Entre la libertad y la igualdad

Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez

Tomo II

Jorge Cerdio
Pablo de Larrañaga
Pedro Salazar

Coordinadores

Centenario de la Constitución de 1917
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Querétaro está en nosotros
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
ITAM

ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez

TOMO II

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 807

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Isidro Saucedo
Iván Escoto Mora
Cuidado de la edición

Isidro Saucedo
Formación en computadora

María Teresa de Jesús Baena Sánchez
Apoyo editorial

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez

TOMO II

JORGE CERDIO
PABLO DE LARRAÑAGA
PEDRO SALAZAR
Coordinadores

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO
INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO
MÉXICO, 2017

Este libro ha sido co-financiado y forma parte del Proyecto apoyado por el Fondo Sectorial de Investigación para la Educación SEP-Conacyt: "Teorías contemporáneas de la justicia y derechos humanos", núm. 243857.

Primera edición: febrero de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa: 978-607-02-9517-1
ISBN tomo II: 978-607-02-9529-4

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO

Instituto de Estudios
Constitucionales
del Estado de Querétaro

Francisco Domínguez Servién
Gobernador Constitucional

Juan Martín Granados Torres
Secretario de Gobierno

Juan Manuel Alcocer Gamba
Secretario de Planeación y Finanzas

José de la Garza Pedraza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Rodolfo Vázquez

Doctor en filosofía por la UNAM y licenciado en derecho por el ITAM. Profesor en el Departamento Académico de Derecho del ITAM, donde imparte las materias de Teoría del derecho, Filosofía del derecho y Teorías de la justicia; profesor invitado por las universidades de Oxford, Génova y Carlos III de Madrid. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel 3) y del Colegio de Bioética; becario del Conacyt, del Consejo Británico y de la John Simon Guggenheim Foundation (2005). 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 por Fontamara, México. Es fundador y miembro del Consejo Editorial de la revista *Isonomía*. Autor de *Educación liberal*; *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*; *Del aborto a la clonación*; *Derecho moral y poder*; *Entre la libertad y la igualdad*; *Teoría del derecho*; *Las fronteras morales del derecho*; *Democracia, religión y Constitución*; *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, y *Derechos humanos*; así como editor y compilador de numerosas obras, entre las que cabe mencionar: *Derecho y moral*; *Bioética y derecho*; *Tolerancia y pluralismo*; *Laicidad*; *¿Qué hacer con las drogas?*; *Normas, razones y derechos*, y *Estado de derecho, democracia y educación ciudadana*.

CONTENIDO

Presentación XIII
Jorge CERDIO
Pablo de LARRAÑAGA
Pedro SALAZAR

LIBERALISMO, ESTADO Y DERECHO

Estado neoliberal *versus* Estado constitucional 3
Jaime CÁRDENAS GRACIA

Fronteras y derechos: sobre algunas incoherencias y falacias en las respuestas de la(s) democracia(s) liberal(es) al desafío de las migraciones forzadas 29
Javier de LUCAS

La perspectiva intercultural frente al liberalismo igualitario: una aproximación 55
Mauricio Iván del TORO HUERTA

Entre la libertad y la igualdad: dos modelos transicionales en la filosofía política marxista 77
Martín Diego FARRELL

Responsabilidad *versus* corrupción. A propósito de algunas tesis de Rodolfo Vázquez 103
Isabel LIFANTE VIDAL

El fin del *affaire* socialdemócrata tal y como lo habíamos conocido. O no. 127
Pau LUQUE

La vena liberal del derecho. Apuntes para una teoría jurídica normativa. 143
Piero MATTEI-GENTILI

Objetivismo moral *versus* absolutismo de los valores. Rodolfo Vázquez y Samuel Ramos: dos filósofos comprometidos con su época 163
Ramón ORTEGA GARCÍA

Periodismo, un mercado intervenido por el Estado 175
Fausto PRETELIN MUÑOZ DE COTE

Motivación, fraternidad y Estado de derecho: una propuesta funcionalista (y quizá moral) 181
Alberto PUPPO

Epistemología del análisis económico del derecho: un trazo de las pretensiones teóricas. 207
Benjamín RUIZ GARCÍA

DERECHOS HUMANOS, LAICIDAD Y EDUCACIÓN

Derechos sociales y desigualdad en la obra de Rodolfo Vázquez 243
Ernesto ABRIL

Los escenarios de la laicidad: grandeza y miseria. Un comentario a "Laicidad, religión y deliberación pública" de Rodolfo Vázquez . 259
Josep AGUILÓ REGLA

Diferencias, asimetrías y derechos. La fundamentación y el contenido de los derechos humanos. 277
Silvina ÁLVAREZ MEDINA

La cultura de la legalidad en el modelo democrático-argumentativo . 309
Ana Lilia AMEZCUA FERRER

Derecho laboral y liberalismo igualitario. 317
Farid BARQUET CLIMENT

Reflexiones sobre "Derechos sociales y desigualdad" 337
Juan Antonio CRUZ PARCERO

Rodolfo Vázquez: el enfoque liberal igualitario de la educación 357
Eduardo García Ortiz

Hasta dentro del aula. Reflexiones e incógnitas de filosofía de la educación 365
Francisco Laporta

El universalismo de los derechos en la obra de Rodolfo Vázquez 379
Adrián Rentería Díaz

La laicidad: ¿neutralidad o imparcialidad? Reflexiones críticas sobre la postura de Rodolfo Vázquez 405
Faviola Rivera Castro

Razón pública, tolerancia e idiosincracia religiosa 413
Alfonso Ruiz Miguel

Educación y meritocracia 425
Fabio Vélez

Entrevista a Rodolfo Vázquez 441
Manuel Atienza

PRESENTACIÓN

Este volumen recoge los textos que se prepararon con motivo del homenaje a Rodolfo Vázquez celebrados los días 10 y 11 de noviembre de 2016, bajo los auspicios del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Gracias al estilo bien definido de los autores, así como por su cuidada edición, el libro se despliega de manera clara y precisa, entre voces, géneros y temáticas. En este sentido, una presentación *stricto sensu* que introduzca la obra no es requerida, por lo que estas palabras serán breves y dedicadas a exponer la motivación del "estilo" de dicho homenaje y, en nuestra opinión, del excelente resultado que esta obra acredita.

En la primera parte del libro, así como en la entrevista que lo cierra, se encontrarán testimonios elaborados por colegas, colaboradores y amigos que revelan, por una parte, una identidad casi arquetípica de Rodolfo Vázquez como profesor universitario y, por otra, su constante tendencia de abrirse al mundo mediante una participación responsable en distintas actividades con variadas cercanías a la academia: desde un trabajo sistemático en la reflexión acerca de la actividad de educar y una tarea editorial constante y vasta, hasta la participación activa en la deliberación y el impulso comprometido de causas justas en materias de bioética y derechos humanos. Rodolfo Vázquez es, ante todo, un profesor universitario, pero no sólo eso; es un pensador activo comprometido con la humanidad, con su comunidad y con la vivencia de los valores de justicia y dignidad en cada una de las personas —y quienes hemos tenido el privilegio de ser alumnos podemos atestiguarlo—. Esperamos que este homenaje quizá revele a quienes no lo conocieran con cierta profundidad su carácter multifacético ejemplar.

La segunda parte del libro, dividida a su vez en cuatro cuerpos temáticos, contiene los trabajos académicos que prepararon *ex professo* distintos académicos mexicanos y extranjeros para la ocasión. Naturalmente, no debe sorprender el hecho de que quienes dedicaron tanto tiempo y esfuerzo a preparar tales trabajos consideren que la obra de Rodolfo Vázquez es merecedora de ello, incluso que la mayoría de los participantes estén unidos con él por lazos de admiración, amistad y gratitud. Los homenajes, a fin

de cuenta, se hacen en tributo a las personas que se valora y, normalmente, nuestros afectos siguen a nuestros valores. Ahora bien, lo que quizá no sea tan común en el género de la apología es la actitud crítica; la reflexión respecto de las ideas de otro no sólo respetuosa, sino incluso preñada de admiración, pero que sin embargo se distancia para poder pensar de manera autónoma a propósito, en torno, en contra, de las ideas de otros. Depurar conceptos, formular teorías alternativas, esgrimir argumentos y contrargumentos de manera continua y rigurosa, sin otra motivación que encontrar mejores razones para tener mejores ideas es, en síntesis, la actitud crítica que constituye la identidad intelectual de Rodolfo Vázquez y que, en nuestra opinión, algunos de sus lectores, alumnos y amigos han puesto de manifiesto en este singular ejercicio de homenaje crítico.

Quizá una de las decisiones más difíciles al momento de organizar un homenaje consista en determinar su oportunidad, particularmente porque este tipo de celebraciones suele apuntar hacia el final o cierre de etapas o, incluso, de trayectorias. Sin embargo, cuando surgió la idea de organizar un homenaje a Rodolfo Vázquez —no sólo entre los firmantes, sino también de manera entusiasta entre otros amigos que no queremos dejar de mencionar como a Roberto Gargarella y Pablo Navarro—, quedó claro desde el primer momento que la intención era radicalmente la opuesta: abrir un espacio para el mejor conocimiento del carácter multifacético de las obras de Rodolfo Vázquez, impulsar un diálogo crítico a propósito de las importantes reflexiones que ha presentado en millares de páginas y de clases, provocar la revitalización y la "viralización" de las ideas de uno de nuestros colegas excepcionales que, además, por encontrarse en el cenit de su trayectoria intelectual tiene todavía muchísimo por aportar a la cultura hispanoamericana, tan necesitada de referentes propios. Creemos que el libro que aquí se presenta también refleja un éxito en este aspecto: es un libro interesante por su contenido y estilo; un libro que no sólo dice cosas agradables, sino también importantes; un libro que discute, que propone, que provoca.

Jorge CERDIO
Pablo de LARRAÑAGA
Pedro SALAZAR

LIBERALISMO, ESTADO Y DERECHO

ESTADO NEOLIBERAL *VERSUS* ESTADO CONSTITUCIONAL

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

Al profesor Rodolfo Vázquez, con gran aprecio

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado neoliberal se impone al Estado constitucional. ¿Por qué?* III. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional es una construcción exclusivamente jurídica, ideada por los teóricos del derecho y por los tribunales constitucionales. Por la carencia de enfoques diversos presenta muchas deficiencias sobre las que no me voy a pronunciar. Una de ellas, la que excluyo, y que es muy problemática por la diversidad de puntos de vista dentro del neoconstitucionalismo, es la de las relaciones entre moral y derecho. Sin eludir el problema, considero que esa relación existe, aunque en un sentido débil, crítico y deliberativo, en especial cuando los principios y valores de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos y principios democráticos, son expresión de concepciones morales que se han positivado. Cuando aludimos a la moral y sus vínculos con el derecho, no estamos pensando en la moral objetiva fuerte, según el punto de vista de autores como Dworkin —que sostiene que la moralidad es externa al ser humano y sólo debemos conocerla e incorporarla a nuestros razonamientos morales y jurídicos—, pues aunque aceptamos que existen elementos morales que se desprenden de nuestra naturaleza biológica y síquica, lo fundamental es que lo estimado como moral sea consecuencia de un proceso deliberativo y discursivo en el seno de la sociedad bajo reglas de imparcialidad. La moralidad no puede entenderse sin pasar por la prueba de la racionalidad discursiva de carácter colectivo y sin que se entienda su evolución y alcances desde contextos históricos y culturales concretos. De

* Universidad Nacional Autónoma de México.

esta suerte la moralidad que importa social y jurídicamente —la ética— tiene a nuestro juicio tres componentes: *a)* la naturaleza biológica y síquica del ser humano; *b)* los procedimientos discursivos —bajo condiciones democráticas, de transparencia y simetría— de carácter social, político y jurídico, sobre los principios que se promuevan como éticamente aceptables en el seno de una sociedad particular y que se incorporan posteriormente al orden jurídico y a las resoluciones de los tribunales, y *c)* los fundamentos históricos y culturales, que propician la deliberación y la participación en el discurso colectivo, a partir de las necesidades e intereses humanos.

Las deficiencias y críticas del Estado constitucional que exploro son las siguientes: 1) las teorías del Estado constitucional prescinden de las condiciones económicas vigentes y de las teorías económicas que las analizan; 2) las teorías del Estado constitucional eluden una teoría sobre el poder que dé cuenta del papel contemporáneo de los poderes fácticos, de la hegemonía cultural, ideológica y mediática, así como de la organización y diseño del poder formal; 3) las teorías del Estado constitucional descuidan formas de organización social y democrática relacionadas con la democracia participativa y deliberativa, así como con las manifestaciones de la democracia comunitaria, es decir, no advierten las capacidades transformadoras de una democracia radical que haga viables los fines del Estado constitucional; 4) las teorías del Estado constitucional son poco exigentes con realidades contemporáneas como la plurinacionalidad y el multiculturalismo; 5) aunque existen autores que se han preocupado por la globalización del constitucionalismo, las teorías del Estado constitucional no abundan sobre las ventajas, desventajas y posibilidades que para el constitucionalismo tiene la globalización; 6) las teorías del Estado constitucional con su concepto de democracia constitucional favorecen la posición de los más privilegiados del sistema y no la de las minorías menos aventajadas; 7) las teorías del Estado constitucional presentan rasgos profundamente elitistas: las élites burocráticas supranacionales definen el sentido y alcance de los derechos humanos; 8) los guardianes del Estado constitucional —los jueces constitucionales— no poseen legitimidad democrática de origen; 9) el principio de proporcionalidad, método privilegiado para resolver los conflictos entre principios constitucionales, no sólo deslava a los derechos humanos, sino que es un método que mantiene el *statu quo*, y 10) las teorías del Estado constitucional son una ficción jurídica, sin asideros en la realidad. Son una inspiración, un noble sueño, aunque reconozco que pueden poseer como ideas regulativas capacidades transformadoras.

II. El Estado neoliberal se impone al Estado constitucional. ¿Por qué?

El Estado del bienestar tuvo una base económica: la del keynesianismo. El Estado constitucional no tiene ninguna —y tampoco se preocupa por elaborarla— y, como sabemos, la materialización de los derechos humanos, sobre todo, los económicos, sociales, culturales y ambientales, exigen de una base económica. Los derechos de igualdad se pueden reconocer en las Constituciones, pero eso no basta, es necesario que tengan vigencia en la facticidad. El modelo económico dominante en las sociedades es determinante para ese fin. Si el modelo económico no promueve condiciones de pleno empleo, de distribución de la riqueza, de fortaleza de los mercados internos, de fiscalidad progresiva, de amplio gasto social, de organizaciones empresariales basadas en la cogestión o, al menos, en la intervención de los trabajadores para determinar las inversiones, si no se garantiza la independencia de los sindicatos, si la política económica no tiene orientación social, etcétera, la Constitución y los tratados pueden reconocer los derechos que estimen convenientes, ya que su realización será imposible o muy incierta.

De esta suerte, la justiciabilidad, la protección y la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, precisan de algunas metas económicas básicas para su consecución, entre otras, las siguientes:

> 1) Incremento sustancial y autosustentable del producto nacional *per cápita*; 2) distribución equitativa del ingreso nacional; 3) sistemas impositivos adecuados y equitativos; 4) modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas; 5) industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital intermedios; 6) estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo; 7) salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; 8) erradicación rápida del analfabetismo y ampliación para todos de oportunidades en el campo de la educación; 9) defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; 10) vivienda adecuada para todos los sectores de la población; 11) condiciones urbanas que hagan posible una vivienda sana, productiva y digna; 12) promoción de

la iniciativa y la inversión privada en armonía con la acción del sector público; y, 13) expansión y diversificación de las exportaciones.[1]

Esas condiciones hoy en día no existen, el modelo económico dominante no es keynesiano, es neoliberal, y éste se caracteriza por favorecer la economía irrestricta del mercado y por un Estado que intervenga, no para enfrentar las desigualdades sociales y económicas que provoca el mercado como lo hacía el keynesianismo, sino para salvaguardar y extender la presencia del mercado, garantizar su buen funcionamiento y enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia.[2] Las medidas económicas del neoliberalismo consisten en desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria, así como privatizar las empresas estatales. Específicamente sus tendencias económicas se distinguen por lo siguiente: desmantelamiento de las regulaciones que existían sobre diferentes actividades, destacando, entre otras, a las financieras, las que asumen un rol fundamental en la orientación de las actividades productivas; debilitamiento de la posición negociadora del trabajo mediante distintas desregulaciones y acotamientos de las relaciones obrero-patronales; estrechamiento financiero y reglamentario en la prestación de servicios de bienestar social; reorganización de las actividades productivas para reducir costos, incluyendo la introducción de innovaciones tecnológicas, la reducción de las plantillas laborales y la relocalización geográfica de porciones importantes de los procesos productivos o de actividades completas; reducción del déficit fiscal, dejando el peso para lograrlo sobre el gasto del gobierno, como consecuencia de las acciones de desgravación impositiva; privatización de empresas públicas y privatización de servicios públicos al igual que la subcontratación de actividades como parte de la provisión de servicios públicos; política macroeconómica centrada en la estabilidad de precios y abandono de la política fiscal macroeconómica que anteriormente, en el modelo keynesiano, servía para redistribuir la riqueza; además de la liberalización de los flujos de comercio y capital entre países.[3]

Tal vez sea pedirle mucho a la teoría del Estado constitucional para que desarrolle un modelo económico compatible con sus tesis principales, pero

---

[1] Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, México, CNDH, 2015, pp. 49 y 50.

[2] Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza, 2011, pp. 29-34.

[3] Pikkety, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 129 y ss.; *id.*, *La crisis del capital en el siglo XXI. Crónicas de los años en que el capitalismo se volvió loco*, México, Siglo XXI Editores, 2015, pp. 99 y ss.

al menos sus autores relevantes debieran ser conscientes de que la teoría jurídica que han construido no descansa en bases económicas sólidas. Es verdad, que el modelo económico neoliberal o neoclásico, hoy imperante puede modificarse —de hecho está en una profunda crisis mundial—.[4] Sin embargo, para que el Estado constitucional fuese posible sería necesario que existiesen condiciones económicas semejantes a las que se tuvieron durante el esplendor o consolidación del Estado del bienestar. De preferencia, debieran buscarse otros caminos económicos que fueran construyendo esquemas de análisis económico que propiciaran modos y relaciones de producción cercanas al socialismo democrático.

No comparto ni acepto, como lo hace Antonio Negri, que la concepción teórica que hoy tenemos sobre los derechos humanos, de libertad y de igualdad, sólo sea posible dentro de los límites del desarrollo capitalista en su fase actual.[5] La legitimidad del Estado no pude basarse en la regla capitalista de explotación de unos sobre otros, en donde, como hoy lo explican teóricos tan notables como Stiglitz o Bauman,[6] el capitalismo mundial favorece a una limitadísima minoría frente a la gran mayoría empobrecida. Quiero creer que otras vías y alternativas son posibles, aunque como señala Bauman

> …gracias a la nueva "porosidad" de las economías presuntamente nacionales, los mercados financieros globales, en virtud del carácter esquivo y extraterritorial del espacio en que operan, imponen sus leyes y preceptos sobre el planeta… Los Estados carecen de los recursos o el margen de maniobra para soportar la presión, por la mera razón de que unos minutos bastan para que se derrumben empresas o incluso Estados.[7]

Otra deficiencia importante del Estado constitucional es su visión acerca del poder. El acento de las teorías del Estado constitucional está puesto en los derechos humanos. Los principios democráticos y la organización del poder formal y fáctico juegan un papel menos importante, diríamos secundario. En esas teorías constitucionales no encontramos con suficiencia —tal vez con la excepción de Ferrajoli—[8] un análisis sobre el rol que los poderes

---

4 Wallerstein, Immanuel *et al.*, *¿Tiene futuro el capitalismo?*, México, Siglo XXI Editores, 2015.

5 Negri, Antonio, *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003, pp. 386 y 387.

6 Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, Santillana, 2002, pp. 51-80; Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 13-38.

7 Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, *cit.*, p. 89.

