos jurídicos

BERGALLO, Paola y GHERARDI, Natalia, "Trabajo", en Motta, Cristina y Sánchez, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2008, t. 1, pp. 225-266.

LEMAITRE, Julieta, "Violencia", en MOTTA, Cristina y SÁNCHEZ, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2008, t. 1, pp. 567-571, pp. 583-587.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero 2012. Serie C, núm. 239.

———. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

CAPÍTULO DÉCIMO

JUSTICIA COMO PROCEDIMIENTO (DEMOCRÁTICO) Y DELIBERACIÓN)

Autores contemporáneos

RAWLS, John, *Liberalismo político (Political Liberalism,* 1993), trad. de Sergio René Madero Báez, México, FCE, 2006, pp. 30-39, 137-143, 145-163, 167-170.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, 1992), trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Trotta, 2005, pp. 63-72, 76-103, 237-262.

NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa* (*The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996), trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 154-186, 190-201.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Representación y democracia" (1989), en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 631-650.

———, "Restricciones de la democracia representativa", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal,* núm. 31, 2011, México, pp. 113-132.

BOVERO, Michelangelo y FERRAJOLI, Luigi, "Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas", en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Edición conmemorativa de los 20 años del Instituto Federal Electoral 1990-2010*, vol. 2, Teoría de la democracia, México, IFE, 2011, pp. 281-308.

SALAZAR, Luis y WOLDENBERG, José, "Principios y valores de la democracia", en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Edición conmemorativa de los 20 años del Instituto Federal Electoral 1990-2010*, México, IFE, 2011, vol. 2, Teoría de la democracia, pp. 19-52.

MOUFFE, Chantal, *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical* (*The return of the political,* 1993), trad. de Marco Aurelio Galmarino, Buenos Aires, Paidós, 1999, Introducción y cap. I, pp. 11-41.

Autores clásicos

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social (Du contrat social,* 1762), trad. de Leticia Halperín Donghi, Losada, 2003, pp. 53-60, 67-91.

KANT, Immannuel, *Filosofía de la historia* (*Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht,* 1784), trad. de Eugenio Imaz, México, FCE, 1978, pp. 157-180.

KELSEN, Hans, "Los fundamentos de la democracia", en KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo,* edición y selección de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 207-213, 242-244.

Instrumentos jurídicos

Convención Nacional Constituyente, Constitución Política de la República Oriental del Uruguay, artículos 79, 82, 304, 322, 331 y decisión plebiscitaria.

Asamblea General de la República Oriental del Uruguay, Ley Nº 15.848 (Ley de caducidad de la pretensión punitiva), 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay.* Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2001. Serie C, núm. 221.

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

JUSTICIA GLOBAL. PLURALISMO Y COSMOPOLITISMO

Pluralistas

Autores contemporáneos

WALZER, Michael, "«The Moral Standing of States». A Response to Four Critics", en HORTON, K. y POGGE, T. (eds.), *Global Ethics: Seminal Essays, Global Responsabilities,* St. Paul MN, Paragon House, 2008, vol. II, pp. 51-71.

RAWLS, John, *El derecho de gentes (The Law of Peoples,* 1999), trad. de Hernando Valencia Villa, España, Paidós, 2001, segunda parte, pp. 73-105.

NAGEL, Thomas, "El problema de la justicia global" (The Problem of Global Justice, 2005), trad. de Margarita Maxit, Juan González Bertomeu y Joaquín Millón, en *Philosophy & Public Affairs,* vol. 33, núm. 2, 2005, pp. 47-113.

HABERMAS, Jürgen, "¿Es aún posible el proyecto kantiano de la constitucionalización del derecho internacional?" (The Kantian Project of the Constitutionalization of International Law. Does it Still have a Chance?, 2005),

trad. de Ciaran Cronin, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derecho y justicia en una sociedad global*, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía, Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 101-114.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, "El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derecho y justicia en una sociedad global*, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía, Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 363-385.

Autores clásicos

HOBBES, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (*Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1651), trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, pp. 100-109, 118-119.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político (Der Begriff des Politischen,* 1932), trad. de Rafael Agapito, Madrid, Alianza Editorial, 1991, pp. 56-61, 74-75, 78-91.

Instrumentos jurídicos

Cuadro comparativo de la propuesta de Cocopa y las iniciativas de reforma constitucional, en Cossío, José Ramón; Franco González Salas, José Fernando y Roldán Xopa, José, *Derechos y cultura indígena. Los dilemas del debate jurídico*, México, Porrúa, pp. 407-417.

Corte Interamerican de Derechos Humanos. *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Schalk and Kopf vs. Austria,* 30141/04, 24 de junio 2010.

Corte Internacional de Justicia, *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México vs. Estados Unidos de América),* contramemoria de Estados Unidos, de 3 de noviembre de 2002.

Cosmopolitas

Autores contemporáneos

HELD, David, "Los principios del orden cosmopolita", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derecho y justicia en una sociedad global*, Universidad de Gra-

nada, Departamento de Filosofía, Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 127-142.

FRASER, Nancy, "Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derecho y justicia en una sociedad global,* Universidad de Granada, Departamento de Filosofía, Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 67-85.

POGGE, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, trad. de David Álvarez García, México, FCE, 2009, pp. 51-63.

ALEGRE, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, México, Fontamara, 2010, pp. 115-142.

PIKETTY, Thomas, *El Capital en el siglo XXI (Le capital au XXIème siècle,* 2013), trad. de Eliane Cazenave-Tapie Isoard, México, FCE, 2014, pp. 29-43, 261-276, 279-282, 287-292, 519, 528-531, 543-545.

Autores clásicos

KANT, Immannuel, *La paz perpetua (Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf,* 1795), trad. F. Rivera Pastor, México, Porrúa, 2010, pp. 252-261.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*, 1960), trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 325-345.

Instrumentos jurídicos

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Flaminio Costa vs. E.N.E.L,* asunto 6/64, 15 de julio de 1964.