8 Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.

fácticos o salvajes desempeñan en el constreñimiento de los derechos humanos. Hoy, los derechos humanos se ven amenazados por esos poderes no regulados que existen a nivel planetario y nacional, que imponen sus lógicas y sus intereses por encima de los derechos de las personas. Las teorías del Estado constitucional no pueden seguir explicando al Estado exclusivamente desde los esquemas de los poderes formales sino que deben advertir que los poderes fácticos tienen la capacidad de dinamitar —porque no existen desarrollados por las teorías constitucionales los controles políticos y jurídicos suficientes— todos los postulados y las tesis del Estado constitucional. En el mismo sentido, llama mucho la atención la poca atención que la teoría del Estado constitucional brinda al concepto gramsciano de hegemonía, y cómo este concepto y sus manifestaciones ideológicas, religiosas, filosóficas y mediáticas, respaldan las nociones y categorías hegemónicas de los intereses más poderosos del mundo, y cómo las narrativas alternativas a favor de los derechos y la democracia, tienen poca cabida y espacio en el mundo social, político y económico de nuestro tiempo. La hegemonía respalda claramente al neoliberalismo y no al Estado constitucional.[9]

En el pensamiento gramsciano, el Estado representa la expresión de una hegemonía ideológica que se ha impuesto a las demás y que en este momento histórico sirve al capitalismo.[10] Esa hegemonía dota de legitimidad transitoria a las instituciones y gobernantes, y puede ser sustituida por nuevas hegemonías si éstas tienen la capacidad de imponerse. Gramsci concibe al Estado como un modelo de dominación capitalista que está en permanente situación de cuestionamiento por legitimidades o hegemonías emergentes.[11]

Muchos han cuestionado a Gramsci sus reservas respecto a la transformación de los regímenes y de los modelos de dominación a través del cambio revolucionario, pues la hegemonía, no se identifica con la fuerza, sino con un proceso histórico que se logra mediante alianzas que permite a las sociedades avanzar. Gramsci construye así la categoría de bloque histórico para explicar el conjunto de fuerzas y relaciones que se conjugan para ejercer la dominación; se trata de crear una coalición política que sirva para promover las relaciones de clase, los vínculos entre las organizaciones sociales, con los partidos y el Estado; en donde es indispensable el trabajo de los

---

9 Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.

10 Soria, Víctor, "Importancia de la teoría gramsciana del Estado para el estudio de la regulación económica y política del capitalismo actual", en Martinelli, José María (comp.), *La actualidad de Gramsci: poder, democracia y mundo moderno*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995, pp. 107-120.

11 Gramsci, Antonio, *La política y el Estado moderno*, Barcelona, Península, 1971.

intelectuales orgánicos —los de la burguesía y del proletariado—, además del desarrollo de una política cultural que apoye y cohesione esa alianza.[12]

Las teorías constitucionales también desdeñan el diseño democrático de las instituciones formales, por ejemplo, cómo organizar mejor, reformular o transformar a los poderes formales para que sirvan al propósito de la defensa y garantía de los derechos humanos. No solamente los tribunales constitucionales y los mecanismos de control de constitucionalidad y convencionalidad deben ser el objeto del análisis de las teorías constitucionales sino también lo son el resto de las instituciones porque todas ellas posibilitan la realización de los derechos. Como ha demostrado Gargarella, existen instituciones en los sistemas constitucionales claramente contramayoritarias por su diseño —el Ejecutivo unipersonal, los excesivos poderes del Senado y las cortes constitucionales—. En tal sentido, se podrían crear y diseñar nuevas instituciones que no tuviesen esos defectos para mejor garantizar los derechos humanos. Gargarella, que más bien proviene del constitucionalismo popular, propone las siguientes transformaciones institucionales, las siguientes: *a)* formas directas de democracia y reformulación de los sistemas representativos; *b)* fortalecimiento del Poder Legislativo en sus facultades de control al Ejecutivo; *c)* rechazo al hiperpresidencialismo; *d)* reducción de los poderes del Senado para que se constituya exclusivamente como cámara de defensa del Estado federal; *e)* quitar a la Corte Suprema la "última palabra" en las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes; *f)* inclusión de todos los sectores políticos y sociales en las instituciones y en otras esferas de la sociedad; *g)* introducción de acciones de inconstitucionalidad por omisión de las autoridades para garantizar derechos, principalmente los sociales, y *h)* reconocimiento del interés difuso, etcétera.[13]

Por mi parte, considero que el entramado institucional debe ser revisado para garantizar los derechos, y comprende lo siguiente:

1. Los poderes fácticos nacionales y trasnacionales deben someterse a controles jurídicos suficientes que sean dirigidos o al menos supervisados por los ciudadanos.
2. Los derechos fundamentales deben contar con garantías plenas de realización, principalmente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

---

[12] Paoli Bolio, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Trillas, 2009, p. 152.

[13] Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.

3. Es imperioso luchar por una democratización radical, al igual que por la transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y eficacia de todas las instituciones del Estado.
4. Los tratados internacionales, principalmente los relacionados con el comercio, las inversiones y la propiedad deben ser votados por los ciudadanos para poder entrar en vigor en los respectivos ámbitos territoriales.
5. Los mecanismos de derecho procesal constitucional deben ser amplios y accesibles a cualquier ciudadano o grupo social para proteger con suficiencia los derechos fundamentales de carácter social y los derechos colectivos —la acción ciudadana de inconstitucionalidad sin tener que demostrar ningún tipo de interés legítimo—.
6. Los instrumentos anticorrupción deben dirigirse fundamentalmente en contra de las grandes corporaciones trasnacionales.
7. La democracia participativa, deliberativa y comunitaria necesita ser estimulada en todos los ámbitos.
8. El patrimonio de las naciones —sus recursos naturales— y su explotación deben corresponder exclusivamente a ellas a través de sus Estados.
9. La soberanía nacional debe seguir siendo un elemento importante para la definición del Estado y su actuar en el ámbito internacional; y, sobre todo,
10. Es imprescindible modificar el actual modelo económico neoliberal globalizador y sustituirlo por otro de naturaleza social que permita promover la industrialización interna y que fortalezca los mercados nacionales bajo criterios de igualdad[14] para que se pueda realizar el Estado constitucional.

El análisis de la democracia en la teoría del Estado constitucional es muy débil e insuficiente. Algunos, casi todos, se quedan en los márgenes la democracia liberal representativa. No se atreven a postular formas de democracia participativa y deliberativa radical o formas de democracia comunitaria. La importancia de la democracia como precondición del Estado constitucional es fundamental. Sin una activa participación de los ciudadanos y de los movimientos sociales, más allá de los momentos electorales, el Estado constitucional no es posible. ¿Por qué? Porque los ciudadanos y los movimientos sociales pueden supervisar, controlar, proponer y reclamar permanentemente a los gobernantes la satisfacción de los derechos. No se

[14] Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM-Flores Editor y Distribuidor, 2016.

puede confiar exclusivamente en los mecanismos e instituciones de fiscalización del Estado que en su mayor parte se encuentran cooptados por los poderes fácticos y formales. El ciudadano y los movimientos sociales, tienen un papel que jugar para evitar el divorcio entre gobernante y gobernado, y para estar exigiendo el cumplimiento de los derechos humanos. El Estado de partidos tradicional es un esquema periclitado, obsoleto, que se ha aliado al poder trasnacional para afectar la realización de los derechos.

Encuentro que las teorías del Estado constitucional requieren desarrollar una teoría de la democracia radical que vaya de la mano con la de los derechos humanos. Como dice un teórico estadounidense:

> …para las mayorías pobres la solución de la crisis requiere de una redistribución radical de la riqueza y el poder, fundada en la construcción de estructuras democráticas más auténticas que permitan el control popular sobre las instituciones locales y trasnacionales. Las posibilidades de transformación que se han abierto en América Latina no se pueden realizar sin un programa socialista democrático y una izquierda organizada.[15]

Uno de los problemas para la radicalización de la democracia en el mundo, es que existen muchos grupos y particularismos —ecologistas, feministas, indigenistas, multiculturalistas, etcétera— y cada quien defiende su agenda intensamente, sin una concepción universal que comprenda a todos esos grupos. Ésta se puede encontrar en el paraguas de los derechos. El radicalismo del particularismo debe llevar al radicalismo también de los valores universales: justicia, igualdad y libertad. Para ello se requiere que los movimientos sociales de diverso género interactúen, se alíen y compartan agendas. La finalidad es luchar contra los esquemas de dominación que hacen inviable el logro de los derechos y del Estado constitucional como lo conciben los juristas.[16]

Además, se trata no sólo de la radicalización de la democracia política sino de la social y económica. La democratización tiene que alcanzar los ámbitos familiares, empresariales y económicos, pues mientras los hijos sean cosas propiedad de los padres, un trabajador sea un costo o una herramienta para los propietarios del dinero y de los medios de producción, será muy deficitaria la legitimidad del Estado constitucional. Lo importante es que sepamos que el Estado y el derecho pueden aproximarse a la realización de ciertos derechos humanos, pero no pueden hacer milagros, si los individuos

---

[15] Robinson, William I., *América Latina y el capitalismo global. Una perspectiva crítica de la globalización*, México, Siglo XXI Editores, 2015, p. 355.

[16] Harvey, David, *Espacios de esperanza*, Madrid, Akal, 2012, pp. 276 y 277.

y la sociedad no luchan por más altos niveles de igualdad y de libertad.[17] La democracia política, si no viene acompañada por la democracia económica y social, aunque sea muy radical, no es capaz de llevar a cabo la emancipación humana.[18]

En la propuesta contrahegemónica que debieran elaborar las teorías del Estado constitucional sería muy importante que se supiera por lo que se está luchando, qué clase de sociedad nacional y mundial es la que se quiere establecer. Es fundamental tener una comprensión de las relaciones de poder nacional y trasnacionales vigentes para entender la dinámica de la política y el papel del derecho en esos esfuerzos alternativos.[19] Y esa tarea, las teorías del Estado constitucional ni siquiera la han empezado.

El multiculturalismo y el comunitarismo tienen igualmente un papel secundario dentro del análisis de las teorías del Estado constitucional porque la visión de los derechos humanos no se entiende desde las luchas de las sociedades, comunidades e identidades. La concepción de los derechos en los ordenamientos jurídicos, como dice Costas Douzinas,

> se moviliza en nombre de una cultura global, de los valores y principios que son un intento de cerrar las sociedades y de imponerles una lógica única. Que esa lógica sea occidental o cualquier otra, es secundaria; el punto es que se sigue un principio de unidad en contra de las ideas de indeterminación social y de autocreación existencial prometidas por la historia radical del derecho natural. Pero los derechos humanos también son un poderoso imaginario abierto a diversas identidades, a tradiciones heterogéneas y suprimidas. Los derechos humanos como un principio de política popular expresan la indeterminación y apertura de las sociedades a la política. Los derechos socavan el intento de reprimir algunas identidades sociales y de sancionar otras, y su indeterminación significa que los límites de la sociedad siempre son disputados y nunca coinciden completamente con las cristalizaciones que imponen el poder y los títulos legales. Los derechos humanos encierran a la vez un principio de unidad y de homogeneidad y su opuesto, el primero simbolizado por la forma legal y el último por las luchas de la gente.[20]

Para entender los derechos humanos desde el comunitarismo y multiculturalismo, debemos entender al otro, al diferente, al que pertenece a culturas distintas a las occidentales, y que reclama, en sus luchas de resisten-

---

[17] López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado*, Madrid, Trotta, 1992, p. 114.

[18] Esposito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 70.

[19] Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y…*, *cit.*, p. 20.

[20] Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Antioquia, Legis Editores, 2008, p. 456.

cia, uno o varios proyectos de derechos humanos diversos a los nuestros. La concepción de los derechos humanos no es occidental, ni se encuentra sólo en las cosmovisiones europeas y anglosajonas. En donde hay individuos y grupos que en ejercicio de sus autonomías pretenden resistirse al poder, el que sea —y lo hacen desde la defensa de su dignidad y de sus valores societales y culturales— están reclamando la vigencia de derechos humanos que no necesariamente son los nuestros.

Desgraciadamente, la posición dominante en las teorías del Estado constitucional, poco repara en el carácter histórico, político, contingente, cultural y comunitario de los derechos humanos. Al centrarse fundamentalmente en el individuo y en su pertenencia a la cultura occidental, se desdeña que otras manifestaciones culturales y/o plurinacionales puedan considerarse concreciones de los derechos humanos. Como dice Luis Villoro,

> la persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y ésta no puede darse más que en un contexto cultural… Las creencias básicas que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables, varían de una cultura a otra. Por tanto, el respeto a la autonomía de las personas incluye el de las comunidades culturales a las que pertenecen. El "derecho de los pueblos" sólo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que el "pueblo" sea una condición para la autonomía de la persona.[21]

En tal sentido es muy discutible sostener, como lo hace nuestra Constitución, que no son derechos humanos aquellos derechos colectivos que violentan derechos individuales de sus miembros.[22] Los derechos humanos lo son, independientemente de su origen individual o colectivo, si existen buenas razones para que lo sean y si son instrumento de resistencia frente a la opresión de los otros, sobre todo cuando ésta tiene su origen directo en la explotación económica, política o social. Se trata de cuestiones abiertas que no pueden cerrarse de una vez y para siempre, son producto de una deliberación colectiva, plurinacional y multicultural. Como también dice Douzinas, el fin de los derechos humanos es la promesa de lo que todavía no es, pero que se pretende que sea, para que una vez realizado se pueda volver a poner en cuestión.[23]

---

[21] Villoro, Luis, "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", *Revista Isonomía*, México, ITAM, núm. 3, octubre de 1995, p. 10.

[22] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015, pp. 167-171.

[23] Douzinas, Costas, *El fin de…*, *cit.*, 2008, p. 462.

Los liberales a ultranza suelen insistir en la superioridad de los derechos humanos en occidente sobre oriente u otras latitudes, porque los derechos se apoyan en la autonomía y dignidad humanas. Sin embargo, ese punto de vista no acepta que, por ejemplo, los comunitaristas asuman que el individuo sólo se realiza en su pertenencia con la comunidad, por lo que sostener a ultranza los valores de autonomía y dignidad en contra de culturas, credos o tradiciones, equivale a reconocer que no hay respeto a las diferencias,[24] y esas diferencias culturales, como sus fundamentos, merecen respeto y consideración. No pueden ser descartadas sin más, sin que exista un diálogo o deliberación entre culturas.

La manera de entender la globalización es otra de las debilidades del Estado constitucional. Ferrajoli propone globalizar el constitucionalismo, aunque asume que es una tarea de difícil realización.[25] Manuel Atienza en polémica con Ferrajoli, en torno a la existencia de una moral objetiva, como fundamento de los derechos, señala que sí debe mundializarse el constitucionalismo y propone el derecho humano universal a recibir una renta básica, la que se financiaría con la famosa "tasa Tobin" que gravaría las especulaciones financieras internacionales.[26] Otros como Laporta sostienen que la globalización neoliberal no afecta las estructuras jurídicas nacionales.[27] En fin, salvo el punto de vista más elaborado de Ferrajoli, existen pocas referencias en las teorías del Estado constitucional sobre lo que implica la globalización para esa forma de Estado, que se supone vigente y que entraña el mayor riesgo para toda su construcción epistémica y materialización.

Dice Boaventura de Sousa Santos que el nuevo derecho de la globalización jurídica no es producto del impulso intelectual de juristas bien intencionados sino de los poderes de dominación mundial y de abogados, burócratas estatales, instituciones internacionales, trasnacionales, algunos movimientos populares y organismos no gubernamentales que proponen un nuevo derecho para las nuevas realidades. El proceso de construcción del nuevo derecho no es monolítico sino muy diverso, aunque en él han ido ganando los intereses de las grandes corporaciones mundiales y de las po-

---

[24] Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 244 y 245.

[25] Ferrajoli, Luigi, "La crisis de la democracia en la era de la globalización", *Law and Justice in a Global Society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 50 y 51.

[26] Atienza, Manuel, "Constitucionalismo, globalización y derecho", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 264-281.

[27] Laporta, Francisco, "Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano", en Ferrajoli, Luigi, *Law and Justice in a Global Society*, *cit.*, pp. 235 y 236.

tencias más importantes sobre las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, el *ius humanitatis* o el medio ambiente.[28]

Es muy difícil explicar, describir y teorizar el desarrollo de este nuevo derecho por su carácter complejo y heterogéneo. Conviven en su construcción múltiples expectativas, reclamos e intereses. Por un lado, están las demandas de inclusión, igualdad o reclamos de identidad de los pueblos, individuos y grupos sociales; por otro, están la desigualdad creciente en el mundo, la explosión demográfica, la catástrofe ambiental, la proliferación de armas de destrucción masiva, los intereses de las grandes corporaciones internacionales y los intereses geopolíticos de las principales potencias.

La globalización neoliberal puede, desde una visión de poder —con la complicidad de los intereses geopolíticos— explicarse por la existencia de una triple alianza entre las empresas trasnacionales, el capital local y la burguesía estatal.[29] Los tres factores o elementos de esta alianza comparten su situación común de privilegio sociopolítico y su interés por incrementar su influencia no sólo en los ámbitos económicos, sino en los sociales y políticos de todas las naciones y en los procesos de integración mundial y regional. Para ello, se auxilian de la política y del derecho a fin de lograr sus objetivos.

Aunque aún desconocemos las consecuencias definitivas de la globalización neoliberal para el Estado y el derecho —si desapareciera el Estado-nación o se adaptara a las nuevas circunstancias— los teóricos que han buscado entender los fenómenos vinculados a ella destacan distintas maneras jurídicas de analizarla; éstas son: la trasnacionalización de la regulación del Estado-nación; el derecho de la integración regional; el resurgimiento de la *lex mercatoria*; el derecho de las personas que atraviesan fronteras; el derecho de los pueblos indígenas; el cosmopolitismo subalterno e insurgente y los derechos humanos, así como el derecho de los recursos naturales globales de propiedad común.[30] A estas variables debemos sumar de manera destacada la crisis del principio de soberanía, el desmantelamiento del Estado del bienestar, la opacidad e ilegitimidad con la que se crea y aplica el derecho de la globalización neoliberal, además del despojo de los recursos naturales por parte de los Estados hegemónicos a los Estados débiles o periféricos.

Sobre la crisis de la soberanía, podemos decir que el modelo de Estado westfaliano, que creó el Estado-nación caracterizado por la centralización del poder en un gobierno que controla un territorio, la expansión del go-

---

[28] Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 292 y ss.

[29] Evans, Peter, *Dependent Development: the Alliance of Multinational, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.

[30] Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica…*, *cit.*, pp. 329 y ss.

bierno administrativo, la legitimación del poder a través de la teoría representativa y el monopolio de la fuerza concentrado en las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad pública, ha sido sustituido por una nueva forma de Estado que se podría denominar trasnacional. La característica principal de este nuevo Estado es que las principales decisiones que afectan a las sociedades nacionales no se adoptan por los representantes electos de cada nación sino en sedes extra nacionales. Esas decisiones tienen que ver, principalmente, con las condiciones de vida de las sociedades y son tomadas por actores, instituciones y agentes no nacionales. Las resoluciones que se implementan en cada nación tienen como objetivo garantizar los procesos de acumulación del capitalismo mundial, favorecer a los grandes intereses económicos trasnacionales y nacionales, así como, en su caso, responder a lógicas geopolíticas que benefician a las grandes potencias mundiales, las que por otra parte están al servicio de los intereses económicos mundiales. De esta suerte el poder ya no está centralizado en el Estado sino que se encuentra deslocalizado en instituciones y agentes económicos supranacionales, el gobierno administrativo de cada Estado se reduce, flexibiliza y ajusta a las necesidades del capitalismo mundial, los poderes extra nacionales no están legitimados democráticamente, aunque el poder militar fundamental se localiza en las grandes potencias mundiales o en instituciones supranacionales controladas por esas potencias.

Estudiosos como David Held sostienen que la operación de los Estados-nación en este sistema mundializado o globalizado limita su autonomía y las posibilidades de la soberanía estatal como se entendió en el pasado.[31] ¿Por qué? Porque las decisiones nacionales más importantes no se adoptan por las sociedades locales sino en instancias externas; porque la regulación jurídica nacional se debe adecuar a las necesidades del capitalismo mundial; porque la regulación trasnacional se considera jerárquicamente superior a la nacional y, por tanto, esa regulación no puede ser transgredida sin graves consecuencias para el Estado-nación, y porque las redes de regulación jurídica mundial complejizan y obstaculizan el funcionamiento de las autoridades locales que aparecen desconcertadas ante las realidades del nuevo derecho trasnacional.

En cuanto a la pervivencia de cualquier forma de bienestar —garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, según postulan las teorías del Estado constitucional—, como dice José Eduardo Faria, cuanto más veloz es la integración de los mercados en un "sistema mundo"

[31] Held, David y Mcgrew, Anthony, *Globalización-Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.

o en una "economía-mundo", más se reduce la capacidad de coordinación macroeconómica de los Estados-nación, pues mediante las recomendaciones de los organismos financieros internacionales se llega a impedírseles establecer políticas keynesianas de altas tasas de gasto público para sustentar el empleo o el crecimiento económico.[32] De esta suerte, las posibilidades del Estado se reducen para garantizar o contribuir a garantizar los derechos de igualdad. El modelo jurídico neoliberal de la globalización se caracteriza por la reducción sustancial en la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En este modelo, los ciudadanos del Estado-nación tienen menos acceso al empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda y a otros derechos sociales de igualdad.

La globalización neoliberal impulsa una nueva regulación del Estado-nación, la que implica que el Estado-nación realiza ajustes al derecho interno para que éste sea compatible con las exigencias de la globalización neoliberal.[33] Los ajustes principalmente ocurren en el derecho económico, comercial y social, aunque se pueden extender a otros ámbitos como el del derecho electoral a fin de configurar democracias formales, no siempre auténticas, que no fortalecen la construcción de ciudadanía. Las finalidades de esos ajustes jurídicos son la liberalización del comercio, la privatización de industrias o sectores, la liberalización agrícola, el desmantelamiento de las agencias reguladoras, la flexibilización del mercado laboral, la privatización de los servicios sociales vinculados a la salud o a la educación, la menor preocupación por los asuntos ambientales, entre otros.

A su vez, la globalización de la regulación del Estado-nación no tiene los mismos efectos sociales en los países desarrollados que en los subdesarrollados. En éstos, las consecuencias pueden ser, en mayor medida que en los Estados más poderosos, el incremento de la desigualdad y el apuntalamiento de la influencia y del poder en las élites locales y mundiales sobre las poblaciones locales. Las nuevas regulaciones de la globalización pueden traer consigo fenómenos de inseguridad e ingobernabilidad porque a la pobreza crónica de las sociedades nacionales se suma la eliminación de todo tipo de protección social o de otra índole a cargo del Estado.

El derecho a la integración regional que entraña la globalización neoliberal significa que los Estados-nación crean instituciones y competencias jurídicas supranacionales. Las nuevas entidades asumen competencias que antes tenían los Estados. Los procesos de integración no suelen ser votados, se realizan sin la participación de las sociedades locales y por ello existe un

---

[32] Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 30.

[33] *Idem*.

serio déficit de legitimidad democrática. Casi siempre los responsables de las entidades supranacionales no son electos democráticamente y el procesamiento de sus decisiones no se acostumbra a ventilar públicamente. La ilegitimidad democrática y la opacidad son las características distintivas de los procesos de integración.[34]

Las entidades supranacionales se construyen y desarrollan generalmente para promover dos objetivos: 1) la integración económica y comercial, y 2) la protección de los derechos humanos. De esos dos objetivos prevalece el económico y el comercial, que es el que reciben el mayor impulso. La integración para la salvaguarda de los derechos humanos se utiliza como instrumento de legitimación del primer objetivo y va a la saga de él, porque si sustituyera a la preponderancia con la que cuentan los procesos de integración económica y comercial, se podría afectar seriamente al proyecto de la globalización. Así, en las entidades supranacionales de los derechos humanos, la garantía de los derechos económicos sociales, culturales y ambientales recibe menor respaldo que la salvaguarda de los derechos de la llamada primera generación.

Todo lo anterior obliga, a las sociedades nacionales y mundiales, a profundizar el discurso y la práctica de la democracia radical —participativa, deliberativa, comunitaria, además de representativa— de las estructuras e instituciones tradicionales del Estado constitucional, a la par que debemos construir y realizar una teoría económica y social capaz de justificar, costear y respaldar las propuestas y proyectos constitucionales y de derechos que las sociedades hagan desde las esferas jurídicas y políticas locales e internacionales. El Estado constitucional, como hoy se manifiesta, sin una transformación en el modelo capitalista de dominación, y sin un rediseño nacional y mundial de las instituciones vigentes de carácter representativo, será incapaz de satisfacer en un sentido fuerte a los derechos humanos que se pretende salvaguardar y proteger, y que teóricamente le dan razón a su existencia.

Aparejado a lo anterior, una gran deficiencia de las teorías del Estado constitucional es su concepto de democracia constitucional. Mis razones de crítica son las siguientes:

1. Si democracia son también los derechos humanos y no sólo la regla de la mayoría, hay que admitir en cuanto a exigibilidad, que existen algunos derechos: los económicos, sociales, culturales y ambientales,

[34] Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica*, México, UNAM-Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2014, pp. 203-216.

que se protegen de manera inferior a los derechos de libertad —no todos los derechos se protegen y garantizan igual—.

2. Las teorías del Estado constitucional presentan a los derechos humanos como universales, absolutos e inalienables, es decir, como derechos previos al orden jurídico, de fuerza superior a la jurídica —de carácter moral objetivo— y como derechos a los que se puede renunciar pero no abandonar; sin embargo, el alcance y significado de los derechos depende de las concepciones filosóficas y culturales que están detrás de ellos, como lo demuestra, por ejemplo, el análisis de las corrientes filosóficas, el comunitarismo y el multiculturalismo.
3. Los derechos humanos surgen de las aspiraciones de grupos en resistencia frente al poder, ¿cuándo hablamos de derechos, de cuáles estamos hablando?, de los establecidos en Constituciones y tratados creados por burocracias nacionales y/o supranacionales no electas y opacas, o de los derechos que están por nacer de las luchas políticas y sociales frente y en contra del poder establecido.
4. La tesis del fundamento moral objetivo y absoluto de los derechos es equivocada porque no toma en cuenta las circunstancias históricas, sociales y económicas del devenir humano, ni tampoco se hace cargo de que los derechos que merecen ser sustantivados, son los que resultan de procedimientos deliberativos, participativos y democráticos, que se debieran ventilar en el seno de las sociedades, al interior de las culturas y entre culturas.
5. Finalmente, cómo decir cuáles y qué derechos, cuando son élites de expertos quienes los definen hoy en día, prescindiendo de las sociedades. Existe en su concepción, significación y alcances actuales, una tendencia a la oligarquización de los derechos y una violación a los principios de autonomía y dignidad, pues se dice por las corrientes liberales, que son los dos valores que dan sustento y justificación de los derechos. ¿Acaso las sociedades, culturas, e individuos que las componen, no deben ser tomados en cuenta y de manera directa para la determinación de cuáles derechos deben reconocerse como tales, y no a través de representantes y expertos, que no tienen vínculos efectivos con ellas?

La democracia constitucional es un arreglo para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos en un sentido muy fuerte,[35] pero muy equivocado porque carece de sustento histórico, social y económico y de

[35] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

una base deliberativa y participativa. Se sostiene, lo que no dudo, que las mayorías pueden violar los derechos humanos de las minorías o de una persona y por eso no pueden ser equivalentes a la democracia, pero son principalmente las minorías del mundo neoliberal las que infringen los derechos. La democracia constitucional también nos previene en contra del concepto de soberanía como equivalente a mayorías, ésta, se dice, no es asimilable ni a las mayorías ni a las unanimidades, tanto las mayorías como las unanimidades o las mismas minorías son "fragmentos" de la soberanía. La soberanía termina o concluye cuando se postula, es una idea regulativa que propone una noción de salvaguarda de los derechos de todos. La democracia constitucional constituye una limitación al poder de las mayorías y supone falsamente que lo hace a nombre de las minorías desvalidas y excluidas, cuando son éstas las que suelen violar los derechos de las mayorías.[36]

Las minorías a las que se dice proteger por medio de los derechos no son sociológicamente las más débiles, sino que son las más poderosas de las naciones y del planeta, como lo demuestran las teorías críticas con el neoliberalismo globalizador. Esas minorías poderosísimas cuentan con los derechos para oponerlos a las amplísimas mayorías que habitan las naciones y el planeta; además, tienen de su lado la estructura institucional de protección, pues los guardianes de los derechos son burócratas no electos, que muchas veces dependen de esos grandes y minoritarios intereses, los cuales definen en total opacidad lo que son y no son los derechos.

Esto significa que un rasgo muy reprochable de las teorías constitucionales reside en los garantes de los derechos, en las instituciones nacionales y supranacionales que los definen y determinan. Los derechos se reconocen en la opacidad e ilegitimidad. La opacidad es evidente porque los derechos son reconocidos por instancias supranacionales y nacionales sin el concurso de las sociedades, sin rendición de cuentas. Los procedimientos de generación de los derechos se toman por unos cuantos funcionarios —la tecnocracia nacional y supranacional de los derechos humanos— y las sociedades nacionales desconocen con suficiencia las razones, los motivos o los argumentos que esgrimen esas personas para reconocer los derechos, a quién se beneficia y por qué no beneficia o se reconocen derechos bajo criterios alternativos. El proceso de reconocimiento de derechos —como prueba la reforma mexicana de derechos humanos de 10 de junio de 2011— se realiza sin suficiente luz y taquígrafos, sin debates parlamentarios y sociales amplios, y sin que los sectores sociales involucrados por los derechos puedan

[36] Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

exponer extensamente sus puntos de vista en esos procedimientos y reconocimientos. Es ilegítimo el reconocimiento de los derechos porque muchas veces en su definición, ésta se efectúa por personas que no han sido electas por el pueblo, que no le rinden cuentas al pueblo, que no pueden ser removidas de sus funciones por el pueblo y porque el derecho reconocido no responde, en variadas ocasiones, a los intereses y necesidades del pueblo, sino a los derechos fundamentales de las minorías —las grandes corporaciones internacionales y de los poderes políticos y económicos que están detrás de ellas—. Los derechos humanos reconocidos no se aprueban en muchos países mediante el referéndum ciudadano. Son, además, derechos que no pueden ser derogados o abrogados por los ciudadanos de los Estados-nación.

Los tribunales o cortes constitucionales, garantes de las teorías del Estado constitucional, merecen abundantes críticas. Existe en el mundo entero una fuerte discusión académica pero también política sobre el problema de la legitimidad democrática de los jueces constitucionales. Preguntas como: ¿por qué el Poder Judicial, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del Legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez? Todas estas preguntas y otras similares, así como sus difíciles respuestas tienen que ver con la legitimidad democrática de los jueces y, sobre todo, con los jueces constitucionales que en los sistemas de control concentrado o mixto anulan o invalidan leyes y, que en algunos ordenamientos, determinan al legislador sobre la manera específica en la que éste debe legislar materias concretas.[37]

¿Cuál es la justificación para tal intervención?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estas preguntas como las primeras ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que algunos hablan ya de un gobierno de jueces.[38] La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de Constituciones conformadas preponderantemente por principios[39] se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas, existe un pesimismo evidente, en otras, se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde

---

[37] Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 155-199.

[38] Águila, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 293 y ss.

[39] Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Nueva Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

antiguo, pero sobre todo ahora, que existe una muy clara conciencia en el papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión que señala:

> si el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones a un ulterior control judicial?[40]

Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos como es el caso del Ely,[41] otras aluden a la soberanía constitucional,[42] otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas estadounidenses—, unas más sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial,[43] algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,[44] otras proponen nuevos diseños institucionales en el Poder Judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,[45] y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.[46]

---

[40] Ferreres, Víctor, "Justicia constitucional y democracia", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247 y 248.

[41] Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

[42] Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987; véase la selección de artículos federalistas y antifederalistas en Sánchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza, 2002.

[43] Ibáñez, Perfecto Andrés, "Democracia con jueces", *Claves de Razón Práctica*, núm. 128, diciembre de 2002, pp. 4-11.

[44] Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 44-71.

[45] Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss.; *id.*, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 29, 1991, pp. 97 y ss.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.

[46] Troper, Michel, "El Poder Judicial y la democracia", en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judical. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233; Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001; Pintore, Anna, "Derechos insaciables",

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por mi parte, sostengo lo siguiente:

1. Los órganos garantes de los derechos merecen contar con legitimidad democrática directa de los ciudadanos para que sus titulares tengan responsabilidad directa frente a ellos y porque cualquier órgano cúspide del Estado debe ser expresión de la soberanía popular.
2. La historia constitucional de América Latina demuestra que los nombramientos de los titulares de las cortes constitucionales dependen del presidente o de las cúpulas de los partidos mayoritarios.
3. El hecho anterior limita su independencia porque suelen actuar y decidir como si fuesen correas de transmisión de los intereses y voluntad de quien los designó.
4. Por el mecanismo de designación, los órganos constitucionales autónomos se han partidocratizado y se conducen en atención a ese hecho.
5. No suele haber pluralismo jurídico, político o ideológico entre los titulares de estos órganos porque representan y reproducen las concepciones jurídicas o políticas de las clases dominantes.
6. Por el método de designación existente, los titulares de esos órganos pierden independencia porque con motivo de sus funciones no afectarán los intereses de quién los nombró, ya sea el Ejecutivo, el Congreso o cualquier otra instancia de autoridad o conjunción de éstas.
7. Los órganos constitucionales autónomos que tienen facultades para anular o invalidar leyes con efectos generales actúan como poderes contramayoritarios, capaces de anular o desaplicar normas jurídicas que han sido aprobadas por las mayorías o por los representantes de éstas.
8. El método de designación más el estatuto de sus titulares los transforma en órganos elitistas.
9. El método de designación no les permite generar vínculos con la ciudadanía ni promueve la rendición de cuentas a la sociedad; y
10. Sus titulares resuelven de espaldas a la sociedad y, por lo mismo, no sienten que estén allí para garantizar las necesidades, los intereses y los derechos de los ciudadanos, sino los intereses y los privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *statu quo*.

---

en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265.

La elección por sufragio universal de los titulares de los poderes judiciales ha existido en América Latina. Además del caso boliviano vigente, el método de elección popular de los titulares del Poder Judicial fue una realidad para los ministros de la Suprema Corte, el fiscal y el procurador en la Constitución mexicana de 1857. El profesor José María del Castillo Velasco, que fue constituyente de esa Ley Suprema, en su obra *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano* señala textualmente:

> Mientras el Poder Judicial se considere… como ramo de la administración pública, bien podría confiarse el nombramiento de los jueces al Ejecutivo, ya por sí solo, ya con intervención del Legislativo; pero desde el instante en que el ejercicio de las funciones judiciales se ha considerado como un verdadero poder público; desde el momento en que a ese poder se ha confiado la inviolabilidad de la Constitución, y el examen y el juicio de las leyes mismas con relación a la ley suprema, no puede confiarse la elección de los jueces sino al pueblo…[47]

Daniel Cosío Villegas en su obra *La Constitución de 1857 y sus críticos*, compara a los ministros de la Suprema Corte de Justica de México de mediados del siglo XX con los ministros derivados del método de elección de la Constitución de 1857, y concluye que estos últimos eran, entre otras cosas, debido al método de elección ciudadano, "…independientes, fiera, altanera, soberbia, insensata, irracionalmente independientes…".[48]

En este sentido, la vía de nominación o de selección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no es indiferente, sino que es fundamental. La nominación, si depende de los poderes formales o de los poderes fácticos, puede estar condicionada por la ideología política, los intereses y hasta las instrucciones de quien nombra. En Estados Unidos es bastante conocida la posición de Jeremey Waldron en contra del carácter contramayoritario de la Corte Suprema de ese país,[49] y por eso insiste en que la revisión de constitucionalidad debe permanecer en el Congreso.

La elección por sufragio universal de los titulares de las cortes constitucionales podría comportar críticas e inconvenientes, sobre todo si los candidatos a ocupar esos cargos son postulados por los partidos políticos, reci-

---

[47] Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, ed. facsimilar, 2007, p. 203.

[48] Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Clío, 2007, p. 102.

[49] Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ben financiamiento público o privado o realizan campañas. Para evitar esos inconvenientes es importante que los candidatos a ocupar las titularidades de las cortes constitucionales no sean postulados por los partidos políticos, para que no exista dependencia respecto a ellos, también debe prohibirse que esos candidatos reciban financiamiento público o privado o que realicen campañas, porque ello los haría dependientes de intereses económicos, mediáticos o de otra índole. El método ideal de elección de los titulares de las cortes constitucionales debe comprender tres etapas: 1) la realización de un examen de los aspirantes que cumplan los requisitos constitucionales y legales; 2) los diez primeros lugares por cada posición vacante deben tener acceso a tiempos gratuitos en radio y televisión para dar a conocer sus propuestas y sus ideas en torno a la orientación constitucional y social que debe tener a su juicio la Corte Constitucional, y 3) elección por voto ciudadano, al momento de la elección del resto de los cargos públicos de elección popular, entre los diez finalistas por vacante. Estaría prohibido que los partidos u otros grupos económicos respaldaran a cualquiera de los diez finalistas. Considero que este método limitaría los inconvenientes de la elección de los titulares por sufragio universal, garantizaría su independencia de los poderes fácticos y de los partidos y, al tener un componente basado en el mérito, promovería el arribo de las y los mejores a estas posiciones.

En cuanto al principio de proporcionalidad, regla o método privilegiado para resolver las colisiones entre principios constitucionales, sólo hay que exponer las críticas de autores reconocidos y alguna propia.[50] Habermas cuestiona a Alexy, y señala que concebir a los derechos fundamentales como máximas de optimización, elimina el sentido deontológico de los derechos fundamentales, pues la concepción teleológica de los derechos llevaría a relativizar las posiciones iusfundamentales del individuo, de forma que los derechos fundamentales no serían cartas de triunfo frente a los objetivos estatales, sino únicamente valores objeto de ponderación con otros valores en cada situación concreta. La concepción teleológica de Alexy —según Habermas— debilita a los derechos fundamentales y favorece la realización de metas arbitrarias en contra de los individuos, es decir, la concepción de Alexy no se concilia con la tradición liberal que concibe a los derechos fundamentales como universales, inalienables y absolutos.[51]

---

[50] Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014, pp. 206-210. En esa obra intento salvar las críticas del principio de proporcionalidad pero encuentro ahora que mis argumentos de respuesta no son suficientes.

[51] Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 278; Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 55; Arango, Rodolfo, "Concepciones

La crítica de Habermas tiene seguidores en autores que sostienen que la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad es irracional y produce arbitrariedad; sirve para construir juicios salomónicos[52] porque el propio principio de proporcionalidad es indeterminado conceptualmente, los principios constitucionales son entre sí inconmensurables e incomparables, y con el principio de proporcionalidad es imposible predecir resultados. Sobre la indeterminación conceptual del principio de proporcionalidad se dice que no existen criterios jurídicos que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios. El principio de proporcionalidad es una estructura que se completa con las apreciaciones subjetivas del juez. Respecto a la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los principios constitucionales que se ponderan se argumenta que los principios constitucionales entre sí no son comparables porque son diferentes entre sí, y en cuanto a la inconmensurabilidad se indica que al no existir una relación jerárquica entre los principios constitucionales ni una medida en común entre ellos, es imposible determinar el peso de cada principio. Finalmente, el principio de proporcionalidad no garantiza predecir los resultados de la ponderación y, en consecuencia, la jurisprudencia derivada de la aplicación del principio de proporcionalidad siempre será *ad hoc* —caso por caso y *a posteriori*— e incapaz de generar criterios generales, lo que desdora la seguridad jurídica del ordenamiento.[53]

Enlazadas con las anteriores críticas, se dice también que al ponderar los tribunales constitucionales, que carecen de legitimidad democrática, intervienen ilegítimamente en las competencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado, principalmente al Poder Legislativo.[54] Según esas críticas el Tribunal Constitucional sustituye y ocupa el lugar de la Constitución —la Constitución dice lo que quiere que diga el Tribunal Constitucional— y las diversas y hasta contradictorias decisiones subjetivas que emite el Tribunal Constitucional anulan las decisiones democráticas que el

---

deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en Clérico, Laura *et al*. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011, pp. 73-90.

[52] Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 73.

[53] Véase Bernal Pulido, Carlos, "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España?", en Sieckmann, Jan-R. (ed), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 228 y 229.