BASCH, Fernando y CONTESSE, Jorge, "International Law and Domestic Adjudication", en *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions and Rights*, ed. de Juan F. Gonzalez Bertomeu y Roberto Gargarella, Nueva York, Routledge, 2016, pp. 248-255.

OXFAM, "Una economía al servicio del 1%. Acabar con los privilegios y la concentración de poder para frenar la desigualdad extrema". Informe 2016.

Corte Internacional de Justicia, *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América),* 27 de junio de 2001.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor, AÑÓN, María José y COURTIS, Christian, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes,* México, FCE, 2007.

———, *The Future of Liberal Revolution,* New Haven-Londres, Yale University Press, 1992.

AGUILAR, José Antonio, "De Bogotá a San Andrés. Las migraciones de la persuasión cultural", *Nexos,* México, núm. 277, enero de 2001.

AGUILAR CAMÍN, Héctor, "A las puertas de AMLO", *Nexos,* México, 1o. de junio de 2018.

ALEGRE, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, México, Fontamara, 2010.

ALEXY, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005.

———, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989.

———, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, México, Fontamara, 2005.

ANSOLABEHERE, Karina y FLORES, Marcello, *Diccionario Básico de Derechos Humanos. Cultura de los Derechos en la Era de la Globalización*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad de Turín, 2009.

APPLEBAUM, Anne, *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, Barcelona, Debate, 2021.

ARANGO, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2007.

ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Barcelona, Seix Barral, 1974.

———, *Entre el pasado y el futuro*, México, Planeta-Austral, 2020.

ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, México, UNAM, 1954.

———, *Metafísica*, Madrid, Alianza Editorial, 2008.

———, *Política*, México, UNAM, 1963.

ARONOWITZ, S. y GIROUX, H. A., *Education under Siege*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1987.

ATIENZA, Manuel, "Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 22, Universidad Carlos III de Madrid, 2022.

———, *Filosofía del derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.

———, Manuel, *Marx y los derechos humanos*, Madrid, Mezquita, 1983.

———, Manuel *et al.*, *¿Por qué leer a Marx hoy?*, México, Fontamara, 2008.

——— y RUIZ MANERO, Juan, *Marxismo y filosofía del derech*o, México, Fontamara, 1993.

———, "El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias", en CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, México-España, Fontamara-Univesitat de Barcelona, 2017.

———, "Juridificar la bioética", en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Bioética y derecho*, México, FCE-ITAM, 1999.

AVINERI, Shlomo y SHALIT, Avner de, *Communitarism and Individualism,* Oxford University Press, 1992.

BAGEHOT, Walter, *La Constitución inglesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BARRY, Brian, *Justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997.

BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en BETEGÓN, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid, CEPC, 2004.

BEAUCHAMP, Tom, "The Role of Principles in Practical Ethics", en SUMNER, Wayne y BOYLE, Joseph (eds.), *Philosophical Perspectives on Bioethics,* University of Toronto Press, 1996.

——— y CHILDRESS, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1979.

BEAUVOIR, Simone de, *El segundo sexo (1949),* México, Debolsillo, 2014.

BELLER TABOADA, Walter *et al.*, *Las costumbres jurídicas de los indígenas en México,* México, CNDH, 1994.

BENHABIB, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.

BENJAMIN, Walter, *Tesis sobre la historia*, México, Ítaca-UAM, 2008.

BENTHAM, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación*, Buenos Aires, Claridad, 2008.

BERGALLO, Paola, "¿Un techo de cristal en el poder judicial?", en CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (comps.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006.

——— y GHERARDI, Natalia, "Trabajo", en MOTTA, Cristina y SÁNCHEZ, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, t. 1.

BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco; PÁRAMO, Juan Ramón de y PRIETO SANCHÍS, Luis (coords.), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid, CEPC, 2004.

BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics,* New Haven, Yale University Press, 1962.

BLANCO, Víctor, "¿Reservación o Integración?", *Este País,* México, núm. 38, mayo de 1994.

BLOOM, Allan, *The Closing of the American Mind*, Nueva York, Simon and Schuster, 1987.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, reed. en México, Fontamara, 1991.

———, *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.

———, "Democracia y sistema internacional", en FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, FCE, 1996.

———, "Naturaleza y función de la filosofía del derecho", en RUIZ MIGUEL, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

BOLTVINIK, Julio, "Teoría de las necesidades para el desarrollo. Max Neef y coautores: 15 sugerentes postulados sobre el tema", *La Jornada,* 13 de mayo de 2005.

BOVERO, Michelangelo y FERRAJOLI, Luigi, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas,* México, IFE, 2001, col. Temas de la democracia, núm. 13.

BROCK, Dan, "Public moral discourse", en SUMNER, Wayne y BOYLE, Joseph (eds.), *Philosophical Perspectives on Bioethics,* University of Toronto Press, 1996.

BUCHANAN, James M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Madrid, Katz Editores, 2009.

BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, Madrid, Alianza Editorial, 2016.

BURKE, Peter (ed.), *Formas de hacer historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.

———, ¿Qué es la historia cultural?, Buenos Aires-México, Paidós, 2016.

———, *El polímata. Una historia cultural desde Leonardo da Vinci hasta Susan Sontag*, Madrid, Alianza, 2022.

BUTLER, Judith, *El género en disputa*, Barcelona, Paidós, 2014.

CABAL, Luisa y MOTTA, Cristina (comps.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006.

CAMPBELL, Tom, *La justicia*, Barcelona, Gedisa, 2002.

CAMPS, Victoria (ed.), *Democracia sin ciudadanos. La construcción de ciudadanía en las democracias liberales*, Madrid, Trotta, 2010.

———, *Virtudes públicas,* Madrid, Espasa-Calpe, 1990.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio,* México, Porrúa-UNAM, 2001.

———, FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos,* México, Porrúa-UNAM, 2004.

———, OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-Siglo XXI Editores-ITAM, 2003.

——— y SALAZAR UGARTE, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005.

——— y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización,* México, Porrúa-UNAM, 2001.

——— y VÁZQUEZ, Rodolfo (eds.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

——— y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción,* México, IFE-ITAM-Siglo XXI Editores, 2003.

CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, México-España, Fontamara-Univesitat de Barcelona, 2017.

CHARLESWORTH, Max, *La bioética en una sociedad liberal,* Cambridge University Press, 1996.

CHERESKY, Isidoro, *El nuevo rostro de la democracia*, México, FCE, 2015.

CHODOROW, Nancy, *The Reproduction of Mothering,* Berkeley, University of California Press, 1978.

COHEN, Gerald, *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?,* Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 2000.

———, *Why not Socialism?,* Princeton University Press, 2009.

COMANDUCCI, Paolo, "Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista", *Ragion Pratica,* Milán, Anabasi, núm. 2, 1994.

CONDORCET, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, México, FCE, 1997.

COOTER, Robert, "Liberty, Efficiency, and Law", *Law and Contemporary Problems,* Carolina del Norte, Durham, vol. 50, núm. 4, otoño de 1987.

———, "The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law", *Notre Dame Law Review,* vol. 64, núm. 5, 1989.

COSSÍO, José Ramón, "Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas", *Letras Libres,* México, núm. 112, abril de 2008.

COURTIS, Christian, "La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía", *Nexos,* México, núm. 329, mayo de 2005.

———, "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos,* México, Porrúa-UNAM, 2004.

COUSO, Javier, "Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional", *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Chile, Universidad de Chile Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2010.

CRITTENDEN, Jack, *Beyond Individualism,* Oxford University Press, 1992.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, SCJN-Fontamara, 2010.

DAHRENDORF, Ralf, "The End of the Social Democratic Consensus", *Life Chances*, Chicago, University of Chicago Press, 1979.

DANIELS, Norman (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' «A Theory of Justice»*, Nueva York, Basic Books, 1975.

———, "Wide Reflective Equilibrium in Practice", en SUMNER, Wayne y BOYLE, Joseph (eds.), *Philosophical Perspectives on Bioethics,* University of Toronto Press, 1996.

DESPENTES, Virginie, "No creo en la feminidad", *El País,* Babelia, 13 de enero de 2007.

DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1959.

DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática,* Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1966.

———, *Ética contra política,* México, Fontamara, 1993.

———, "Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema,* Madrid, núm. 125, 1995.

DIÉGUEZ, Antonio, "Ciencia y filosofía, una dicotomía de corto alcance", *Letras Libres*, núm. 290, 2023.

DONCELL, Joseph F., "Un punto de vista católico liberal", en VALDÉS, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-FCE, 2001.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

———, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

———, *Sovereign Virtue,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002.

———, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", *Isonomía,* México, ITAM-ELD-Fontamara, núm. 32, 2010.

———, "La decisión que amenaza la democracia", *Isonomía*, México, ITAM-ELD-Fontamara, núm. 35, octubre de 2011.

———, "Liberal Community", en AVINERI, Shlomo y SHALIT, Avner de, *Communitarianism and Individualism,* Oxford University, Press, 1992.

———, "¿Puede un Estado liberal subvencionar las artes?", en *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.

———, "Rawls and the Law", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5, 2004.

———, "The Threat to Patriotism", *The New York Review of Books*, 16 de febrero de 2002.

ELSTER, Jon, *An Introduction to Karl Marx*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

———, *The Cement of Society,* Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

ESCALANTE, Fernando, *Historia mínima del neoliberalismo*, México, El Colegio de México, 2015.

ESQUIVEL, Gerardo, *Desigualdad extrema en México. Concentración del poder económico y político*, México, Iguales-Oxfam, junio de 2015.

EUCKEN, Walter, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik,* en GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Instituciones suicidas,* México, Paidós-UNAM, 2000.

FARRELL, Martín D., *La filosofía del liberalismo,* Madrid, CEC, 1992.

FERGUSON, Adam, *Ensayos sobre la historia de la sociedad civil,* Madrid, Akal, 2010.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, FCE, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

———, *Fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

———, "El principio de igualdad y la diferencia de género", en CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, SCJN-Fontamara, 2010.

———, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", *Isonomía,* México, núm. 16, abril de 2002.

———, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en CARBONELL Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización,* México, Porrúa-UNAM, 2001.

———, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-Siglo XXI Editores-ITAM, 2003.

———, *Por una Constitución de la Tierra. La Humanidad en la encrucijada*, Madrid, Trotta, 2022.

FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia,* Madrid, CEPC, 1997.

FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996.

———, "El inmigrante como paria", *Una comunidad de iguales: la protección constitucional de los nuevos ciudadanos,* México, Fontamara, 2008.

———, "The Death of Law", *Cornell Law School,* vol. 72, núm. 1, 1986.

FORZI, Flavia, "Derecho a la alimentación", en ANSOLABEHERE, Karina y FLORES, Marcello, *Diccionario Básico de Derechos Humanos. Cultura de los Derechos en la Era de la Globalización,* México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad de Turín, 2009.

FRASER, Nancy, "Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado", *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Granada, España, IVR, 2005.

FRIEDAN, Betty, *La mística de la feminidad*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2016.

FULLER, Lon, *El caso de los exploradores de cavernas,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.

GALSTON, William, *Liberal Purposes*, Cambridge University Press, 1991.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Diálogos jurídicos,* México, Porrúa, 1978.

———, *Filosofía del derecho,* México, Porrúa, 1974.

———, *La definición del derecho,* México, Universidad Veracruzana, 1960.

———, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* México, Fontamara, 1993.

GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

———, *Las teorías de la justicia después de Rawls,* Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 1999.

———, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2005.

——— (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional,* t. II, Derechos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

———, "Cambiar la letra, cambiar el mundo", *El País,* Madrid, 13 de octubre de 2008.

———, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso *Gelman*", SELA Papers-Yale Law School, 2013.

——— y COURTIS, Christian, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogante", documento preparado para CEPAL/Asdi (Serie Políticas Sociales, 153), Santiago de Chile, noviembre de 2009.

———, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", en ARANGO, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2007.

———, "Recuperar el lugar del «pueblo» en la Constitución", en GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista. Retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones JurídicasIECEQ, 2016.