[54] Véase Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, *cit*., pp. 158-160. Sobre esta discusión véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, *cit*., pp. 155-199.

legislador ha tomado. El principio de proporcionalidad es una herramienta que se han inventado los tribunales constitucionales para legitimarse y para intervenir indebidamente en decisiones políticas. Así como los tribunales constitucionales intervienen indebidamente en las competencias del legislador también intervienen en las competencias de la jurisdicción ordinaria, pues las decisiones de los primeros constitucionalizan el derecho ordinario mediante la irradiación de sus decisiones y a través de vías como la acción o juicio de amparo.

Existen además otro tipo de críticas respecto al principio de proporcionalidad. Una de ellas es la del profesor español Juan Antonio García Amado, quien sostiene que el principio de proporcionalidad supone entender que subyacente a la Constitución formal existe otra que es la Constitución material, la que hace ilusoriamente aparecer a la primera como un sistema claro, coherente y pleno. La Constitución material concreta e institucionaliza la moral social o política vigente. Los tribunales constitucionales resuelven y dotan de contenidos a los principios constitucionales empleando los principios morales de esa moral, los que no pueden tener un significado objetivo en una sociedad abierta y democrática y, por ello, sus decisiones son, no sólo discrecionales sino incluso irracionales.[55]

Además de lo anterior, estimo que el principio de proporcionalidad es un método que al buscar la conciliación y la armonización entre los principios favorece el mantenimiento de lo establecido. Es un instrumento de pacificación social, política y económica. Como tal, favorece a los intereses del *statu quo* y carece de la capacidad transformadora de esa realidad. La proporcionalidad simplemente pretende determinar qué principio prevalece en el caso concreto, pero no se propone hacer de él un mecanismo de cambio social o económico. En este sentido, es un método conservador que viene a beneficiar a los intereses económicos, sociales y políticos que respaldan la realidad existente. Su capacidad de manipulación no va a ir en contra de las expectativas de las respectivas oligarquías dominantes o hegemónicas, ya sea de las naciones o del espacio supranacional. Con el principio de proporcionalidad se podrá abundar y adicionar en los ámbitos de lo políticamente correcto, de la moral prevaleciente, pero nunca este principio servirá para trastocar los modelos económicos, políticos o simbólicos de dominación.

¿Qué son las teorías del Estado constitucional? Construcciones jurídicas que desean el noble sueño de la realización de los derechos humanos,

---

[55] García Amado, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice", *Berbiquí*, núm. 30, 2005, pp. 14 y ss.

pero que se enfrentan a la amarga pesadilla de la realidad, pues algunos de esos derechos —los de igualdad— no pueden ser realizados sin trastocar el modelo capitalista de dominación. Son teorías que, como lo hemos descrito en estas páginas, desconfían de las posibilidades de una democracia radical, de la importancia de un nuevo diseño de las instituciones, que no atienden al modelo de dominación vigente —el neoliberal globalizador—, que ven por encima del hombro a las concepciones comunitarias y multiculturalistas, que ingenuamente piensan que el concepto de democracia constitucional es para salvaguardar los derechos de los débiles, cuando en realidad con él, protegen los derechos de los poderosos, que son la minoría en las naciones y en el planeta. Son teorías profundamente elitistas, oligárquicas y antidemocráticas, porque confían a grupos tecnocráticos de expertos en derechos humanos la determinación y el alcance de los mismos. En fin, son teorías, que no tocan el nervio de los modelos de dominación capitalista neoliberal y globalizadores vigentes, pero tristemente les brindan un servicio de legitimación jurídica para mantener la ilusión de que a través del derecho son posibles las transformaciones, aunque tal vez eso de suyo ya sea importante.

FRONTERAS Y DERECHOS: SOBRE ALGUNAS INCOHERENCIAS Y FALACIAS EN LAS RESPUESTAS DE LA(S) DEMOCRACIA(S) LIBERAL(ES) AL DESAFÍO DE LAS MIGRACIONES FORZADAS

Javier de LUCAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fraternidad, solidaridad, reconocimiento y humillación, claves olvidadas por el liberalismo igualitario*. III. *La construcción de un estatus jurídico para los inmigrantes, contrario a los principios básicos del Estado liberal de derecho*. IV. *Un estatus jurídico de los refugiados que viola la legalidad internacional, europea e interna.*

I. INTRODUCCIÓN

Mi contribución a este merecido homenaje al profesor y amigo Rodolfo Vázquez se refiere a un problema sobre el que él mismo ha escrito en varias ocasiones,[1] aunque no sea en rigor uno de los objetivos centrales de su reflexión. Pero no ha escapado a su perspicacia la relevancia de este problema en los términos estrictos de la filosofía jurídica y política, tal como él la profesa. Me refiero a los desafíos que plantea la lógica jurídica y política de las políticas migratorias y de asilo (hoy, sobre todo las europeas, pero también las de México, Estados Unidos o Australia), en términos de su coherencia con las exigencias de los derechos humanos y de la democracia liberal igualitaria, inclusiva y pluralista que siempre ha defendido nuestro Rodolfo Vázquez.

Quisiera precisar bien el alcance de mi propuesta. No se trata de denunciar que materialmente, aquí o allá, con frecuencia *x* o *z*, esas políticas

* Universidad de Valencia.

[1] Para conversar con él, he escogido su artículo "Inmigración, ciudadanía, fronteras", en el núm. 29, 2008, de la revista *Isonomía*, en el que Rodolfo Vázquez dialoga sobre estos temas, con su generosidad habitual, con otro amigo y apreciado colega, Ermano Vitale.

toleren o aun propicien e incentiven malas prácticas. Lo que pretendo señalar es que la lógica jurídica y política que las inspira y que nuestros Estados ponen en práctica, es inaceptable, por incongruente con el reconocimiento y garantía efectiva de derechos y con los principios del Estado de derecho y del liberalismo igualitario. Aún más, creo que el problema reside en algunas insuficiencias del propio modelo del liberalismo igualitario ante el problema del déficit de reconocimiento o, por decirlo más claramente, del avance de los procesos de humillación de *algunos otros*, es decir, de individuos que pertenecen o son identificados como pertenecientes a determinados grupos, habitualmente minoritarios, por razones de su procedencia (inmigrantes y refugiados), o de lo que denominamos "marcadores primarios de identidad" (religión, lengua, nación, grupo etnocultural, etcétera), un fenómeno particularmente importante en sociedades que, al tiempo, se han globalizado y en las que se incrementa la presencia activa de agentes (individuos, pero también grupos) de la pluralidad (ya sean heterónomos o autóctonos) o, si se quiere emplear la conocida categoría de Taylor, de la *diversidad profunda* (*deep diversity*).

Trataré de explicarme. Hoy, en sociedades crecientemente multiculturales y en las que se incrementa también la desigualdad y la humillación, el desafío de construir una *sociedad decente*, lo que quiere decir una sociedad organizada conforme al modelo de una *democracia plural e inclusiva,* sigue a mi juicio casi detenido en el punto de partida. Y es así porque, tal y como está enunciado (la gestión de la diversidad cultural desde el modelo de la democracia y el Estado de derecho liberales), constituye un callejón sin salida, mientras no revisemos en profundidad los límites de la democracia y del Estado de derecho liberales.

Frente a ese bloqueo, creo oportuno decidirse a revisar el punto de partida y tomar nota de los límites del discurso propio del Estado liberal de derecho que es, pese a todas sus conquistas, un modelo anclado en el Estado-nación, centralista, basado en el presupuesto (postulado) de la homogeneidad cultural. Esta versión del Estado liberal de derecho, nunca reconocida expresamente, parece anclada además en el atomismo individualista que ya criticaba Marx con acierto en su *Crítica de la cuestión judía*, publicada en 1844 en los *Deutsch-Französische Jahrbürcher* aunque, desde otra perspectiva, estaba ya avizorada en el penetrante *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, publicado por Adam Ferguson en 1767.[2]

[2] Hay una excelente versión castellana, *Historia de la sociedad civil*, publicada por Akal, en 2010.

En todo caso, sobre las huellas de ese *joven Marx*, la reducción atomista fue denunciada por C. B. MacPherson a mediados del siglo pasado (1962), en su clarividente trabajo sobre el *individualismo posesivo*, en el que exponía cómo los paleoliberales, en aras del dogma central de la eficacia de un mercado desregulado, seguían ignorando que los sujetos históricos —morales, políticos— no son sólo ni aun predominantemente los individuos que pueden permitirse el lujo de actuar sobre el *als ob* de ser como islas, sino como seres sociales,[3] es decir, impugnaba la identificación liberal (si se quiere, liberista) del individualismo atomista como clave ontológica y metodológica de esta ideología. Por eso, a mi juicio, debe criticarse el reduccionismo de la teoría moral, jurídica y política que sostiene la exclusividad de los individuos (aún diré más individuos humanos) como agentes con relevancia moral. Desde esa concepción se ignora olímpicamente la dimensión social que está ya en la noción de persona y en la tradición aristotélica, reivindicada por Fichte y Hegel y por la teoría del reconocimiento.

Los principios políticos que rigen el modo en que esa concepción trata de hacerse cargo de la *gestión de los problemas de la diversidad*, suponen una considerable ceguera ante la pluralidad y profundidad de las manifestaciones heterogéneas de la diversidad y recurren al principio de la tolerancia (en lugar del respeto al principio de igualdad de derechos), así como una visión simplista de la relación entre igualdad y diferencia (sería más correcto hablar del tratamiento meramente sinalagmático de toda manifestación de diversidad) que conduce a una rala interpretación negativa de toda forma de discriminación, incluso si es positiva. Y suman a todo ello un retórico concepto de interculturalidad, como bálsamo de Fierabrás de la discusión.[4]

A mi juicio, ese error que subyace a posiciones que, desde el canon de liberalismo político, tratan de reflexionar sobre la necesidad de revisar la relación entre diversidad cultural y democracia y, específicamente, entre

---

[3] Véase la versión castellana MacPherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Madrid, Trotta, 2005.

[4] Sobre ello me permito remitir a mi "El mito de la interculturalidad" en Añón Roig, M. J. y Solanes Corella, A. (eds.), *Construyendo sociedades multiculturales. Espacio público y derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 23. La clave para mí, está en ese "proyecto de modernidad restringida, cuyo instrumento es el Estado nación concebido sobre el molde liberal restringido y bajo el primado del mercado, (del que) forma parte una noción demediadamente emancipadora de los derechos y de la ciudadanía. Ese sujeto político, el Estado, secuestra y demedia a la nación, que no es *populus*, no es *demos* pleno, porque no son sujetos del mismo todos los que forman parte de él". Véase García Cívico, "¿Hay realmente un horizonte intercultural en la Unión Europea?", *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 17, 2013, pp. 97-138.

fronteras y derechos[5] es el que ejemplifica un acreditado liberal como Ermanno Vitale:[6] su noción de democracia liberal bordea el riesgo de una presentación maniquea, simplista y, sobre todo, apriorística, pues ignora las condiciones reales, un pecado imperdonable para quien se dedica a la filosofía práctica. Ignora, tal y como ha señalado un liberal igualitario como Rodolfo Vázquez, el enriquecimiento del liberalismo igualitario desde las propuestas pluralistas, de James Tully, Peter Häberle, Pierre Bosset o Maria Jequezel a las que me he referido.

Frente a esas reducciones, como decía, el punto de partida debe ser, a mi juicio, el que contribuyeron a definir ante todo el gran filósofo canadiense Charles Taylor (por ejemplo, en el muy significativo aunque poco tenido en cuenta *Rapprocher les solitudes. Ecrits sur le federalisme et le nationalisme en Canada*, 1992), después el constitucionalista J. Tully (*Strange multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995) y más tarde en el famoso Informe Bouchard/Taylor (*Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, 2008),[7] que

---

[5] Y que conducen paradójicamente a la receta común, difícilmente compatible con el liberalismo igualitario, de crear más fronteras ("vayas donde vayas, más vallas") o, lo que es peor incluso, a recuperar la lógica colonial en el interior de los propios Estados, construyendo categorías de sujetos a las que corresponden diferentes estándares de derechos fundamentales. Sobre la obsesión de la "defensa social" que sustenta una primitiva defensa de las fronteras como muros, ha de leerse la bien fundamentada crítica de Brown, Wendy, *Estados amurallados, soberanía declinante*, pról. de E. Balibar, Barcelona, Herder, 2014.

[6] Véase *Ius migrandi*, Melusina, Barcelona, 2006, que ha sido objeto de excelente análisis por parte de Vázquez, Rodolfo, "Migración, ciudadanía, fronteras", *Isonomía*, núm. 29, 2008, pp.195-204. A mi juicio, sólo quien no haya leído una línea de *Rapprocher les solitudes. Essais sur federalisme et nactionalisme au Canada*, de C. Taylor, puede aceptar el tipo de reducciones y de descalificaciones que realiza Vitale, y en el que coincide, por cierto, con algunas tesis de Paolo Comanducci y de Ernesto Garzón, sobre la imposibilidad de ese *tertium genus* (el liberalismo comunitario de Taylor, o de Bouchard) que inspiran la vía canadiense, la política de la *reasonable acommodation*, del acomodamiento de la diversidad cultural.

[7] *Building the Future. A Time for Reconciliation.* Commission du consultation sur les practiques d'accommodement reliées aux diférences culturelles, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, disponible en: *https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf*. Por supuesto, habría que tener en cuenta las aportaciones posteriores de otros juristas, como Häberle, Bosset y Jezequel. Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002; Bosset, Pierre, "Reflexions on the Scope and Limits of the Duty of Reasonable Accommodation in the Field of Religion"; Bosset, Pierre y Foblets, Marie-Claire, "Accommodating Diversity in Quebec and Europe: Different Legal Concepts, Similar Results?", en Council of Europe, *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralistic Society*, *Trends in Social Cohesion*, núm. 21, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 37-65; Jezequel, Mariam, "The Reasonable Accommodation Requirement: Potential and Limits", en Council of Europe, *Institutional Accommodation and the Citizen: Legal and Political Interaction in a Pluralistic Society, Trends in Social Cohesion*, núm. 21, *cit.*, pp. 21-35. Hoy, además, contamos con el añadido de

están en el origen doctrinal del modelo de lo que conocemos como *acomodo razonable*. Toda una jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y, sobre todo, de los tribunales canadienses debería ser tenida en cuenta a este respecto.[8] Son asimismo muy valiosos, a mi juicio, los esfuerzos de dos filósofos mexicanos que han profundizado en la respuesta democrática, pluralista e inclusiva ante la diversidad cultural, Luis Villoro[9] y León Olivé.[10]

II. Fraternidad, solidaridad, reconocimiento y humillación, claves olvidadas por el liberalismo igualitario

Me he referido ya al alejamiento de nuestras democracias, que sí, son liberales, respecto a los principios del liberalismo igualitario, del ideal de una democracia plural e inclusiva que comience por sentar los elementos propios de una "sociedad decente". Empleo la expresión en el sentido de una sociedad en que las instituciones no sometan a ninguno de sus ciudadanos a la humillación, en los términos de Avishai Margalit,[11] a quien se ha referido Rodolfo Vázquez en no pocas ocasiones. Por cierto, si Avishai Margalit hu-

---

la clarividente visión de Honneth, *Kampf um Annerkenung*, Frankfurt, 1992 (versión castellana, *La lucha por el reconocimiento,* Crítica, 1997); *id.*, *La sociedad del desprecio*, Madrid, Trotta, 2015; *id.*, *Das Recht der Freiheit* (versión castellana, *El derecho de la libertad*, Paidós, 2015.

8 *Cfr*. Intxaurbe Vitorica, José Ramón, *El empleo de signos dinámicos de adscripción religiosa en los espacios públicos y su gestión a través del instrumento jurídico del acomodo razonable*, Deusto, tesis doctoral, octubre de 2016; Abrisketa Uriarte, Joana, "Jurisprudencia española en materia de derecho internacional público; comentarios de sentencias; ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 5 de noviembre de 2014 (ROJ: ATS 8256/2014)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, núm. 1, 2015, pp. 220-224; *Cfr*. Howard, Erica, "Protecting Freedom to Manifest one's Religion or Belief: Strasbourg or Luxembourg", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 32/2, 2014, pp. 159-182; *id.*, "SAS *vs*. France: Living Together or Increased Social Division?", *Blog of the European Journal of International Law*, 7 de julio de 2014, disponible en: *http://www.ejiltalk.org/s-a-s-v-france-living-together-or-increased-social-division/*; *id.*, "Headscarves and the Court of Justice of the European Union: Two Opposing Opinions", *Blog of the European Journal of International Law*, 1o. de agosto de 2016, disponible en: *http://www.ejiltalk.org/headscarves-and-the-court- of-justice-of-the-european-union-two-opposing-opinions/*.

9 Villoro, Luis, *Estado plural, diversidad de culturas*, México, Paidós-UNAM, 2007; *id.*, "Condiciones de la interculturalidad", en Briones, P. (ed.), *Ética, hermenéutica y multiculturalismo*, México, Universidad Iberoamericana, 2008.

10 *Interculturalismo y justicia social*, México, UNAM, 2008.

11 Margalit, A., *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 1997.

biera leído a Péguy,[12] a Simone Weil[13] o al menos a Lévinas[14] y Ricoeur,[15] se habría ahorrado mucho trabajo. Es Péguy quien definió el objetivo de "una sociedad sin exilio" y Lévinas, con Ricoeur, quienes han explicado con mayor profundidad la negación de la alteridad que supone la humillación, en las antípodas de la antropología y de la teología política schmittiana. Uno y otro, Lévinas y Ricoeur, supieron explicar con mayor profundidad la negación de la alteridad que supone la humillación, y apuntaron (sobre todo Lévinas), que no se trata tanto de hablar de derechos humanos como derechos del otro, cuanto de obligaciones ante la humanidad ante todo otro, porque la base de su reflexión es precisamente el *encuentro cara a cara* con el otro). De ese modo, destacaron un elemento que me parece clave y que fue recogido desde otra perspectiva por Arendt: la construcción social de procesos de humillación es el resultado de la pérdida del vínculo que algunos llaman fraternidad y otros preferimos denominar solidaridad.

Quiero precisar que, cuando hablo de *humillación* no me refiero a una conducta que puede aparecer en las relaciones interpersonales en el ámbito de lo privado, sino como proceso de construcción social de determinados otros como excedentes, seres de existencia precaria, caducables, destinados a ser sustituidos en aras del beneficio. Se trata de un fenómeno que va más allá del incremento de la desigualdad y que supone de hecho la exclusión de

---

[12] Así, por ejemplo, en *De la cité socialiste*, o en *Marcel. Premier dialogue de la cité harmonieuse.*

[13] Quien, en su estudio sobre la *Iliada* ("La Iliada o el poema de la fuerza") había adoptado como propio el lema extraído del diálogo entre Príamo y Aquiles, "aprender a no admirar nunca la fuerza, a no odiar a los enemigos y a no despreciar a los desgraciados". De la obra de quien por muchos conceptos podría ser considerada la filósofa más importante del siglo XX (de mayor profundidad, sin duda, que H. Arendt), debe retenerse la *condition ouvrière* y, en particular, *l'enracinement*. El proyecto de Weil en *L'enracinement* es contribuir a una nueva política, basada en las necesidades más profundas del ser humano y no tanto en instituciones jurídico-políticas. Una política que tuviera en cuenta sobre todo las obligaciones para con los otros, que es para Weil el punto de partida de toda comprensión de la noción de derechos. Una aspiración tan admirable como exigente y que hoy parece desmentida por la lógica que impera en el espacio público, por la contaminación producida por el discurso del mercado, que produce, más que nunca, *desarraigo.* Sobre S. Weil, remito al profundo estudio de Bea Pérez, Emilia, *Simone Weil, la memoria de los oprimidos*; puede consultarse también su artículo "Descubrir a Simone Weil: filosofía del trabajo y del arraigo", *El Ciervo*, núm. 585, 1999, pp. 17-19; *id.*, *Simone Weil. La conciencia del dolor y de la belleza*, Madrid, Trotta, 2010.

[14] Entre la amplia obra de Lévinas me remitiré a su *Entre nosotros, ensayos para pensar en el otro*, Valencia, Pretextos, 1992.

[15] Es Ricoeur quien escribe: "La hipótesis de un sujeto de derecho, constituido anteriormente a cualquier vínculo de sociedad, sólo puede ser refutada si se corta su raíz… la raíz es el desconocimiento de la función mediadora del otro entre capacidad y efectuación". Ricoeur, "Séptimo estudio: el sí y la intencionalidad ética", *Sí mismo como otro*, México, Siglo XXI, 1996, pp. 187 y 188.

un porcentaje creciente de la población. Algo que ha sido bien analizado en el contexto de la globalización, como veremos, pero no precisamente desde las filas de los representantes de la democracia liberal, ni siquiera de los de ese liberalismo igualitario.

El incremento de ese tipo de malestar que provoca la generalización de los procesos de humillación es el negativo de lo que, desde Taylor, denominamos *lucha por el reconocimiento*, un *leit-motiv* de que subyace también a la obra de Ricoeur y, evidentemente, hoy, a la de Honneth, como trataré de explicar. Precisamente en estos días en los que celebramos el encuentro en homenaje a nuestro colega y amigo —a propósito de las elecciones a la Presidencia de los Estados Unidos—, acabamos de vivir, a mi juicio con toda claridad, los efectos de lo que más aún que una sociedad desigual, es una sociedad que humilla y excluye a un porcentaje creciente de la población. Se trata de un fenómeno que, en el contexto de lo que llamamos globalización, han analizado con extrema pertinencia, como luego referiré, Saskia Sassen, Zygmunt Bauman (en diálogo con Aganbem) y, en particular, como decía, de Axel Honneth.[16]

Por cierto, Honneth y Ricoeur comparten ese *leitmotiv* de "lucha por el reconocimiento" que constituye el eje de la obra de C. Taylor.[17] Insisto en que uno de los déficits del pensamiento liberal igualitario es precisamente la falta de atención a la dialéctica reconocimiento-humillación/desprecio. Taylor y, hoy, Honneth, con distintos acentos, han renovado la vieja categoría artistotélica del reconocimiento que fue objeto de recreación por Hegel en sus reflexiones sobre la dialéctica de la *Anerkennung*. Categoría clave a la hora de entender y evaluar los procesos de emancipación social. Taylor, a lo largo de su obra, ha seguido esta pista de reconstrucción del yo desde la observación de Fichte, que señala que ese yo no se construye en clave atomística, sino en la conjunción con los otros.

En una reciente entrevista, a propósito del debate sobre el modelo social que, según parece, los europeos no tenemos claro cómo ni hacia dónde reconducir, Honneth ha vuelto a insistir en la importancia de las exigencias de reconocimiento y en el marco normativo que debe asegurar su satisfacción,

---

16 En trabajos como *Der Kampf um Annerkennung*, *La sociedad del desprecio,* o en *Das Recht der Freiheit*.

17 Taylor es sin duda quien recupera el *motto* clásico de la "lucha por el reconocimiento", que tantos puntos en común presenta con la perspectiva de Jhering acerca del derecho entendido como *Kampf um Rechts*, lucha por el derecho (hoy diríamos lucha por los derechos). De Taylor me permito recomendar una de sus obras menos conocidas y que supone la concreción de la filosofía de la *lucha por el reconocimiento* en el ámbito político, *Acercar las soledades. Ensayos sobre federalismo y constitucionalismo en Canadá*, Bilbao, Gakoa, 1999.

como pistas para reconstruir ese modelo. No se trata del típico discurso multiculturalista, de la reivindicación de diferencias culturales, de derechos de diversidad. El filósofo alemán subraya que el motor de esta demanda de reconocimiento, que en algunos casos alcanza una expresión colectiva cercana a la angustia, si no a la desesperación, como se ve en Europa hoy, sería el acceso y la garantía universal —igual, que no mecánica, uniforme— de los derechos sociales. Una receta nada popular hoy, sobre todo entre buena parte de quienes se autocalifican de reformadores sociales.

Quizá no hemos reparado suficientemente en el hecho de que el proceso de desmantelamiento de esos derechos —palancas de igualdad real— no tiene consecuencias sólo en términos de pérdida de capacidad adquisitiva o de empeoramiento de las condiciones laborales. Es el sentido más profundo de la precarización como condición social definitoria. Como ha señalado Rocard, la lógica de esta etapa del capitalismo, la de la precarización, trata de reducir el trabajo a mercancía cuyo coste es preciso abaratar, y al trabajador en objeto intercambiable cuya necesidad de seguridad es un obstáculo para el beneficio. Para eso, es necesario un trabajo de demolición de las reglas, comenzando por las del derecho del trabajo. Pero con la extensión de la precarización es el estatus mismo del trabajador como sujeto de derecho, como ciudadano y protagonista del espacio público, el que desaparece por el sumidero. Y es lo que sucede no sólo en las propuestas más abiertamente neoconservadoras, sino incluso en buena parte de estos procesos de *flexiseguridad* que se nos quiere presentar como inevitables, aunque no en todos: con la pérdida de la estabilidad laboral, como con la mercantilización progresiva del derecho a la salud, o la relativización del derecho a la previsión social, los trabajadores (y aún más quienes se encuentran en los márgenes: los jóvenes, los parados, sobre todo a partir de los 40 años) no sólo experimentan graves dificultades en la satisfacción de sus necesidades básicas, sino que les alcanza el proceso de desarraigo en su sentido más profundo de desintegración personal y social, que con tanta claridad fue descrito a mitad de siglo pasado por Simone Weil.

La advertencia de Weil sobre la extensión del virus del desarraigo, obviamente se traduce en la advertencia sobre la fractura del vínculo social y político (que podemos traducir en términos de fraternidad o de solidaridad) —en particular en clave generacional—, lo que nos lleva a la necesidad de encontrar alternativas de reconocimiento fuera de los mecanismos que habíamos creado y hoy se revelan impotentes. El incremento del fenómeno de las bandas juveniles, por poner un ejemplo, tiene mucho que ver con esa necesidad que somos incapaces de satisfacer a través de los viejos cauces de la familia, la escuela o el trabajo, pero también de la democracia repre-

sentativa, en la que el ciudadano se ve reducido a la calidad de votante de partidos o sindicatos o, a lo sumo, a militante de unos y/u otros. Y cuando hablamos de colectivos particularmente vulnerables, entre los que sin duda se encuentran los inmigrantes, a quienes no se facilita precisamente la vida familiar, ni la inserción en la escuela ni en el trabajo, en condiciones de igualdad, la consecuencia es que aparece la *conciencia de humillación* y frente a ella, la necesidad de encontrar ese reconocimiento mediante mecanismos y prácticas que se ajustan a lo que siempre hemos considerado manifestaciones de desviación, marginación o delincuencia, que crecen exponencialmente. Aumenta así el resentimiento, un veneno social más peligroso que las pandemias aviares.

A mi juicio, hoy, el problema de la fractura social se incrementa de forma virulenta por la ausencia de atención específica en esas respuestas jurídicas a las necesidades de quienes se ven forzados a emigrar desde sus países, buscando condiciones de vida digna en el caso de buena parte de esos que llamamos *emigrantes económicos* y a los que seguimos denominando *ilegales* cuando a lo sumo son *irregulares* o, simplemente, obligados por el estado de necesidad, para salvar la propia vida, que es el caso de los que denominamos solicitantes de asilo y refugio, pero también de un porcentaje muy alto de los inmigrantes, son no sólo ineficaces e inadecuadas sino verosímilmente incompatibles con algunos de los principios que dicen inspirar a la democracia liberal. Uno de los escenarios en los que se hace evidente a mi juicio tal incongruencia, supuestamente argumentada por el recurso a lo que considero falacias si no, pura y simplemente, malas razones, es el de la colisión entre las fronteras y los derechos.

Las leyes y disposiciones propias del derecho de inmigración (mal denominadas con frecuencia "leyes de extranjería", lo que, por cierto, como veremos, induce a notable confusión conceptual que ejemplificaré en las tesis de L. Hierro y, en parte, en las de Manuel Atienza, que ha oscilado entre dos posiciones) configuran una situación típicamente anómica respecto a quién tiene derecho a la protección jurídica, a los derechos y en qué medida. Lo mismo está sucediendo hoy, en relación con quienes aspiran a presentar su demanda de reconocimiento como refugiados en la Unión Europea (UE), debido a la interpretación y aplicación que se hace en ésta del derecho internacional de los refugiados y aun del derecho específico europeo. Es decir, en definitiva, la construcción de unas condiciones de anomia respecto al estatus jurídico que se atribuye a quienes son un tipo peculiar de extranjeros, inmigrantes y refugiados.

Creo que ignorar la condición específica que entre los extranjeros tienen inmigrantes (y refugiados) es lo que lleva al enorme malentendido en el que

incurren quienes, como L. Hierro, han prestado atención a la justificación de la manifestación de desigualdad —de discriminación— que construyen las leyes de extranjería.[18] El desconocimiento patente de la especificidad de las políticas de inmigración, del proceso de construcción de la categoría jurídica de inmigrante (no digamos de la de "inmigrante irregular", a menudo estigmatizado como "inmigrante ilegal", hace posible un análisis, a mi juicio, completamente superficial y erróneo. Por mi parte, estoy de acuerdo con quienes sostienen, para empezar, la imposibilidad de justificación racional-moral de la restricción de derechos fundamentales con base en la nacionalidad, como señalaba inicialmente Atienza en un análisis de la legislación migratoria presentada en cuanto legislación de extranjería, "El principio de que se puede discriminar a las personas en lo concerniente al goce y disfrute de sus bienes básicos por razón de su nacionalidad… es pura y simplemente inmoral… y atenta contra el principio de dignidad",[19] aunque Atienza incurre a mi juicio en el mismo equívoco de Hierro, por desconocimiento de la evolución del derecho de inmigración y de asilo en el caso de los Estados de la UE y de la propia UE y en trabajos posteriores, criticando por cierto mis tesis y alineándose con Hierro, llegaba a justificar la dicotomía ciudadano-extranjero muy concretamente respecto a la doctrina constitucional de la imposibilidad de acceso de los extranjeros a derechos políticos.

Algo que se puede achacar también paradójicamente a quienes, como a mi juicio sucede con Ermano Vitale, abordan la discusión desde la perspectiva de un liberalismo reduccionista, por maniqueo y simplista (véase su descalificación de los liberalismos que representan Taylor o Kymlicka): creo que en ese punto la moderada crítica de Rodolfo Vázquez a las tesis de Vitale se muestra bien fundada.

A mi juicio, el error que subyace a posiciones como las de Vitale arranca de su propia concepción de la democracia liberal que es maniquea, simplista y, sobre todo, apriorística, pues ignora las condiciones reales, un pecado imperdonable para quien se dedica a la filosofía práctica. Ignora, como ha señalado también Rodolfo, el enriquecimiento del liberalismo igualitario desde las propuestas pluralistas, las que por ejemplo en teoría constitucional han ofrecido Tully o, más recientemente, Bosset o Jequezel. Rodolfo Vázquez describe bien el reduccionismo de ese punto de partida:

---

[18] He expuesto las tesis de Hierro, L., "Políticas migratorias sin libertad de circulación: la UE, en guerra frente a la inmigración y el asilo", en Hierro, L. (coord.), *Autonomia individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, 2014, pp. 173-192.

[19] Lucas, Javier de, *Tras la justicia*, Ariel, 1993, pp. 230 y ss.

> No hay terceras vías entre sociedad civil/comunidad, individualismo/organicismo, liberalismo/comunitarismo, y en ese "matrimonio de conveniencia", o como les llama Ermanno "malabaristas chinos" entran por igual comunitaristas moderados como Charles Taylor y Michael Walzer; liberales igualitarios como Will Kymlicka; o republicanos constitucionalistas, como Jurgen Habermas. Por otra parte, el método dicotómico excluye las explicaciones simplistas y las creaciones de muñecos de paja.[20]

Por eso, desde una posición de moderada crítica, denuncia Rodolfo Vázquez:

> el riesgo de partir de una intuición de las "grandes dicotomías" a lo largo de un proceso discursivo puede devenir fácilmente en la clausura de una comunicación intersubjetiva. Cuánto no se ha ganado por ejemplo en la comprensión de los derechos sociales cuando no se los ve a éstos desde la dicotomía de los derechos de libertad *vs.* los derechos de igualdad, y se entiende que su exigibilidad en tanto derechos prestacionales depende tanto de deberes negativos como de deberes positivos por parte del Estado.[21]

Pues bien, a mi entender, sólo quien no haya leído una línea de *Rapprocher les solitudes. Essais sur federalisme et nactionalisme au Canada*, de C. Taylor, puede aceptar el tipo de reducciones y descalificaciones que realiza Vitale, y en el que coincide, por cierto, con algunas tesis de Paolo Comanducci y Ernesto Garzón, sobre la imposibilidad de ese *tertium genus* (el liberalismo comunitario de Taylor, o de Bouchard) que inspiran la vía canadiense, la política de la *reasonable acommodation*, del acomodamiento de la diversidad cultural.

Lo mismo sucede con la crítica que ofrece el propio Rodolfo Vázquez a la posible confusión entre individualismo ético y atomismo que subyace a algunos de los defensores del liberalismo que se pretende igualitario y que no lo es, al ignorar algo tan elemental como la crítica a ese atomismo que encontramos ya en la cuestión judía del joven Marx y que parecen haber olvidado.

No quiero extenderme y me detendré para finalizar en un último argumento que expresa los límites del liberalismo igualitario al examinar las políticas migratorias y de asilo, obsesionadas con una primitiva defensa de las fronteras como muros, que ignora, por ejemplo la bien fundamentada denuncia de Wendy Brown y Etienne Balibar sobre la falacia de la política

---

[20] Vázquez, Rodolfo, "Migración…", *cit.*, p. 196.

[21] *Ibidem*, p. 197.

de amurallamiento. Avisa Rodolfo Vázquez sobre este reto a los principios del liberalismo igualitario que suponen las fronteras:

> 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 (como sostiene Kymlicka)... "aunque los Estados puedan conservar sus límites territoriales éstos 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"… 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 legítimos. Desde el punto de vista liberal el fundamento legítimo debe ser la libertad de elección en el respeto a los derechos de los demás.[22]

El problema, sostiene el mismo Rodolfo Vázquez, es que las disquisiciones teóricas de estos *soi-dissants* representantes del liberalismo igualitario se permitan ignorar por completo las condiciones reales y las formulaciones jurídicas concretas en las que se formulan las respuestas a las que me refiero. Muy concretamente, que ignoren la extrema violación de condiciones básicas del Estado de derecho que supone la deriva de esos instrumentos jurídicos que han desembocado en un *estado de excepción permanente* en los que se refiere al estatus jurídico de inmigrantes y refugiados, que evoca penosamente la nefasta doctrina del derecho penal del enemigo resucitada por Jacobs. Y no hablo de lo inconsecuente que es para alguien que sostiene el universalismo moral y la noción de derechos humanos universales, la aceptación de la discriminación pretendidamente justificada y aun de la fragmentación de los derechos de los inmigrantes, incluidos por supuesto los derechos políticos. ¿Dónde está, por ejemplo, su coherencia ante la negación elemental de derechos a los menores no acompañados en aras de esa lógica jurídica que inspira monstruosidades como la Directiva 211/208 de la UE, o el Convenio entre la UE y Turquía? En definitiva, esta última crítica es también, creo, la que enuncia nuestro homenajeado cuando sostiene:

> Creo que al liberal no le ha faltado realismo, pero en aras del mismo, hay que reconocer que se ha visto en la necesidad de debilitar sus principios; o bien, se ha instalado en un planteamiento normativista con pocas o nulas aplicaciones reales y muy escasos análisis empíricos… Para Vitale, reivindicar el

[22] *Ibidem*, p. 201.

> 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… les faltaría dar un paso más... 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; y 4. Que los Estados deben abstenerse de adoptar medidas regresivas…[23]

III. La construcción de un estatus jurídico para los inmigrantes, contrario a los principios básicos del Estado liberal de derecho

En este apartado examinaré los elementos básicos de la construcción social (jurídica, para ser precisos) de los inmigrantes como sujetos precarios, vulnerables y sustituibles, que está en la raíz de la situación de anomia que padecen.

Una de las claves de esa construcción es que ese arsenal jurídico tiene como principio la máxima movilidad de las mercancías, al tiempo que mantiene una profunda desigualdad del derecho a la libre circulación de los trabajadores. Y, de añadidura, las disposiciones jurídicas relativas a los inmigrantes asentados incluso establemente en los países de destino, consagran un *contrato social* caracterizado por una heterogeneidad de estatus (desde el correspondiente al inmigrante clandestino que llamamos sin papeles, irregular o alegal, más que ilegal, hasta lo que podríamos calificar como ciudadanos *denized*, según la conocida taxonomía propuesta por Hammar).[24] Con todo, ese abanico de situaciones jurídicas tiene en común —en diferente grado— un principio de *subordiscriminación*, conforme a la fórmula acuñada por las teorías del derecho antidiscriminatorio propuestas por Young, MacKinnon y Crenshaw (por ejemplo, entre nosotros, Barrére y Morondo)[25] pues trata de hacer de los inmigrantes —incluso residentes legales y aun permanentes— sujetos de segundo orden a los que se *regatea* el reconoci-

---

[23] *Ibidem*, p. 203.

[24] Hammar, T., *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Avebury, Aldershot, 1990.

[25] *Cfr*. Barrere Unzeta, Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores, "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *ACFS* 45/2011.

miento de sus derechos y garantías en condiciones de igualdad con los nacionales y se les veta o se dificulta hasta el extremo el proceso de acceso a la ciudadanía, desde la más clásica concepción que vincula ciudadanía y nacionalidad, con desconocimiento flagrante de la realidad de movilidad social y transnacionalidad fomentadas de forma acelerada por el proceso de globalización.

Todo ello pugna con exigencias básicas del Estado de derecho y entra en contradicción con el reconocimiento y garantía de estándares elementales del derecho internacional de los derechos humanos. Pero hoy incluso se llega al extremo de una maximalización de la anomia, por el vaciamiento del marco normativo teóricamente vigente, en aras de esos objetivos, como lo muestra la voluntad política de buena parte de los Estados miembros de la UE, según hemos podido constatar a lo largo de 2015. En ese proceso, en aras de ese *estado de excepción permanente*, se ha llegado a poner en entredicho la vinculatoriedad de las obligaciones jurídicas derivadas del derecho internacional general de refugiados y aun del derecho europeo específico, creando estatus de extrema incertidumbre entre quienes deberían ser considerados solicitantes de la condición de refugiado y que acaban convertidos pura y simplemente en carne de deportación.

Esa construcción es posible (como he tratado de argumentar en buen número de trabajos sobre las políticas migratorias europeas, que arrancan de la ceguera sobre el carácter profundamente *político* del fenómeno migratorio, tanto en el orden internacional como en el estatal), porque nuestra *mirada* sobre el hecho migratorio, dominada por una perspectiva instrumental, unilateral, sectorial y cortoplacista de las migraciones como fenómeno laboral/económico que hay que domeñar para nuestro beneficio, no acepta la realidad: la construye a nuestro antojo, a través de las categorías jurídicas que sirven a los objetivos de nuestras políticas migratorias, que las más de las veces no están dictadas por el *verdadero interés nacional*, aunque se formulen con el pretexto de las dos ópticas dominantes, la policial y la del mercado, esto es, la seguridad y el orden públicos, el mantenimiento de la soberanía en nuestras fronteras y los intereses de nuestro mercado de trabajo. La paradoja consiste en que, en última instancia, habría que reconocer que esas iniciativas y decisiones están mediadas no tanto por una perspectiva burdamente nacionalista, sino por la lógica propia de la ideología del mercado global.

La nuestra es una mirada que no ha aceptado las advertencias elementales de la sociología de las migraciones sobre la complejidad del fenómeno migratorio como fenómeno social global, desde Marcel Mauss a Ab-

delmalek Sayad.[26] Lo ha denunciado Saskia Sassen, que tiene en cuenta la profunda relación entre las migraciones, la desigualdad en las relaciones internacionales impuesta por la economía globalizada y el proceso de construcción del vínculo social y político, como lo explica en su ya mencionado *Expulsiones*, en el que sostiene que el grado actual de violencia (devenida en ordinaria) del capitalismo en su estadio global, se explica por el modelo de expulsión. Es así como deberíamos llamar a la lógica que preside la economía globalizada.