———, "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América", *Isonomía,* México, ITAM-ELD-Fontamara, núm. 33, octubre de 2010.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993.

———, *Filosofía, política y derecho*, España, Universitat de València, 2001.

———, *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000.

———, *Propuestas,* Madrid, Trotta, 2011.

——— y LAPORTA, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia,* Madrid, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta-CSIC, 1996.

———, "Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta", *Isonomía* 21, México, ITAM-Fontamara, 2004.

———, "Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas", *Doxa,* Universidad de Alicante, núm. 14, 1993.

———, "Acerca del concepto de corrupción", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción,* México, IFE-ITAM-Siglo XXI Editores, 2003.

———, "Derecho y moral", en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo,* Barcelona, Gedisa, 1998.

———, "Derechos humanos y minorías", texto leído en el Seminario Eduardo García Máynez, ITAM-UIA-ELD, México, 25 de septiembre de 1993. Mimeo.

———, "El consenso democrático: Fundamento y límites del poder de las minorías", en *Isonomía,* México, ITAM-Fontamara, núm. 12, 2000.

———, "El papel del poder judicial en la transición democrática", en MALEM, Jorge; OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo, *La función judicial. Ética y democracia,* Barcelona, Gedisa, 2003.

———, "El sentido actual de la tolerancia", *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, ITAM-ELD-Fontamara-UAM-INACIPE, 2005.

——— *et al.*, "Las élites latinoamericanas", *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Guarteme, 2009.

———, "La filosofía del derecho a fines del siglo XX", inédito.

———, "Los deberes positivos generales y su fundamentación", *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993.

———, "Mercado y justicia", *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 2, abril de 1995.

———, "«No pongas tus sucias manos sobre Mozart». Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993.

———, "Representación y democracia", *Derecho, ética y política,* Madrid, CEC, 1993.

———, "Restricciones de la democracia representativa", en *Revista de la Judicatura Federal*, México, núm. 31, 2011.

———, "Terrorismo de Estado y justicia", *Estudios,* México, ITAM, núms. 56-57, 1999.

GASCÓN, Daniel, "Los demagogos tienen seguidores porque los liberales no tienen nada que ofrecer. Entrevista a John Gray", *Letras Libres*, núm. 237, septiembre de 2018.

GAUTHIER, David, *Morals by Agreement,* Oxford, Clarendon Press, 1986.

GIDDENS, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, Madrid, Taurus, 1999.

GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice,* Cambridge Mass., Harvard University Press, 1982.

GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida), *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, "Corrupción, democracia y responsabilidad política", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, derecho y corrupción,* México, IFE-ITAM-Siglo XXI Editores, 2003.

GONZÁLEZ, Enrique, "El derecho a la salud", en ABRAMOVICH, Víctor, AÑÓN, María José y COURTIS, Christian, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

GÜEMES, César, entrevista a José Woldenberg, "Pobreza y desigualdad, los problemas reales de México", *La Jornada,* 19 de marzo de 2004.

GUIBOURG, Ricardo, *Teoría general del derecho,* Buenos Aires, La Ley, 2003.

GUTMANN, Amy, *Democratic Education,* Princeton, Princeton University Press, 1987.

——— "The Primacy of Political Education", en MURCHLAND, Bernard (ed.), *Higher Education and the Practice of Democratic Politics*, United States, Dayton, 1991.

——— (ed.), *Multiculturalism and 'The Politics of Recognition',* Nueva Jersey, Princeton University Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Trotta, 2000.

———, *Entre naturalismo y religión,* Barcelona, Paidós, 2006.

———, *Facticidad y validez,* Madrid, Trotta, 1998.

——— y RATZINGER, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización* México, Cenzontle-FCE, 2008.

———, "¿Una constitución política para una sociedad mundial pluralista?", en *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006.

HARARI, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, Madrid, Debate, 2018.

HARE, Richard, "Rawls' Theory of Justice", en DANIELS, Norman (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' «A Theory of Justice»*, Nueva York, Basic Books, 1975.

HART, Herbert, *Derecho y moral, contribuciones a su análisis,* Buenos Aires, Depalma, 1962.

———, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

———, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, 1963.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, México, Porrúa, 1973.

HELD, David, "Los principios del orden cosmopolita", *Law and Justice in a Global Society*, IVR, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 2005.

HERDER, Johann G., *Ideas para una filosofía de la historia de la humanidad*, Argentina, Losada, 1959.

HEYD, David (ed.), *Toleration. An Elusive Virtue*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1996.

HIERRO, Liborio, "Contra el imperio de la riqueza (Dworkin *vs* Posner)", *Revista de Ciencias Sociales,* Chile, Universidad de Valparaíso, núm. 38, 1993.

———, "La pobreza como injusticia. (Dworkin *vs.* Calabresi)", *Doxa,* Universidad de Alicante, núms. 15-16, 1994.

HIRSHMAN, Albert O., *Retóricas de la intransigencia*, FCE, México, 1991.

HIRSI ALI, Ayaan, *Infiel*, México, Debate, 2007.

———, *Nómada,* Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2011.

HOBBES, Thomas, *Leviatán*, México, FCE, 1980.

HOLMES, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Collected Legal Papers,* Nueva York, Hart Court, Brace and Company, 1921.

HONNETH, Axel, *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, Madrid, Katz Editores, 2014.

HORKHEIMER, Max, *Anhelo de justicia. Teoría crítica y religión*, Madrid, Trotta, 2000.

———, *Crítica de la razón instrumental*, Madrid, Trotta, 2002.

——— y ADORNO, Theodor, *Dialéctica del Iluminismo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969.

IGLESIAS, Marisa, "Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (eds.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2007.

INNERARITY, Daniel, "El mercado, un invento de la izquierda", *El País*, Madrid, 22 de abril de 2011.

———, *La sociedad del desconocimiento*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2022.

JUDT, Tony, *Algo va mal,* Madrid, Taurus, 2010.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 2010.

———, *La paz perpetua*, México, Porrúa, 2010.

———, "Acerca de la relación entre teoría y práctica en la moral en general (contra Hobbes)", *Filosofía de la historia*, Nova, Buenos Aires, 1964.

KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización,* México, UNAM, 2002.

KELSEN, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

———, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2013.

———, *¿Qué es la justicia?,* México, Fontamara, 1991.

KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo,* Buenos Aires, Sudamericana, 1988.

KOLAKOWSKI, Leszek, "Neutrality and Academic Values", en MONTEFIORE, Alan (ed.), *Neutrality and Impartiality*, Cambridge University Press, 1975.

KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy,* Oxford, Clarendon Press, 1990.

———, *Fronteras territoriales,* Madrid, Trotta, 2006.

———, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 2003.

———, *Liberalism, Community and Culture,* Oxford, Clarendon Press, 1989.

———, "Liberal Individualism and Neutrality", en AVINERI, Shlomo y SHALIT, Avner de, *Communitarism and Individualism,* Oxford University Press, 1992.

———, "Igualitarismo liberal o republicanismo cívico. ¿Amigos o enemigos?", en OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis y GARGARELLA, Roberto (comps.), *Nuevas ideas republicanas*, Barcelona, Paidós, 2004.

———, "Two Models of Pluralism and Tolerance", en HEYD, David (ed.), *Toleration. An Elusive Virtue*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1996.

LAFONT, Cristina, "Democracia y deliberación pública", en ARANGO, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales,* Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2007.

———, "Justicia global en una sociedad pluralista", *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 31, octubre de 2009.

LAMAS, Marta, *Cuerpo, sexo y política*, México, Debate Feminista-Océano, 2014.

———, *El fulgor de la noche,* México, Océano, 2017.

———, "A favor de la RU486", *Enfoque* del periódico *Reforma,* México, núm. 501, 28 de septiembre de 2003.

———, *Dolor y política. Sentir, pensar y hablar desde el feminismo*, México, Océano, 2020.

LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral,* México, Fontamara, 1993.

———, "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema", en BETEGÓN, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales,* Madrid, CEPC, 2004.

———, "Los problemas de la democracia deliberativa. Una réplica", *Claves de la Razón Práctica,* núm. 109, enero-febrero de 2001.

——— y ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política,* Madrid, Alianza Editorial, 1997.

———, "Acerca del fundamento del derecho a la educación en las sociedades abiertas", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 25, 2024.

LATAPÍ, Pablo, *Andante con brío,* México, FCE, 2008.

LILLA, Mark, *El regreso liberal, Más allá de la política de la identidad*, Barcelona, Debate, 2018.

LEMAITRE, Julieta, "Violencia", en MOTTA, Cristina y SÁNCHEZ, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, t. 1.

LEVITSKY, Steven y ZIBLAT, Daniel, Cómo mueren las democracias, Barcelona, Ariel, 2018.

LÉVY, Bernard-Henri, "La victoria de Bolsonaro es más una derrota de la derecha que de la izquierda", *El País*, Internacional, 27 de noviembre de 2018.

LOCKE, John, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.

LÓPEZ NORIEGA, Saúl, *El futuro de la libertad de expresión*, México, Grano de Sal, 2023.

LÓPEZ PORTILLO, José Juan *et al., ¿Por qué leer a Burke hoy?*, México, Fontamara, 2017.

LORA, Pablo de, *Entre el vivir y el morir,* México, Fontamara, 2003.

LUCAS, Javier de, *El concepto de solidaridad,* México, Fontamara, 1993.

———, *El desafío de las fronteras,* Madrid, Temas de Hoy, 1994.

LUKES, Steven, *Individualism,* Oxford, Basil Blackwell, 1973.

LUNA, Florencia y SALLES, Arleen, *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos,* Buenos Aires, FCE, 2008.

MACEDO, Stephen, *Liberal Virtues,* Oxford, Claredon Press, 1990.

MACIEL, Alejandro, "La guerra según Bush", *Proceso*, México, núm. 1777, 20 de noviembre de 2010.

MACKINNON, Catherine, *Feminismo inmodificado,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

MACYNTIRE, Alasdair, *After Virtue,* University of Notre Dame Press, 1984.

MALEM, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo, *La función judicial. Ética y democracia,* Barcelona, Gedisa, 2003.

MAQUIAVELO, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Buenos Aires, Losada, 2004.

MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa*, Barcelona, Marcial Pons, 2006.

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *La ideología alemana*, Montevideo-Barcelona, Pueblos Unidos-Grijalbo, 1974.

———, *Manuscritos de economía y filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1968.

———, y ENGELS, Friedrich, "Manifiesto del Partido comunista (1848)", *Obras escogidas de Marx y Engels*, Moscú, Editorial Progreso, 1971.

———, *Prólogo a la Contribución Crítica de la Economía Política*, Buenos Aires, Pasado y Presente, 1974.

———, *El Capital*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

———, *El dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, Madrid, Alianza , 2003.

———, "Tesis sobre Feuerbach" (1845), *La ideología alemana*, de Friedrich Engels y Karl Marx. Montevideo-Barcelona, Pueblos Unidos-Grijalbo, 1974.

MCINTYRE, Lee, Posverdad, Madrid, Cátedra, 2020.

MERGIER, Anne-Marie, "Ideología de la tortura", *Proceso,* México, 23 de mayo de 2004.

MILL, John Stuart, *Sobre la libertad,* Madrid, Alianza Editorial, 1989.

——— y TAYLOR, Harriet, *El sometimiento de la mujer*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

MONSIVÁIS, Carlos, "Carlos Pereyra y la cultura de la izquierda mexicana", en PEREYRA, Carlos, *Sobre la democracia, de México*, Cal y Arena, 1990.

MONTAIGNE, Michel de, *Ensayos*, México, Porrúa, 2003.

MONTEFIORE, Alan (ed.), *Neutrality and Impartiality*, Cambridge University Press, 1975.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, México, Oxford University Press, 1999.

MORESO, José Juan, "Derechos y justicia procesal imperfecta", *Discusiones,* Bahía Blanca, año 1, núm. 1, 2000.

MORIN, Edgar, *Lecciones de un siglo de vida*, Barcelona, Paidós, 2022.

———, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, México, Dower, 2001.

MOTTA, Cristina y SÁNCHEZ, Macarena (eds.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, t. 1.

MOUFFE, Chantal, *El retorno de lo político*, Barcelona, Paidós, 1999.

———, "En democracia es necesaria una dimensión populista", *El País*, entrevista de Francesco Maneito, 19 de marzo de 2015.

MOUNK, Yascha, *El pueblo contra la democracia*, Barcelona, Paidós, 2018.

MÜLLER, Jan-Werner , *¿Qué es el populismo?*, México, Grano de Sal, 2017.

NAGEL, Thomas, *Equality and Partiality,* Oxford University Press, 1991.

———, "The Problem of Global Justice", *Philosophy and Public Affairs,* Blackwell Publishing, vol. 33, núm. 2, 2005.

NAKHNIKIAN, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas,* 1957, reed. por México, Fontamara, 1991.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos,* Buenos Aires, Astrea, 1989.

———, *Fundamentos de derecho constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 1992.

———, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

———, *La constitución de la democracia deliberativa,* Barcelona, Gedisa, 1997.

———, "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa,* Universidad de Alicante, núm. 7, 1990.

———, "Justicia", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco (eds.)., *El derecho y la justicia,* Madrid, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía-Trotta-CSIC, 1996.

———, "Liberalismo *vs.* comunitarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Madrid, núm. 1, 1988.

NOONAN, John, *Bribes,* Nueva York, Macmillan, 1984.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia,* Nueva York, Basic Books, 1974.

NUSSBAUM, Martha, "Wether from Reason or Prejudice: Taking Money for Bodily Services", *Journal of Legal Studies*, University of Chicago, vol. XXVII, enero de 1998.

———, "Women's Capabilities and Social Justice", *Journal of Human Development*, UNDP, vol. 1, núm. 2, 2000.

O'DONNELL, Guillermo; IAZZETTA, Osvaldo y VARGAS CULLELL, Jorge (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003.

OAKESHOTT, Michael, *El racionalismo en la política y otros ensayos*, México, FCE, 2000.

OKIN, Susan, "Reason and Feeling in Thinking about Justice", en SUNSTEIN, Cass (comp.), *Feminism and Political Theory,* Chicago, University of Chicago Press, 1990.

ORTIZ MILLÁN, Gustavo, *La moralidad del aborto*, México, Siglo XXI Editores, 2009.

OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis y GARGARELLA, Roberto (comps.), *Nuevas ideas republicanas*, Barcelona, Paidós, 2004.

PAINE, Thomas, *Los derechos del hombre*, México, FCE, 1986.

PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendom Press, 1984.

PATEMAN, Carole, "Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy", en PHILLIPS, A. (comp.), *Feminism and Equality*, Oxford, Blackwell, 1987.

PAZ, Octavio, *La llama doble. Amor y erotismo*, México, Seix Barral, 1993.

PEREYRA, Carlos, Sobre la democracia, México, Cal y Arena, 1990.

———, "Teoría ¿para qué?" (1987), en ORTIZ MILLÁN, Gustavo e Yturbe, Corina (comps.), *Filosofía, historia y política. Ensayos filosóficos (1974-1988)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas y Fondo de Cultura Económica, 2010.

PETTIT, Philip, *Republicanismo*, Barcelona, Paidós, 1999.

PHILLIPS, Anne (comp.), *Feminism and Equality*, Oxford, Blackwell, 1987.

PIKETTY, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century,* Cambridge, Belknap Press of Harvard University Prerss, 2014.

PIPITONE, Ugo, *La esperanza y el delirio. Una historia de la izquierda en América Latina*, México, Taurus-CIDE, 2015.

PISARELLO, Gerardo, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización,* México, Porrúa-UNAM, 2001.

POGGE, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, México, FCE, 2009.

———, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005.

——— y HORTON, Keith (eds.), *Global Ethics: Seminal Essays, Global Responsabilities,* St. Paul MN, Paragon House, vol. II, 2008.

POPPER, Karl, *En busca de un mundo mejor,* Barcelona, Paidós, 1994.

PORTER, Roy, "Historia del cuerpo revisada", en BURKE, Peter (ed.), *Formas de hacer historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.

POSNER, Richard, *The Economics of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.

———, "Some Uses and Abuses of Economics in Law", *The University of Chicago Law Review,* vol. 46, núm. 2, invierno de 1979.

POU, Francisca, "Contra la lengua invisible. Una discusión sobre la importancia normativo-legal de la pluralidad lingüística", en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Tolerancia y pluralismo*, México, Coyoacán, 2005.

———, "Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional", en CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, SCJN-Fontamara, 2010.

PRETELÌN, Fausto, *Referéndum Twitter. Filosofía simulada*, México, 2012

RADBRUCH, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*, España, Revista de Occidente, 1958.

———, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1951.

RAWLS, John, *El derecho de gentes,* Barcelona, Paidós, 2001.

———, *Liberalismo político,* México, FCE, 1995.

———, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1995.

———, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy,* núm. 77, vol. 9, 1980.

———, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review,* vol. 64, núm. 3, 1997.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom,* Clarendom Press, Oxford, 1986.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable",* México, FCE-UNAM, 1971.

———, *Pensamiento jurídico en el siglo XX,* México, Porrúa, 1963.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo,* México, Fontamara, 1999.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, ITAM-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-FCE, 1994.

ROSANVALLON, Pierre, *La société des égaux,* Francia, Éditions du Seuil, 2011.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003.

ROWBOTTOM, Jacob e ISAACHAROFF, Samuel, *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras,* núm. 1, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

———, "El aborto, entre la ética y el derecho", texto presentado en el Simposio, *Aspectos éticos y legales del aborto: la despenalización a debate*, México, INACIPE-GIRE, 29 de septiembre de 2003.

———, "Laicidad, laicismo, relativismo y democracia", en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Laicidad. Una asignatura pendiente,* México, Coyoacán, 2007.

RUSSELL, Bertrand, *Religión y ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.