Y es que, a mi juicio, la constante más destacable en la inmensa mayoría de los proyectos de gestión del fenómeno migratorio, en las políticas migratorias de los países que somos destinatarios de migraciones, *es el empeño en olvidar, en ocultar una verdad evidente: la inevitable dimensión política de las migraciones, su condición de* res politica*, tanto desde el punto de vista estatal como desde las relaciones internacionales.* Frente a ello hemos impuesto una mirada sectorial, unilateral, cortoplacista que se concreta en la construcción de una categoría jurídica de inmigrante que, en realidad, es un concepto demediado o, como propone Baumann, un paria:[27] el inmigrante es sólo el trabajador necesario en un determinado nicho laboral en el mercado de trabajo formal (como si no se le utilizara en el mercado clandestino o informal) y mientras se someta a un estatuto precario guiado por la maximalización del beneficio de su presencia. Es una herramienta, ni siquiera un trabajador igual al asalariado nacional. Por eso, su condición precaria, parcial, de sospecha.[28]

Todo eso, se acentúa aún más en el caso de los refugiados. El mismo Baumann, en línea con Agamben y en alguna manera con la crítica de Zizek a la gestión de la crisis de refugiados por parte de la Unión Europea (UE), ha explicado cómo se crea un estado de suspensión del orden jurídico, ausencia de ley, desigualdad y exclusión social, que hace posible que mujeres y hombres pierdan su condición de ciudadanos, de seres políticos y su identidad, dentro de las fronteras mismas del Estado-nación. A partir de la metáfora del *Archipiélago*, se da a conocer la existencia de un conjunto

---

[26] Sayad, A., *La double absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, París, Seuil, 1999; *id.*, *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 1. L'illusion du provisoire*, París, Éditions Raisons d'agir, 2006; *id.*, *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 2. Les enfants illégitimes*, París, Éditions Raisons d'agir, 2006; *id.*, *L'immigration ou les paradoxes de l'altérité. 3. La fabrication des identités culturelles*, París, Éditions Raisons d'agir, 2014.

[27] Nuevos parias, de condición precaria e intercambiable, con fecha de caducidad, como sostiene en su *Archipiélago de excepciones*, una conferencia impartida en el CCCB de Barcelona, en diálogo con Giorgio Aganben y que fue publicada en Katz Ediciones, 2008.

[28] Es lo que explica la conocida paradoja enunciada por el dramaturgo Max Frisch y que ignoran esos modelos de políticas migratorias: queríamos mano de obra y nos llegan personas, sociedades, visiones del mundo.

de espacios que escapan a la soberanía tradicional del Estado y que se encuentran regidos por un estado de excepción permanente: su emblema, los campos de refugiados y los barrios de inmigrantes. Bauman dejó escrito en el mismo texto que:

> Es posible que la única industria pujante en los territorios de los miembros tardíos del club de la modernidad sea la producción en masa de refugiados. Y los refugiados son el "residuo humano" personificado: sin ninguna función 'útil' que desempeñar en el país al que llegan y en el que se quedan, y sin intención ni posibilidad realista de ser asimilados e incorporados.

Lo que me parece más relevante y criticable, desde el punto de vista jurídico y político, es cómo, en aras de esa mirada, *en el derecho de migración se convierte en regla la excepción, contraviniendo principios básicos del Estado de derecho*. Como ya anticipé, creo que es eso lo que han señalado desde diferentes perspectivas Danièle Lochak, Giorgio Agamben o Zygmunt Bauman, la nota más destacable y criticable: el *estado de excepción permanente* que hemos creado para los inmigrantes. Y de ese modo hemos negado la condición misma de inmigrante, una categoría universal, a la vez que hemos vaciado un derecho fundamental, el derecho a ser inmigrante, a escoger el propio plan de vida, a circular libremente, que es un corolario indiscutible del principio (por cierto, liberal) de autonomía.

Hemos creado políticas migratorias, pues, que niegan su objeto, que lo deforman, lo sustituyen por una categoría vicaria: nos negamos a aceptar al inmigrante *tout court* y lo sustituimos por aquel que queremos recibir. Por eso, para nosotros, no todo el mundo tiene derecho a ser inmigrante, de forma que nuestra lógica inevitablemente produce inmigrantes "ilegales", no-inmigrantes. Se trata una vez más del derecho del más fuerte, la vieja tradición de Anacarsis, Kalikles, Trasimaque, Hobbes,[29] como lo explica una de las mejors expertas en política de migraciones, Catherine Withol der Wenden en un artículo publicado el año pasado sobre las novedades o las constantes en políticas migratorias. Permitánme la larga cita:

> La réponse aux flux migratoires ressemble ainsi à un vaste Far West, où les États les plus puissants du monde font la loi par les règles qu'ils édictent en matière de droit à la mobilité, et n'acceptent pas que des normes mondiales s'imposent à l'exercice de leur souveraineté que constitue la gestion des flux migratoires. Si l'on est Danois, on peut circuler dans 164 pays; si on est Russe

[29] La definición propuesta por Trasímaco se encuentra en *La République*, libro 1: *φημὶ γὰρ ἐγὼ εἶναι τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τι ἢ τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον*.

> dans 94; si on est subsaharien, cette possibilité peut se limiter aux doigts d'une seule main si le pays où l'on est né, et dont on a la nationalité, est considéré comme un pays à risque. Le droit à la mobilité est donc l'une des plus grandes inégalités du monde aujourd'hui, dans un contexte où il devrait constituer un des droits essentiels du XXIe siècle. Les riches des pays pauvres peuvent, eux, migrer, car beaucoup de pays d'immigration ont prévu d'attribuer des titres de séjour à ceux qui leur apportent des capitaux, achètent un appartement d'une taille précise, ou créent une entreprise. Les plus qualifiés, les sportifs professionnels, les créateurs et artistes de haut niveau peuvent également migrer, car beaucoup de pays d'accueil ont opté pour une ouverture de leurs frontières à une immigration sélectionnée. Les étudiants se voient aussi entrouvrir les frontières, nombre de pays, européens notamment, ayant compris le risque d'une option sans immigration dans la course à la compétitivité mondiale.[30]

Esta es la razón de nuestros fracasos a la hora de analizar y también de dar respuesta a los desafíos migratorios en su sentido más amplio.

IV. Un estatus jurídico de los refugiados que viola la legalidad internacional, europea e interna

Dedicaré la tercera parte de mi contribución a presentar la tesis de que la UE y, sobre todo, sus Estados miembros, están llevado a cabo un ejemplo particularmente grave de deslizamiento a situación de anomia por lo que se refiere a los refugiados, mediante un paulatino recorte del derecho de asilo que conduce en la práctica a un vaciamiento de las garantías más elementales sobre las que se asienta y aun de lo que en términos jurisprudenciales se ha denominado *contenido esencial* de ese derecho. Cabe hablar, así, de una *desnaturalización* del derecho de asilo, en la medida en que este derecho ha sufrido, primero, el proceso de "mercantilización" que parecía afectar sobre todo a los derechos económicos, sociales y culturales como consecuencia del primado de la aplicación de las políticas de neoliberalismo económico (que algunos como Stiglitz califican de políticas fundamentalistas) que se han traducido en directivas "austericidas" para los países más débiles (más endeudados) de la propia UE, ejemplificado en el caso de Grecia. Lo grave, lo insólito, es que los recortes presentados como "inevitables" y "racionales" que convierten derechos económicos sociales o culturales en mercancías,

[30] Withol der Wenden, C., "Une nouvelle donne migratoire", *Politique Étrangère*, núm. 3, 2015, pp. 95-106. La cita, p. 101.

pasen a afectar también al derecho de asilo, aunque se trate de un derecho humano fundamental y universal. Pero el vaciamiento afecta también al universo de titulares del derecho, que pone en tela de juicio algo tan evidente como el hecho de que quienes huyen de un país arrasado por una guerra civil deben ser considerados a todas luces refugiados. Ya no es así, y no sólo de facto, sino por el juego perverso de interpretaciones jurídicas de la especificidad del marco normativo europeo de asilo, que finalmente deja a los potenciales refugiados en *tierra de nadie*.

El primer paso, decía, es la mercantilización del derecho de asilo. En dos sentidos, primero, en su conversión en una prestación a pagar. El segundo, al convertirse en moneda de cambio de la política exterior, de defensa y seguridad de la Unión Europea, merced a la estrategia de externalización que oculta lo que no es otra cosa que procesos de deportación. Veámoslo.

Que estamos ante un proceso de mercantilización del asilo lo prueba la decisión adoptada por Dinamarca que, de suyo, no está plenamente integrada en el modelo Schengen, cuyo Parlamento aprobó la propuesta de ley presentada por el gobierno (liberal), con el apoyo de sus socios del Partido Popular Danés (DF), un grupo que no puede no ser calificado sino como de extrema derecha. En virtud de esa disposición, la policía/agentes del gobierno danés pueden requisar a los refugiados dinero, joyas y otros objetos de valor para asegurar la disponibilidad de fondos que exige el reconocimiento del derecho de asilo/protección subsidiaria. Para ser más exactos, la cantidad de dinero que sobrepase el equivalente a 1,340 euros (10,000 coronas danesas) y los objetos de elevado valor económico. Expresamente se excluyen joyas u objetos de valor afectivo. Esta decisión danesa tiene precedentes en la misma Europa. De hecho, es una política ya ensayada por Suiza y por los Estados alemanes de Baviera y Baden-Wurtembgerg, que imponen contribuciones económicas (verdaderas exacciones) a los propios refugiados.

Recordaré que Dinamarca, como el resto de los Estados europeos miembros de la UE, está vinculada por las normas del derecho internacional de refugiados (Dinamarca es parte del sistema de Convenios PIDCP y PIDESC de 1966 y de la Convención específica, la de Ginebra de 1951) y por las propias del Convenio Europeo (artículos 3o. y 8o. del CEDH, Tratados de la Unión y Sistema Europeo Común de Asilo —SECA—). Pese a ello, la defensa de esa ley se basó, de un lado, en el principio de igualdad y, de otro, en la proporcionalidad de los recursos destinados al mantenimiento de las obligaciones relativas al derecho de asilo: si a los ciudadanos daneses se les exige que, para cobrar la ayuda que se conoce como "salario social mensual", tengan menos de 1,340 euros en el banco, los refugiados

deberían someterse a idéntica condición, alegaron los partidos favorables a la ley. El salario social es proporcionalmente alto: unos 1,500 euros para solteros y cerca de 4,000 euros para parejas con hijos. Pero salta a los ojos la absoluta falta de proporcionalidad en la analogía de un refugiado sirio con los ciudadanos daneses que son beneficiarios del salario social alegada para que los daneses puedan asumir la "carga económica" del asilo. Hablamos de Dinamarca, cuyo PIB comparado con el del Líbano, Jordania, Turquía o Kenia (que son países receptores de refugiados por centenares de miles) lo multiplica por decenas. ¿Cómo puede tratar de sostenerse, sin sonrojo, la pretendida analogía entre un huido de la guerra de siria y un parado danés? A mi juicio, esas formas de condicionamiento de esa obligación y, en particular, la exigencia de pagos (cuando no exacciones), son contrarias e incompatibles con el deber jurídico del que son titulares los Estados de la UE (por haber ratificado el Convenio de Ginebra de 1951) en relación con los titulares del correlativo derecho de asilo (y de protección internacional subsidiaria).

La realidad es que disposiciones legales como ésta evidencian en qué consiste la línea de acción de los gobiernos europeos ante la exigencia de cumplir con sus obligaciones jurídicas respecto a los refugiados. Se trata, ante todo, de poner trabas que dificulten el acceso legal a territorio europeo de quienes necesitan asilo (por eso tienen que acudir a mafias) y, en segundo término, endurecer las condiciones de reconocimiento de ese derecho a quienes consiguen llegar a la UE, so pretexto de las exigencias del orden público y la lucha contra el terrorismo, a los que se une el tópico de la incompatibilidad con culturas que amenazan a los derechos humanos y la democracia, cuando hablamos de personas y comportamientos, no de culturas. Por eso, no es baladí la crítica que se ha formulado ante esta involución política y que evoca su analogía con exigencias o imposiciones impuestas en otros momentos de la historia de Europa a quienes sufrían persecución y buscaban refugio, so pretexto de que llegaban en un momento de dificultad para los países que los recibían. Pensemos en la Francia de Vichy y campamentos como los de Argel, en relación con los republicanos españoles que huyeron a Francia escapando del final de nuestra guerra civil.

Pero ese proceso de "desnaturalización" o vaciamiento del derecho de asilo no se ha detenido ahí. Ha traspasado una verdadera *línea roja*. Porque me parece indiscutible que la primera y inexcusable obligación de todos los gobiernos europeos en relación con la denominada crisis de refugiados, lo que, a estas alturas, en abril de 2016, podríamos considerar la *línea roja* a no traspasar si pretendemos seguir tomando en serio el asilo, es garantizar el principio de *non refoulement*, la no devolución a su propio país, pero tampoco

a un país tercero *no seguro*. Por supuesto que tomar en serio el asilo significa también la digna acogida (es decir, el complejo de derechos-prestación que supone el estatuto de refugiado) de quienes —como sirios, afganos, iraquís, eritreos, malienses— vienen huyendo de persecuciones que ponen en peligro sus vidas. Una huida en la que, por las dificultades que han de superar, sus propias vidas, las de sus hijos, siguen estando en riesgo. Pero lo que en ningún caso se puede hacer sin anular de hecho el sentido mismo del asilo, sin vaciarlo, es devolver *a un lugar no seguro* aquellos que han llegado hasta nosotros huyendo de la persecución que les amenaza.

Insisto en recordar que cualquier forma de condicionamiento de esa obligación y, en particular, la exigencia de pagos (cuando no exacciones) es contraria a ese deber jurídico y sitúa a los europeos ante la evidencia del naufragio, la traición de un rasgo básico de nuestra identidad: la defensa del Estado de derecho y ante todo, de los derechos fundamentales de todos los que se encuentran bajo soberanía europea por haber alcanzado nuestro territorio. La limitación del derecho de asilo en Europa no debería alcanzar jamás el índice de vaciamiento que supone la devolución de quienes buscan asilo a un país no seguro. Y eso es precisamente lo que, a mi juicio, acaba de suceder.

En efecto, si algo ejemplifica la banalización del derecho de asilo, es el acuerdo entre la UE y Turquía para realizar lo que, con argumentos nada desdeñables, se puede considerar no sólo una expulsión ilegal, sino una auténtica deportación. El objetivo del Acuerdo es "to accept the rapid return of all migrants not in need of international protection crossing from Turkey into Greece and to take back all irregular migrants intercepted in Turkish waters". En realidad, el propio comunicado de prensa de la Comisión en el que bajo la forma de preguntas y respuestas se intenta presentar el acuerdo, deja claro que no se trata de un acuerdo de gestión de la crisis de refugiados, pues en su primer párrafo explica: "On 18 March, following on from the EU-Turkey Joint Action Plan activated on 29 November 2015 and the 7 March EU-Turkey statement, the European Union and Turkey *decided to end the irregular migration from Turkey to the EU*" (la cursiva es mía).[31]

Este acuerdo simboliza lo que podríamos considerar claudicación de la UE respecto a las exigencias primigenias del imperio del derecho, a la garantía efectiva de los derechos. Una quiebra que ha sido posible porque

[31] Una descripción sumaria de los nueve objetivos del acuerdo se encuentra en el comunicado de prensa núm. 144/16, emitido por el Consejo Europeo el 18 de marzo de 2016. Con más detalle en la *Hoja Informativa* de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2016, significativamente titulada *EU-Turkey Agreement: Questions and Answers*. Disponible en: *http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-963_en.htm*.

el único país que había afirmado hasta ahora su coherencia con tales principios, la Alemania de la canciller Merkel, ha acabado por traicionarlos. Es cierto que debemos consignar y reconocer la decisión inicial de Merkel (excepcionalmente digna en un contexto de egoísmo europeo desatado) de ofrecer una acogida universal a quienes tuvieran la condición de refugiados. Pero lamentablemente debemos constatar también que, finalmente, la coalición gubernamental que gobierna Alemania, preocupada por el impacto negativo que ofrecían constantemente los sondeos electorales en dicho país y tras los muy negativos resultados de las elecciones regionales en marzo (incluido el ascenso del partido de extrema derecha Alternative für Deutschland (AfD), emparentado con el xenófobo movimiento PEGIDA), consiguió imponer un giro a la canciller que tuvo como resultado un acuerdo para restringir las admisiones, disminuir el número y duración de las prestaciones a quienes se concede el derecho de asilo o la protección subsidiaria y favorecer la denegación y expulsión de los solicitantes de asilo. Esta evolución concluyó con la opción una vez más de la manida solución de la *externalización*, la cláusula mágica a la que acuden las autoridades europeas cada vez que se han visto ante lo que consideran un *cul de sac*, una situación límite en la política migratoria: una vez más, "que se ocupen otros" del problema y así, al no verlo ante nuestros ojos, dejará de existir.

Eso es lo que decidieron los líderes europeos en una reunión extraordinaria en La Valetta, el 15 de noviembre de 2015. De los inmigrantes "económicos", se habrán de ocupar los países africanos a los que se ofrecieron 1,500 millones de euros para que realicen las funciones de policía que impidan que sus propios nacionales lleguen ahora a Europa en número superior al que la UE desee. Y también se les asignó la función de control del tránsito por sus países de nacionales de terceros Estados hacia la UE. Pero la decisión de externalización más importante adoptada en La Valetta fue negociar con Turquía un acuerdo a cambio de una cantidad cifrada en 6,000 millones de euros: el acuerdo entre la UE y Turquía para deportación de los inmigrantes *económicos* que mal se denominan "ilegales", pero también de los refugiados que se encontrasen hasta ese momento en suelo de Grecia y que serán trasladados al país otomano. Un acuerdo impulsado por la propia Merkel, que se presenta primero como bilateral entre Grecia y Turquía, pero que se transforma en bilateral entre la propia UE y Turquía y que, finalmente, consiguió el respaldo del Consejo Europeo de 17/18 de marzo de 2016, tras el ensayo de una versión más dura en el Consejo previo celebrado el 7 de marzo, en la que ni siquiera se mencionaba la exigencia de respeto de los derechos de los así expulsados (en realidad, deportados) por parte de Turquía.

El Acuerdo ha suscitado duras críticas y descalificaciones, por parte de instituciones internacionales,[32] europeas[33] y ONGs.[34] Pero la primera dificultad atañe a lo que en la jerga jurídica habitual se denomina "naturaleza jurídica" del Acuerdo mismo. ¿En qué consiste? ¿Es un convenio internacional entre la UE y Turquía? ¿Una declaración del Consejo Europeo? ¿Una declaración conjunta del Consejo Europeo y del gobierno turco? Creo que el reconocido especialista en derecho migratorio y de extranjería, el letrado H. García Granero, ha sabido desentrañar el laberinto jurídico, sobre la base de la publicación en el *DOUE* de 9 de abril de 2016 de la Decisión del Consejo Europeo de 23 de marzo de 2016, *Decisión (UE) 2016/551*. De acuerdo con las tesis de García Granero, esa decisión, en realidad, remite a decisiones adoptadas en el marco de acuerdos con Turquía de cara a agilizar procesos de deportación (mal llamados de retorno) a Turquía de desplazados e inmigrantes que hayan entrado irregularmente en territorio europeo.[35] Se trataría así, concluye García Granero con agudeza, de

> una aplicación *in malam partem* del (preexistente) acuerdo de 16.12.2013 entre la Unión Europea y Turquía "sobre readmisión de residente ilegales" (acuerdo publicado en el *DOUE* de 07.05.2014), cuya vigencia estaba prevista que

---

[32] Véase el rapport del ACNUR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation in Tackling the Migration Crisis under the safe third country and first country of asylum concept*, disponible en: *www.unhcr.org/56f3ec5a9.pdf.*

[33] Por ejemplo, el balance que arroja su discusión en el pleno del Parlamento Europeo celebrado el 9 de marzo de 2016. En ese pleno, una amplia mayoría de los eurodiputados exigieron de la ministra holandesa Jeanine Hennis-Plasschaert, que actuaba en representación del Consejo, y del vicepresidente de la Comisión Valdis Dombrovskis, que se detallaran los aspectos del acuerdo y recordaron que las normas internacionales sobre asilo deben respetarse en todo caso.

[34] Así, en nuestro país, el Informe de Misión de Lesbos, *Lesbos. Zona Cero del derecho de asilo*, emitido por CEAR, que puede consultarse en: *http://www.cear.es/lesbos-zona-cero-del-derecho-de-asilo/*.

[35] Como escribe el mismo autor, "se trata de *la readmisión de residentes en situación de estancia irregular* —el Acuerdo emplea la ilegal referencia a 'residentes ilegales'— *que se encuentren en Turquía o en alguno de los Estados de la Unión*… Y aunque en la Declaración conjunta UE-Turquía del 18 de marzo de 2016 se declara que '*Turquía y la Unión Europea han reafirmado su compromiso con la aplicación del Plan de Acción Conjunto puesto en marcha el 29 de noviembre de 2015*', en la Decisión (UE) 2016/551 aparece cuál es la oculta finalidad de dicho Plan de Acción Conjunto; así, en el Considerando 2 de la Decisión (UE) 2016/551 se afirma que '*En la Cumbre celebrada el 29 de noviembre de 2015, la Unión y Turquía expresaron su acuerdo político de que el Acuerdo se aplique plenamente a partir del 1 de junio de 2016*': ésta, *la aplicación de una norma prevista para la inmigración irregular a los desplazados en la crisis humanitaria a la que la Unión Europea ha puesto murallas en la frontera griega, y ninguna otra, parece haber constituido la verdadera finalidad de la Cumbre del Consejo Europeo de 29.11.2015*".

se iniciara el 01.10.2017, y cuyo inicio de efectos se adelanta al 01.06.2016 y se emplea para (mal) afrontar la grave crisis humanitaria de los desplazados.

No me extenderé ahora en los argumentos de crítica jurídica que, a mi juicio, abonan la tesis de su déficit de legalidad y legitimidad.[36] Lo más importante es que el acuerdo, de facto, ha comenzado a aplicarse, al menos parcialmente. El 4 de abril de 2016, un día que quedará en la memoria negra de Europa, sin tiempo para que se puedan verificar las más mínimas exigencias legales (prohibición de expulsiones colectivas, derecho a que los demandantes de refugio —también los inmigrantes, claro— tengan la posibilidad de tutela judicial efectiva, verificación de las condiciones de Turquía como país seguro, reformas legales por parte de Turquía para que realmente los demandantes de refugio no europeos encuentren protección en el sistema turco, etcétera), comenzaron las deportaciones: más de 200 personas fueron expulsadas en tres barcos desde las islas de Lesbos y Kíos a costas turcas. Más pronto que tarde la historia juzgará con dureza esta traición al proyecto europeo entendido como *comunidad de derecho*.

Así, hemos pasado a admitir como rutina y después a digerir, a mirar con indiferencia e incomodidad, imágenes inaceptables para una sociedad civilizada. Las imágenes que actualizan y aun empeoran por su extensión la degradación que el régimen de Hitler impuso a millones de seres humanos en su política racista que culminó en la "solución final". Vallas, alambradas, ancianos, mujeres y niños abandonados a su suerte, masas acarreadas como ganado, a veces apaleadas, manifestaciones crecientes que transparentan un odio que hace aún más insoportable la mirada avasalladora de la discriminación hacia esos otros que son inmigrantes y refugiados. Sobre todo, esos dos íconos del horror más profundo de la conciencia europea que son los *trenes* y los *campos*. *Trenes* abarrotados de infrahumanos tratados como ganado; *campos* en los que se acaban amontonados y sin esperanza. Lo dejó escrito Arendt: la historia contemporánea ha creado un nuevo tipo de seres humanos, los que son confinados en campos de concentración por sus enemigos y en campos de internamiento por sus amigos.

---

[36] En otros lugares he analizado el acuerdo, desde el punto de vista jurídico y político, para señalar las razones que justifican su valoración como ilegal, ilegítimo y, lo que es el colmo, ineficaz. Aquí me limito a advertir sobre la equivocación de este nuevo ejemplo de externalización. Un buen resumen de los argumentos jurídicos de crítica de los fundamentos legales y legítimos del Acuerdo, desde el punto de vista del derecho internacional y del propio derecho europeo, se pueden encontrar en el dossier del ACNUR, *Legal considerations on the return of asylum-seekers and refugees from Greece to Turkey as part of the EU-Turkey Cooperation*..., *cit*.

¿Pueden los Estados de la UE, la propia UE, asumir ese desafío? Mi respuesta es inequívoca: sí; siempre que haya un marco obligatorio, común y equitativo entre todos ellos.

Lo primero sería crear con una autoridad o agencia específica para la gestión del sistema de asilo y refugio y de la protección subsidiaria (con especial atención a los programas de reasentamiento). No basta a mi juicio con la FRA (Agencia Europea de derechos fundamentales) ni, evidentemente, con Frontex ni aun en su modalidad de verdadera policía de fronteras propuesta por la Comisión en su comunicación del 15 de diciembre.

Además, es urgente aumentar y concretar las vías legales asequibles y procedimientos ágiles para la solicitud de asilo. Por ejemplo, garantizar la posibilidad de pedir asilo en embajadas y consulados en los países de origen, limítrofes y de tránsito, y que se abra así el expediente de asilo, sin que sea necesario llegar a territorio europeo para hacerlo. Necesitamos un esfuerzo para dotar oficinas europeas de examen de solicitudes de asilo, en coordinación con ACNUR, sobre todo en los países limítrofes a aquellos en los que existen situaciones de conflicto que generan desplazamientos de refugiados.

Es vital, por ejemplo, poner las condiciones para hacer efectiva la Directiva Europea de Protección Temporal (2001/55CE del Consejo) activando el mecanismo contemplado que haga frente a emergencias humanitarias, y que, además, que habilite medidas que pueden beneficiarse del Fondo Europeo para refugiados. Eso incluye eliminar la exigencia del visado de tránsito a personas que proceden de países en conflicto y mejorar los programas de reunificación familiar.

Obviamente, es necesario también reforzar e incrementar los programas de reasentamiento en coherencia con el número de refugiados existente, asumiendo un reparto equitativo y solidario entre todos los Estados. La propuesta que hizo la Comisión Europea en su nueva agenda migratoria en mayo de 2015, que suponía una cifra ridícula en comparación con las necesidades reales (16,000, cuando sólo Líbano acoge más de 1'100,000) debe y puede ser un buen criterio metodológico. Pero siempre que el esfuerzo esté centrado en agilizar, facilitar y también ordenar, claro, el acceso al asilo a quienes lo necesitan y tengan un derecho frente al cual nosotros no podemos olvidar nuestra obligación.

Uno de los relatos más antiguos sobre refugiados ocupa las páginas de la Biblia (Génesis, 3, 24): Adán y Eva son expulsados —aunque no perseguidos— del paraíso en que vivían, por desobedecer las órdenes de su Creador y dueño. Vale esa referencia para insistir en que algunos siglos después, y con todos los matices que se deban añadir, los europeos vivimos en lo que, de acuerdo con muchos índices objetivos, puede ser calificado como el pa-

raíso, al menos para el resto del mundo: Europa, la UE, reúne al grupo de sociedades más prósperas y felices de la historia de la humanidad. También las más seguras, al menos en la acepción amplia de *seguridad humana*. Pero en este paraíso hay grietas, desuniones, incluso clases, de Grecia, Portugal, España, el Reino Unido, Dinamarca, Alemania o Suecia. Grietas que se ensanchan cuando tratan de alcanzar el paraíso algunos centenares de miles de extraños: inmigrantes y refugiados. Y los europeos, en lugar de reconocer en ellos lo que vivimos nosotros mismos no hace tanto tiempo, reaccionamos con la cobardía egoísta de quienes vivimos obsesionados por el mantenimiento del alto *standing* que disfrutábamos en exclusividad antes de ver sacudidas las puertas de nuestro club por semejantes *parias*.

LA PERSPECTIVA INTERCULTURAL FRENTE AL LIBERALISMO IGUALITARIO: UNA APROXIMACIÓN

Mauricio Iván del Toro Huerta*

> No existe invento de la humanidad más revolucionario, ni arma conceptual más poderosa contra las diversas formas de fundamentalismo, opresión y violencia, que los derechos humanos.[1]

Sumario: I. *A manera de introducción*. II. *El contexto constitucional de la diversidad cultural*. III. *La perspectiva intercultural (esbozo)*. IV. *La complejidad cultural del principio pro persona y la perspectiva intercultural*. V. *Las implicaciones del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural en la defensa de los derechos humanos*. VI. *La perspectiva intercultural en el Tribunal Electoral*. VII. *A manera de conclusión: una posible lectura liberal igualitaria de la interculturalidad.*

I. A manera de introducción

Recuerdo que en mis años de estudiante en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la obra académica de Rodolfo Vázquez era un referente que había que leer, y él un maestro que había que conocer y escuchar, para enriquecer y ahondar en la discusión contemporánea sobre teoría y filosofía del derecho, no por ausencia de reflexión en la propia Facultad, ésta existía y era fecunda: Rolando Tamayo, Leticia Bonifaz, Óscar Correas, Arturo Berumen, entre otros, impulsaban la reflexión

* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

[1] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. XI.

y la discusión filosófica sobre éstos y otros temas del mayor interés en ese momento, sino por la necesidad de escuchar otras voces que no pudiendo escuchar regularmente en nuestras aulas había que ir a buscar a sus propios espacios y foros. Así lo hice, junto con otros compañeros y compañeras que seguimos con interés algunos de sus seminarios y diplomados organizados por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a lo largo de los años transcurridos desde entonces y si algo ha cambiado ha sido mi admiración, reconocimiento y agradecimiento —cada vez mayor— por la obra y la persona de uno de los iusfilósofos más destacados en Latinoamérica y, en mi concepto, el principal difusor de la filosofía del derecho en nuestro país.

Es por eso un gusto y un honor poder participar con esta modesta colaboración en el coloquio organizado para rendirle un más que merecido homenaje, a partir de un ejercicio de reflexión sobre la necesidad de incluir la perspectiva intercultural en la defensa y garantía de los derechos humanos y de sus implicaciones desde una lectura liberal igualitaria como la propuesta por Rodolfo Vázquez en diversos textos.[2]

El objetivo del texto es explorar algunas consecuencias del reconocimiento constitucional del pluralismo cultural en la defensa de los derechos humanos, como parte de un modelo integral de protección constitucional y destacar la necesidad de incorporar una perspectiva intercultural en aquellos casos en que están involucradas personas y pueblos indígenas. Lo anterior —estimo— resulta compatible (o no manifiestamente incompatible) con las premisas del liberalismo igualitario, aunque para ello es necesario reconsiderar algunas fórmulas tradicionales de entender la relación entre derechos individuales y colectivos.

Para ello, en un primer apartado se delinea el contexto constitucional de la diversidad cultural en México a partir de lo dispuesto en los artículos 1o. y 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el segundo apartado, se destacan algunos planteamientos sobre la perspectiva

---

[2] Sigo aquí principalmente las reflexiones de Vázquez, Rodolfo, "Principios, derechos y valores" y "Derechos humanos y justicia global", ambos en *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 1-25 y 193-215, respectivamente; *id.*, "Igualdad y derechos humanos", *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 149-261; *id.*, "Liberalismo igualitario y autonomía personal" y "Derechos de las minorías y tolerancia", *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Paidós-UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 2001; *id.*, "Derechos de las minorías y tolerancia", *Dianoia, Anuario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, año XLIII, núm. 43, 1997, pp. 147-161; *id.*, "Derechos indígenas y tolerancia", *Este País*, México, núm. 72, marzo de 1997, pp. 42-49.

intercultural a fin de identificar sus características principales para, a partir de ahí, en otro apartado, problematizar algunas consecuencias del modelo de interpretación de los derechos humanos y de la interrelación entre el principio del pluralismo cultural y el principio hermenéutico conocido como principio *pro persona*. Posteriormente, se hace una breve referencia a las implicaciones jurídicas del reconocimiento de la diversidad cultural. En el penúltimo apartado se comentan algunas decisiones del Tribunal Electoral relacionadas con el reconocimiento a estos principios como un ejemplo de "buenas prácticas judiciales", en el entendido de que el efecto real de cada determinación sólo puede valorarse a partir de un análisis específico de los impactos a corto, mediano y largo plazo en las comunidades; finalmente, se hace una lectura liberal igualitaria de la perspectiva intercultural y de sus efectos en la garantía de los derechos de las personas, pueblos y comunidades indígenas.

En síntesis, se considera que el actual modelo constitucional de Estado en México implica necesariamente reconocer la diversidad cultural en sus diferentes dimensiones y ello requiere la incorporación de una perspectiva intercultural en la defensa de los derechos de las personas y comunidades indígenas, que armonice los derechos individuales y los derechos colectivos, además de situar el análisis de cada caso en su contexto cultural a fin de evitar prácticas que, al hacer invisibles las diferencias culturales, generen situaciones de mayor conflictividad, integración forzada, discriminación o mayor exclusión.[3] Todo lo cual no es incompatible con una lectura liberal igualitaria de la interculturalidad, al menos desde la perspectiva metodológica, considerando que cada problemática y cada caso deberán valorarse en su contexto específico.

II. El contexto constitucional de la diversidad cultural

La complejidad que caracteriza a las sociedades contemporáneas, inmersas en procesos concurrentes de interrelación social y cultural —causas y consecuencias de la globalización o mundialización— impacta en la forma de pensar al "otro", desde el "sí mismo", e implica desde la perspectiva jurídica, entre otras cuestiones, analizar lo que significa defender, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas en sociedades complejas,

[3] Véase Toro Huerta, Mauricio del y Santiago Juárez, Rodrigo, *La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos (una aproximación desde el análisis de las controversias electorales en comunidades indígenas)*, México, CNDH, 2015.

culturalmente diversas, situadas en relaciones asimétricas y en constante transformación.

La perspectiva intercultural pone el enfoque en la diversidad y en la desigualdad. Las relaciones asimétricas entre personas pertenecientes a culturas distintas suelen quedar ocultas en el discurso de los derechos, de la libertad y la igualdad, cuando se descuidan los deberes, la solidaridad y la responsabilidad de unos con —y hacia— otros, como parte de una comunidad local, estatal y mundial, así como cuando se pone exclusivamente el énfasis en la dimensión individual y no en la dimensión social o colectiva de los derechos humanos.[4]

México atraviesa por un momento de ampliación de sus horizontes constitucionales en materia de derechos humanos que, en mi concepto, requiere asumir una perspectiva intercultural, toda vez que lo que resulta más favorable para una persona, desde la perspectiva de los derechos y oportunidades, se comprende y valora de mejor manera a partir de su contexto local, social y cultural. Al respecto, por ejemplo, Raimon Panikkar considera que "el respeto de la dignidad humana exige el respeto cultural, inseparable de un mutuo conocimiento, sin el cual caeríamos en la tentación de querer imponer nuestra cultura como modelo de convivencia humana".[5]

Tal reconocimiento o consideración cultural es problemática desde diferentes perspectivas, principalmente desde la política, dado que, como lo advierte Héctor Díaz-Polanco, en México, como en otras regiones del mundo,

> la diversidad cultural tiene una raíz política: los pueblos demandan autonomía, mientras los grupos que controlan el poder se niegan a reconocerla (dadas sus repercusiones sociales y económicas) o lo hacen con enfadosas restricciones que terminan por anularla en la práctica. Al actuar de esta manera, los Estados-nación bloquean a los pueblos indios el acceso a condiciones mínimas de justicia y libertad.[6]

La incorporación de la perspectiva intercultural en la defensa de los derechos humanos permite comprender antes de juzgar la diversidad cultural, y constituye, en la actualidad y en mi entender, un deber constitucional derivado del reconocimiento de la composición pluricultural del Estado mexi-

---

[4] Como se reconoce ampliamente, la mayoría de los derechos humanos tiene una dimensión individual y una colectiva (vinculada ésta a deberes específicos), lo que resulta evidente tratándose de la libertad de expresión o los derechos políticos.

[5] Panikkar, Raimon, *Paz e interculturalidad. Una reflexión filosófica*, Barcelona, Herder, 2006, pp. 15 y 18.

[6] Díaz-Polanco, Héctor, *La diversidad cultural y la autonomía en México*, México, Nostra Ediciones, 2009, p. 33.

cano y del deber de garantizar la protección más amplia de las personas. Por ello también el proceso judicial debe constituirse en un espacio público abierto al diálogo intercultural y el juez en un promotor de dicho diálogo.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 —considerada por muchos como un parteaguas en la concepción de tales derechos dentro del ordenamiento y un "nuevo paradigma"— implicó, entre otras cuestiones, una nueva expresión gramatical del texto constitucional que reconoce los derechos humanos y las garantías para su protección (ya no sólo otorga garantías individuales), establece principios generales (universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad), reconoce deberes (prevenir, investigar, sancionar y reparar) y obligaciones especiales (promover, respetar, proteger y garantizar) y fija parámetros de interpretación (conforme con la Constitución y los tratados internacionales favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia), pero, principalmente, su aspecto más novedoso radica en el significado y sentido constitucional que el cambio imprime en el desarrollo de una nueva cultura jurídica.[7]

Al respecto, Rodolfo Vázquez cuestiona si la reforma implicó realmente un "giro constitucional" en una suerte de "nuevo paradigma" para el que "sólo unos cuantos iniciados de vanguardia y progresistas se hallan habilitados para hacerlo efectivo". Parece que no; de hecho, la reforma llega tarde respecto de otros países del continente en la inclusión del derecho internacional como parámetro expreso de validez y no hace más que retomar principios que ya han sido desarrollados por la doctrina y práctica internacional y comparada y, en muchos casos, por los propios tribunales nacionales. Pero sin duda, la reforma implica una nueva perspectiva constitucional, en tanto que la cultura jurídica imperante en muchos operadores jurídicos es el "textualismo constitucional", identificado con el positivismo jurídico decimonónico, lo que Vázquez denomina "paleopositivismo", que el "neo constitucionalismo", al poner el énfasis en el reconocimiento y protección de los derechos humanos y en la fase interpretativa del ordenamiento (derecho como integridad o argumentación), deja atrás.[8]

En cualquier caso, la definición del denominado "nuevo modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad", así como del adecuado ejercicio de un diálogo jurisprudencial, pasan necesariamente por preguntarnos cuál es el tipo imaginario que subyace a la noción constitucional de

---

7 *Cfr.* Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011 y Salazar, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2014.

8 Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, *cit.*, pp. XV-XIX.

"persona humana", dadas las diferencias entre los seres humanos, el pluralismo y la diversidad cultural que conforman el tejido social de nuestro país y las diferentes tradiciones filosófico-políticas que inciden en la noción de "persona".

Al respecto, el reconocimiento en el artículo 2o. constitucional de la composición pluricultural de la nación mexicana "sustentada originalmente en sus pueblos indígenas"; el establecimiento de la conciencia de la identidad indígena como criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas, así como el deber de respetar sus autoridades propias, formas de gobierno y sistemas normativos como parte del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en un marco constitucional de autonomía, implica necesariamente una valoración intercultural al momento de determinar el alcance y el sentido de las normas más favorables respecto de una persona, comunidad o pueblo indígena, que no necesariamente coincidirá con la interpretación más favorable respecto de otras personas no indígenas o situadas en un contexto no comunitario.

La Constitución del Estado pluralista —en tanto modelo de organización abierta al interior y al exterior— y el pluralismo como principio constitucional implican asumir, en la interpretación y exégesis constitucional, una pluralidad de perspectivas, en donde la diversidad es un valor positivo y próspero en la construcción de un modelo de convivencia pacífica.[9] ¿Es la perspectiva intercultural compatible con el liberalismo igualitario? En mi concepto sí, dado que, la primera no implica reconocer validez a toda práctica cultural, y ambas perspectivas buscan igualar a las personas en el ejercicio de los derechos y en la satisfacción de sus necesidades básicas, para lo cual es preciso abatir la pobreza y la polarización social; esto es, una distribución igualitaria de la libertad, donde los derechos sociales y culturales "son una extensión natural de los derechos individuales" y donde a la par de los derechos existen deberes negativos y positivos del Estado.[10]

III. La perspectiva intercultural (esbozo)

En términos generales, la interculturalidad implica el reconocimiento de las culturas en un plano de igualdad (no de la totalidad de sus prácticas), lo que supone un reconocimiento a la diversidad como un factor positivo

---

9 *Cfr.* Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta,* Madrid, Tecnos, 2002.