RUSSELL, David, *Tact. Aesthetic Liberalism and the Essay Form in Nineteenth-Century Britain,* Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2018.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

———, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional,* t. II, Derechos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

SADURSKI, Wojciech, *Giving Desert its Due*, University of Sydney, 1985.

SALAZAR, Luis y WOLDENBERG, José, *Principios y valores de la democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, núm. 1, México, IFE, 1993.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-FCE, 2006.

———, "Una inmersión en el campo. La cultura de la legalidad en México", inédito.

SÁNCHEZ Vázquez, Adolfo, *Filosofía y economía en el joven Marx (los Manuscritos de 1844)*, México, Grijalbo, 1982.

SANDEL, Michael, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Debate, 2011.

———, "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", en AVINERI, Shlomo y SHALIT, Avner de, *Communitarianism and Individualism,* Oxford University Press,1992.

SAUCA CANO, José María, "Multiculturalismo y sociedad civil", en SAUCA CANO, José María y WENCES SIMON, María Isabel (eds.), *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías*, Madrid, Trotta, 2007.

——— y WENCES SIMON, María Isabel "Derechos colectivos (en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Eunomía*, núm. 9, octubre de 2015.

——— y WENCES SIMON, María Isabel (eds.), *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías*, Madrid, Trotta, 2007.

SAURET, Alberto, *Permanencia del mito,* México, Coyoacán, 2001.

SAVATER, Fernando *et al.*, *Pensar la realidad. Diez años de ensayo político* en *Letras Libres*, Madrid, FCE-Letras Libres, 2011.

———, "Siempre negativa, nunca positiva", *El País,* Madrid, 16 de octubre de 2008.

SCANLON, Thomas, "Punishment and the Rule of Law", Conferencia en memoria de Carlos S. Nino, Yale School, 24 de septiembre de 1994.

SHKLAR, Judith, *Los rostros de la injusticia*, Barcelona, Herder, 2010.

———, "The Liberalism of Fear" (1991, *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

SCHMILL, Ulises, *El debate sobre Mitilene. La justificación de las penas*, México, Verdehalago, 1998.

———, *Teoría del derecho y del Estado,* México, Porrúa, 2003.

SCHMITT, Annette, "Las circunstancias de la tolerancia", *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 11, 1992.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 1991.

SCRUTON, Roger, *Conservative Texts. An Anthology*, Londres, Macmillan, 1991.

SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010.

———, *Resources, Values and Development,* Oxford, Basil Blackwell, 1984.

———, *The Standard of Living,* Cambridge University Press, 1987.

———, "El valor universal de la democracia", en SAVATER, Fernando *et al.*, *Pensar la realidad. Diez años de ensayo político,* Madrid, FCE-Letras Libres, 2011.

———, *Un hogar en el mundo. Memorias*, Madrid, Taurus, 2021.

SILVA-HERZOG, Jesús, "Entre la tecnocraciay el populismo", *Nexos*, agosto de 2018.

———, "La trampa del polpulismo", *Reforma*, 1o. de noviembre de 2021.

SKINNER, Quentin, *Maquiavelo*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

SMITH, Adam, *Teoría de los sentimientos morales*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, "El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo", *Anales de la cátedra Francisco Suárez,* Granada, España, IVR, 2005.

STAVENHAGEN, Rodolfo, "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", en *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 3, octubre de 1995.

SUMNER, Wayne y BOYLE, Joseph (eds.), *Philosophical Perspectives on Bioethics,* University of Toronto Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1993.

——— (comp.), *Feminism and Political Theory,* Chicago, University of Chicago Press, 1990.

TAPIA, Ricardo, LISKER, Rubén y PÉREZ TAMAYO, Ruy, *Nexos,* núm. 343, julio de 2006.

TAYLOR, Charles, *Hegel,* México, Anthropos-UIA-UAM, 2010.

———, *Sources of the Self*, Cambridge University Press, 1990.

———, "The Politics of Recognition", en GUTMANN, Amy (ed.), *Multiculturalism and 'The Politics of Recognition',* Nueva Jersey, Princeton University Press, 1992.

THOMSON, Judith J., "Una defensa del aborto", en VALDÉS, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-FCE, 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1957.

TOULMIN, Stephen, "How Medicine Saved the Life of Bioethics", *Perspectives in Biology and Medicine*, núm. 25, 1973.

TREJO DELARBRE, Raúl, *Inteligencia Artificial. Conversaciones con ChatGPT*, México, Cal y Arena, 2023.

TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 2000.

UPRIMNY, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.), *El derecho en América Latina*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

URBINATI, Nadia, *Me the People. How Populism Transforms Democracy*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2019.

VALDÉS, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-FCE, 2001.

VALÉRY, Paul, Prólogo a *Regards sur le monde actuel,* en KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización,* México, UNAM, 2002.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Bioética y derecho*, México, FCE-ITAM, 1999.

——— (ed.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo,* Barcelona, Gedisa, 1998.

——— (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente,* México, Coyoacán, 2007.

——— (comp.), *Tolerancia y pluralismo*, México, Coyoacán, 2005.

VÉLIZ, Carissa, *Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital*, Barcelona, Debate, 2021.

VERNENGO, Roberto, *Doxa*, Universidad de Alicante, 1984.

VILHENA, Oscar, "La desigualdad y la subversión del Estado de derecho", en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 4, núm. 6, 2007.

VILLORO, Luis*, Los retos de la sociedad por venir*, México, FCE, 2007.

———, "¿Debe penalizarse el aborto?", en VALDÉS, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-FCE, 2001.

———, "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos" en *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 3, octubre de 1995.

VITALE, Ermanno, *Derecho y paz. Destinos individuales y colectivos*, México, Fontamara, 2004.

———, *Ius migrandi,* Barcelona, Melusina, 2006.

———, "Ciudadanía ¿último privilegio?", en CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta, 2005.

———, "¿Sociedad civil o comunidad ética?", en SAUCA CANO, José María y WENCES SIMON, María Isabel (eds.), *Lecturas de la sociedad civil. Un mapa contemporáneo de sus teorías*, Madrid, Trotta, 2007.

VOLPI, Jorge, "Soldados de Cristo", *Proceso,* núm. 1484, 10 de abril de 2005.

WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia,* trad. de Heriberto Rubio, México, FCE, 1993.

———, *On Toleration,* New Haven-Londres, Yale University Press, 1997.

———, "«The Moral Standing of States », A Response to Four Critics", en POGGE, Thomas y HORTON, Keith (eds.), *Global Ethics: Seminal Essays, Global Responsabilities,* St. Paul MN, Paragon House, vol. II, 2008.

———, *The Struggle for a Decent Politics. On "Liberal" as an Adjective*, New Haven-Londres, Yale University Press,, 2023.

WEBER, Max, *El político y el científico*, Madrid, Alianza Editorial, 1967.

WEIL, Simone, "Jóvenes del mundo", suplemento *El Ángel* del periódico *Reforma,* 30 de enero de 2005.

WENCES SIMON, María Isabel, *La diversidad cultural a debate. Quebec consulta a la ciudadanía*, México, IFE, 2013, col. Temas de la democracia, serie Conferencias Magistrales núm. 21.

———, *Sociedad civil y virtud cívica en Adam Ferguson*, Madrid, CEPC, 2006.

WOLDENBERG, José, *El cambio político en México,* México, Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo-Colegio del Estado de Hidalgo, 2007.

———, *Grandes problemas. La democracia como problema (un ensayo)*, México, El Colegio de México y UNAM, 2015.

———, "Impuestos", *Reforma,* 1 de septiembre de 2011, México.

———, "La encuesta y el reto", *Reforma*, 23 de julio de 2015, México.

———, "Nobleza obliga. Semblanzas, recuerdos, lecturas", *Carlos Pereyra y la democracia*, Mexico, Cal y Arena, 2011.

———, "Pensar, despenalizar y regular el comercio sexual", inédito.

YOUNG, Iris, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990.

———, "Toward a Critical Theory of Justice", *Social Theory and Practice,* vol. 7, núm. 3, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Dimensión política de un poder judicial democrático", en CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ,

Rodolfo (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos,* México, Porrúa-UNAM, 2004.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, "El sistema jurídico mexicano frente a la desigualdad", Impunidad Cero, *Este País,* México, 2017.

ZUBOFF, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Barcelona, Paidós, 2020.

Teorías contemporáneas de la justicia
Introducción y notas críticas
editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, se terminó de imprimir en julio de 2024 en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro. Su tiraje consta de 1,000 ejemplares.

RODOLFO VÁZQUEZ

DOCTOR EN FILOSOFÍA POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA de México (UNAM) y licenciado en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Profesor emérito del ITAM, adscrito al Departamento Académico de Derecho, donde imparte las materias de Teorías de la Justicia, Filosofía del Derecho y Teoría Política Contemporánea. Profesor invitado por las universidades de Oxford, Alicante, Cornell, Génova y Carlos III de Madrid. Es investigador emérito por el Sistema Nacional de Investigadores (SNI), miembro de la Academia Mexicana de Ciencias y del Colegio de Bioética A. C., así como becario del Conahcyt, del Consejo Británico y de la John Simon Guggenheim Foundation. Dirige con Ernesto Garzón Valdés la "Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política", y con José Ramón Cossío la colección "Doctrina Jurídica Contemporánea", ambas editadas en México. Fundador y miembro del Consejo Editorial de la revista *Isonomía*.

Es autor de los libros *Educación liberal* (1997, 2010), *Liberalismo, Estado de derecho y minorías* (2001), *Del aborto a la clonación* (2004), *Derecho, moral y poder* (2005), *Entre la libertad y la igualdad* (2006, 2010), *Teoría del derecho* (2008), *Las fronteras morales del derecho* (2009), *Democracia, religión y Constitución* (2010), *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo* (2012), *Derechos humanos* (2015), *Justicia y derechos* (2018),

EL PROPÓSITO DE ESTE LIBRO ES OFRECER, DE MANERA introductoria y crítica, un panorama general de las principales teorías de la justicia desde la publicación de *Una teoría de la justicia* de John Rawls hasta el primer cuarto del siglo XXI.

Después de unas preliminares, que sitúan el problema de la justicia algunas décadas anteriores a la publicación del libro de Rawls, en 1971, se analiza en los capítulos sucesivos la idea de justicia como imparcialidad (Rawls, Barry); como contrato, autopropiedad, mérito y eficiencia (Buchanan, Nozick, Sadurski, Cooter); como comunidad y vida buena (Taylor, Walzer, Sandel); como disposición conservadora (Oakeshott, MacIntyre, Bloom, Scruton); como pluralidad cultural (Sauca, Wences, Villoro, Benhabib, Kymlicka); como derechos, capacidades y no sometimiento (Dworkin, Sen y Nussbaum, Fiss, Saba, Gargarella); como igualdad socialista (Horkheimer, Cohen, Pereyra, Woldenberg, Atienza, Ruiz Manero); como no dominación (Pettit, Young, Martí); como empoderamiento y emancipación (Nussbaum, MacKinnon, Butler, Lamas); como procedimiento (democrático) y deliberación (Rawls, Habermas, Nino, Garzón Valdés, Ferrajoli); y como justicia global, en su vertiente pluralista (Walzer, Rawls, Nagel, De Sousa Santos) y en su propuesta cosmopolita (Held, Fraser, Pogge, Piketty). Se cierra con un apéndice sobre igualdad y educación en la era digital.

Es un libro escrito desde la ética, la filosofía política y la filosofía del derecho, pero pensado principalmente para juristas. En todos los capítulos se hacen referencias a "instrumentos jurídicos" —sentencias, amparos, ordenamientos jurídicos, algún texto doctrinal o alguna reseña de libro— que permitan al lector aterrizar las diversas teorías de la justicia en la práctica o en el quehacer jurídicos.

JU
RÍDI
CAS

ISBN 978-607-30-9170-1
9 786073 091701 >
ISBN UNAM

ISBN 978-607-8908-12-7
9 786078 908127 >
ISBN IECEQ