10 Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, *cit.*, p. XXI.

(trascendente) en el intercambio cultural y en las potencialidades de ese intercambio; asimismo, plantea condiciones mínimas para establecer relaciones interculturales con el objeto de promover la convivencia pacífica.[11] De esta forma, la interculturalidad implica una perspectiva normativa (en sentido débil, pues no es absolutista ni relativista) y metodológica, sobre la base del principio del pluralismo que respeta la diversidad, en tanto valor constitucional.

Como lo señala Olivé, una perspectiva pluralista (intercultural) coincide con el relativismo en rechazar que los estándares de evaluación sean absolutos e inmutables, pero admite la existencia de estándares que pueden ser considerados correctos (o corregibles) y que los hechos (prácticas) pueden ser reconocidos desde diferentes puntos de vista y, a partir de ahí, desarrollar *estándares aceptables* para las diferentes posturas. Esto es, "una vez establecido un acuerdo acerca de los hechos, deberá procederse a buscar el acuerdo acerca de cuáles son las normas metodológicas, o morales en su caso, y finalmente jurídicas, aceptables en ese contexto de interacción [transcultural]".[12]

Desde la perspectiva jurídica, el reconocimiento de la diversidad cultural supone, entre otras cosas, asumir la posibilidad de que los miembros de otra cultura conciban la dignidad humana, las necesidades básicas de las personas y la relación entre el individuo y la sociedad (y con ello la noción misma de derechos y deberes fundamentales) de modos muy diferentes a la perspectiva occidental predominante en los espacios públicos urbanos, que suelen caracterizar a los tribunales de justicia estatal.

Lo anterior podría resultar incompatible con una perspectiva liberal igualitaria que, si bien acepta el pluralismo, lo hace sobre la base de un consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer para el logro de una vida humana digna sobre la base de la autonomía de las personas. Esto es, existe una serie de *convenciones profundas* sobre bienes primarios o necesidades básicas, entre ellas los derechos humanos, que no admiten negociación (por tratarse del denominado "coto vedado" de Garzón Valdés,

---

[11] *Cfr.* González R. Arnaiz, Graciano, *Interculturalidad y convivencia. El "giro intercultural" de la filosofía*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008, p. 68.

[12] Los *estándares aceptables*, que no son exclusivos o dependientes de algún sistema conceptual, "son neutrales con respecto al asunto cognoscitivo o moral en cuestión, y puede ser en el interés de las dos partes el aplicarlos". Olivé, León, *Inter-culturalismo y justicia social*, México, UNAM, 2008, p. 73. Aquí, en mi concepto, la neutralidad alude a imparcialidad y debe complementarse también con otros valores como la tolerancia y la solidaridad, característicos de la lectura liberal igualitaria (Toro Huerta, Mauricio del y Santiago Juárez, Rodrigo, *La perspectiva intercultural en la protección y garantía de los derechos humanos...*, *cit.*, pp. 11-19).

o de la "esfera de lo indecidible" según Ferrajoli) y otras *convenciones variables* que admiten un amplio margen para el desacuerdo.

Al respecto, existe una "vía conciliatoria" si se reconoce que los conflictos interculturales pueden cumplir una función positiva en el reconocimiento de derechos y en la construcción de posibilidades de interrelaciones culturales más justas, si los derechos humanos —reconocidos en el ámbito internacional y nacional— son interpretados en clave de interculturalidad, pues ello permite reconocerlos como "derechos ultraculturales" que están más allá de las fronteras de las culturas y forman parte del derecho o patrimonio común de la humanidad.[13]

En este sentido, se reconoce que los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos son un referente razonable de acuerdos interculturales (parciales). La misma Declaración Universal de Derechos Humanos (base del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos) no es, como algunos suponen, una imposición —sin más— de principios y valores occidentales (aunque en efecto predominen algunos de ellos), es, como lo destacó Antonio Cassese, "fruto de varias ideologías: el punto de encuentro y de enlace de concepciones diferentes del hombre [la persona] y de la sociedad [y constituye] una victoria de la humanidad entera".[14]

No obstante, como lo advierte Villoro, lo anterior sólo es posible si se asumen dos aspectos, los cuales están reconocidos en términos generales en los propios instrumentos internacionales: "los derechos están siempre ligados a deberes y no pueden entenderse sin ellos" y "los derechos de la comunidad (colectivos) se consideran de igual valor o, incluso en muchas formulaciones, superiores a los del individuo".[15]

Este último aspecto es, sin duda, uno de los más problemáticos frente al liberalismo igualitario, para el cual, la colectividad siempre estará subordinada a los derechos individuales. Como lo señala Rodolfo Vázquez, el problema con la propuesta de Villoro es, precisamente, "el de la prioridad ética que otorga, a fin de cuentas, al contexto cultural sobre el principio de

---

[13] Höffe, Otfried, *Derecho intercultural*, España, Gedisa, 2000, p. 211.

[14] Cassese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 46, 53 y 55. Desde las primeras etapas del proyecto de declaración y hasta su redacción final, se consideraron diferentes catálogos de derechos, tanto de más de 50 Constituciones vigentes en ese momento como de diferentes instituciones, organizaciones, grupos académicos, propuestas de Estados que aludían no sólo a los derechos individuales (de corte eminentemente liberal) sino también a otros derechos de carácter económico y social, así como a deberes de los Estados, grupos e individuos. *Cfr.*, Toro Huerta, Mauricio del, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, México, CNDH, 2012.

[15] Villoro, Luis, "Condiciones de la interculturalidad", en Lazo Briones, Pablo (comp.), *Ética, hermenéutica y multiculturalismo*, México, Universidad Iberoamericana, 2008, p. 33.

autonomía personal". Sólo resultarían compatibles ambas perspectivas si, como lo señala el propio Vázquez, se acepta:

> *a)* que el carácter único e irrepetible de cada cultura no garantiza *ipso facto* su legitimidad moral, y *b)* que tomarse en serio el respeto a la autodeterminación de cada uno de los miembros de la sociedad significa reconocer el derecho de asociación voluntaria de cada individuo y la eventual disidencia de éstos con respecto a su comunidad —y los valores que la integran— sin represiones subsecuentes...[16]

Lo que vendría a suponer "la prioridad de los valores liberales sobre los comunitarios".[17] En mi concepto, este último aspecto debe situarse en el contexto del desarrollo progresivo del sistema internacional de los derechos humanos y de su interpretación evolutiva para efecto de valorar hasta dónde los valores liberales y comunitarios pueden ser compatibles y estar sujetos a una lógica de ponderación razonable, o en qué medida resultan manifiestamente incompatibles.

Dos cuestiones contribuyen a ello, la primera que en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, si bien no existe una noción estandarizada del término "persona" y, en principio, las personas morales o colectivas no son titulares de derechos humanos sino solamente los individuos, también es verdad que se reconoce —como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-22/18 sobre "Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano"— que los pueblos indígenas son titulares de derechos protegidos por el sistema internacional (en especial el interamericano, como se advierte a partir del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 2012), particularmente respecto a los derechos de los pueblos indígenas a la consulta, propiedad comunal, identidad cultural, recurso judicial efectivo, entre otros derechos, dado que se reconoce que "hay algunos derechos que los miembros de las comunidades indígenas gozan por sí mismos, mientras que hay otros derechos cuyo ejercicio se hace en forma colectiva a través de las comunidades". Ello aunado al pleno reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, y a que en muchos países, a nivel interno, se reconoce que, en determinadas circunstancias, "cuando el ejercicio de algunos derechos de los miembros de comunidades indígenas y tribales se realiza conjuntamente, la violación de dichos derechos tiene una dimensión colectiva y no puede circunscri-

---

16 Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, *cit.*, p. 170.

17 *Ibidem*, p. 171.

birse a una afectación individual", dado que "las consecuencias aludidas acarrearán entonces consecuencias para todos los miembros de la comunidad y no únicamente para algunos determinados en una situación específica".[18]

En segundo lugar, la perspectiva interculturalidad parte de una hermenéutica analógica, como lo ha destacado Mauricio Beuchot, que procura salvar las diferencias culturales pero sin perder la capacidad de integrarlas en la universalidad ("identificar diferencias para integrarlas en la semejanza"); una universalidad matizada, diferenciada y compleja reflejada en el plano jurídico-político en los derechos humanos pero interpretados a partir de la prudencia y la equidad, de modo que se salvaguarden lo más posible las ideas, proyectos o ideales del bien o de la cualidad de vida, sin diluir la realización de la justicia, sin imponer un modelo cultural específico como "primer analogado", sino un modelo abstracto *a posteriori*, un paradigma cultural como ideal regulativo, no a partir de una abstracción excesiva, sino a través de interpretaciones culturales concretas.[19]

IV. La complejidad cultural del principio *pro persona* y la perspectiva intercultural

La incorporación constitucional de la cláusula interpretativa conocida como principio *pro persona* —consistente en que las normas de derechos humanos deben interpretarse de la manera más favorable a la protección de los derechos de las personas— supone brindar la protección más amplia y efectiva y, a su vez, interpretar de manera restrictiva las limitaciones a los derechos.[20] No obstante su aparente claridad, lo cierto es que el principio *pro persona* es un concepto cuya complejidad "implica que no existe una sola

[18] Opinión Consultiva 22/16, pfos. 74 y 82.

[19] *Cfr.* Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y derechos humanos,* México, Siglo XXI-UNAM, 2005; Salcedo Aquino, José Alejandro, *Hermenéutica analógica, multiculturalismo e interculturalidad,* México, Editorial Torres Asociados, 2005.

[20] *Cfr.* Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, cit.*, pp. 103-133; Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, 1997, p. 163.

fuente normativa o jurisprudencial que pueda proporcionar una visión integral de su contenido".[21]

En particular, es relevante la lectura conjunta del principio de universalidad y el principio *pro persona*, pues éste permite contextualizar y dimensionar en la realidad el contenido y alcance de los derechos humanos. Al respecto, es necesario "pensar la universalidad desde lo local, desde los contextos cotidianos de opresión" a fin de problematizar la idea de igualdad que sustenta la universalidad (como ideal abstracto) y dotarla de sentido práctico a partir del análisis de las diferentes condiciones contextuales en que se encuentra las personas en cada caso.[22]

De esta forma, la complejidad del principio *pro persona* trasciende a la definición de su propio sujeto-objeto de protección: la persona y su dignidad (o su autonomía). Se trata de la protección de seres humanos situados en un contexto desde el cual el contenido y el significado de la vida digna pueden ser diversos, a partir de su propia perspectiva cultural, de su propia cosmovisión.

Al respecto, el Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niñas, Niños, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas, aprobado por la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Chile en abril 2014, así como la Guía de Actuación para Juzgadores en materia de Derecho Electoral Indígena del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tienen relación con la importancia de la diversidad cultural al momento de resolver controversias que impliquen personas o pueblos indígenas.

Así, tanto el Protocolo Iberoamericano como el Protocolo nacional señalan que la interculturalidad "debe ser entendida como el diálogo respetuoso entre culturas y deberá ser el principio básico de relación entre funcionarios del Estado y los indígenas".

Se advierte de lo expuesto que el principio *pro persona* adquiere desde la perspectiva intercultural características propias y complementarias y contribuye a contrarrestar los procesos de invisibilización de la diversidad cultural

---

[21] Medellín, Ximena, *Principio pro persona, Reforma DH*, núm. 1, México, SCJN, 2013, pp. 20-39.

[22] *Cfr.* Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derecho,* México, FLACSO-México, 2013, pp. 22-34.

mediante fórmulas abstractas que si son interpretadas desde una posición etnocentrista propician la desigualdad y la discriminación.

V. Las implicaciones del reconocimiento constitucional de la diversidad cultural en la defensa de los derechos humanos

El reconocimiento constitucional de la composición pluricultural de la nación mexicana sustentada originalmente en sus pueblos indígenas como aquellos que descienden de poblaciones que habitaron el territorio nacional antes de la colonización y conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, no es tan sólo una mera declaración retórica, sino que es una cláusula *espacio-tempo-socio-cultural* de la mayor relevancia para comprender el rostro del Estado constitucional mexicano. Define el origen de los pueblos indígenas y de la propia nación; delimita un ámbito territorial y, al hacerlo, refuerza el vínculo entre pueblos y territorios, además de que define su condición como modelo alternativo de organización política, lo que implica el reconocimiento de procesos comunitarios, autoridades, instituciones y sistemas normativos, todo ello lleva a incorporar al pluralismo en cuanto principio constitucional y herramienta hermenéutica.

Ello se confirma con lo dispuesto en los diferentes apartados y fracciones del artículo 2o. constitucional, que reconocen el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y a la autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos; elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno y acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, lo que supone que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, garantizándoles en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, entre otros derechos, oportunidades y deberes de respeto, promoción y defensa de sus derechos por parte de las autoridades estatales.

El reconocimiento de éstos y otros derechos de los pueblos y comunidades indígenas no es absoluto, la propia Constitución sujeta sus procedimientos a los principios generales contenidos en ésta, a las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, a la dignidad e integridad de

las mujeres, debiéndose garantizar la participación política de éstas en condiciones de equidad frente a los hombres, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados. Desde esta perspectiva la Constitución establece un programa multicultural que impone límites constitucionales a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, pero, en mi concepto, va más allá en tanto que tales disposiciones regulativas no niegan, ni minimizan, el deber de interpretarlas desde una perspectiva intercultural, ni la imposibilitan ni prohíben. Por el contrario, la remisión a los principios constitucionales, implica considerar ahora también los principios del artículo 1o. constitucional, entre ellos el principio *pro persona*.

De ahí que, por ejemplo, las referencias al respecto a la dignidad e integridad de las mujeres, si bien se traducen en una garantía especial o reforzada contra la discriminación —aplicable por lo demás en cualquier contexto cultural— deben interpretarse asimismo en clave intercultural, a través de diálogos con las comunidades a fin de conocer la perspectiva que las propias mujeres indígenas tienen del "género" y las "dualidades", y a partir de ahí hacer las valoraciones que correspondan, dado que las relaciones y las concepciones de género están inscritas igualmente en contextos locales que no pueden ignorarse o desconocerse. Imponer una perspectiva de género de preminencia occidental no contribuye necesariamente a garantizar la dignidad de las mujeres en una comunidad indígena.[23]

Además, es preciso distinguir al menos dos consecuencias del reconocimiento de la diversidad cultural: el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas y la necesidad de que tales derechos colectivos sean considerados en el contexto de las comunidades como elementos correlativos de los derechos individuales de las personas pertenecientes a una comunidad indígena, a fin de estar en posibilidad de realizar verdaderos diálogos interculturales donde se consideren tanto el punto de vista de las personas como de la colectividad representada según sus propias normas e instituciones. Así lo reconocen diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos de pueblos indígenas (por ejemplo, Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la reciente —y largamente esperada— Declaración Americana sobre el tema), así como la jurisprudencia internacional y nacional y el derecho comparado.[24]

---

[23] *Cfr.* Marcos, Sylvia y Waller, Marguerite (eds.), *Diálogos y diferencia. Retos feministas a la globalización,* México, UNAM, CEIICH, 2008.

[24] En particular el derecho, la jurisprudencia y la doctrina internacionales llaman la atención sobre la importancia del derecho a la autodeterminación y a la autonomía, los derechos colectivos sobre tierras y territorios, los derechos de los pueblos a la consulta previa,

Tanto el Protocolo de Actuación, de la SCJN, como el Protocolo Iberoamericano reconocen la importancia de garantizar el principio de maximización de la autonomía, entre los principios generales para la consideración de las y los juzgadores, por lo que se sugiere privilegiar este principio, por ejemplo, en el ámbito de sus autoridades, instituciones, sistemas jurídicos y opciones de desarrollo.[25] Sobre este punto, el Protocolo Iberoamericano destaca algunas sentencias y buenas prácticas de diferentes países de la región, entre ellas, la importancia del principio de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones a su autonomía. Criterios que también han sido considerados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en México,[26] y que se suman a otros criterios que resultan útiles en la defensa constitucional de la autonomía de las comunidades indígenas.[27]

De esta forma, el principio *pro persona* en clave intercultural y el principio de la maximización de la autonomía y minimización de sus restricciones se complementan e integran en un bloque de protección constitucional con una función dual, proteger a las personas y a su dignidad en sus respectivos contextos locales y a las comunidades en su autonomía, ambos deben considerarse cuando se trata de conflictos intracomunitarios, intercomunitarios, y extracomunitarios, dado que en estos casos se ponen en juego los valores

---

consentida e informada, los derechos de propiedad intelectual y artística, entre otros. *Cfr.,* Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.* Sentencia del 27 de junio de 2012; *Caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Sentencia del 24 de agosto de 2010; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

[25] Además de la maximización de la autonomía, se identifican los siguientes principios: igualdad y no discriminación, autoidentificación, acceso a la justicia considerando las especificidades culturales, protección especial a sus territorios y recursos naturales y participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte.

[26] *Cfr.,* Las sentencias dictadas en los recursos de reconsideración SUP-REC-19/2014 (caso *Reyes Etla*, Oaxaca), SUP-REC-825/2014 (caso *Santiago Atitlán, Mixe*, Oaxaca), SUP-REC-836/2014 (caso *Mazatlán Villa de Flores*, Oaxaca) y SUP-REC-838/2014 (caso *Tepelmeme*, Oaxaca).

[27] En la *Guía de actuación para juzgadores en materia de derecho electoral indígena* del TEPJF, se destacan como reglas de actuación las siguientes: 1. Tomar en cuenta los elementos para entender la vida de los pueblos y comunidades indígenas; 2. Identificar el contexto del sistema electoral indígena en particular; 3. Admitir las promociones de *amicus curiae* (amigos de la Corte); 4. La importancia preponderante de la Asamblea General Comunitaria; 5. Respetar el derecho a la autoadscripción y la importancia de la pertenencia comunitaria; 6. Garantizar el respeto a los derechos lingüísticos; 7. Defensa jurídica efectiva; 8. La resolución de conflictos bajo sistemas normativos indígenas; 9. Reconocimiento de la jurisdicción indígena; 10. Ponderación de derechos colectivos y derechos individuales en un marco de respeto al derecho electoral indígena, y 11. Maximización de la autonomía. Minimización de la intervención.

de la identidad indígena tanto de las personas como de las comunidades implicadas.

VI. La perspectiva intercultural en el Tribunal Electoral

Del análisis de algunas de las sentencias, tesis y jurisprudencias dictadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se advierten interpretaciones consecuentes con el nuevo paradigma constitucional desde una perspectiva que va de un multiculturalismo liberal a prácticas con claro impulso intercultural.

a) *Sistema jurídico de las comunidades indígenas: definiendo el marco normativo.* La tesis XLI/2011 "Comunidades indígenas. Normas que integran su sistema jurídico", señala que los usos y costumbres constituyen el marco jurídico y político a través del cual una comunidad ejerce su autogobierno y regula sus relaciones sociales, permitiendo con ello el respeto y la conservación de su cultura. En ese orden, el sistema jurídico de las comunidades indígenas se integra por las normas consuetudinarias y con aquellas otras que se establecen por el órgano de producción normativa de mayor jerarquía que, por regla general, es su asamblea, debido a que las decisiones que emite, respetando el procedimiento respectivo, privilegian la voluntad de la mayoría.

b) *El derecho al autogobierno y su garantía judicial efectiva.* En la tesis XXXV/2013 "Comunidades indígenas. Elementos que componen el derecho de autogobierno", se menciona que las comunidades tienen derecho a participar sin discriminación alguna en la toma de decisiones en la vida política del estado, a través de representantes electos por ellos de acuerdo con sus procedimientos. Agrega que el derecho de autogobierno como manifestación concreta de la autonomía comprende: 1) el reconocimiento, mantenimiento y defensa de la autonomía de los citados pueblos para elegir a sus autoridades o representantes acorde con sus usos y costumbres y respetando los derechos humanos de sus integrantes; 2) el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, siguiendo para ello sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a efecto de conservar y reforzar sus instituciones políticas y sociales; 3) la participación plena en la vida política del Estado, y 4) la intervención efectiva en todas las decisiones que les afecten y que son tomadas por las instituciones estatales, como las consultas previas con los pueblos indígenas en relación con cualquier medida que pueda afectar sus intereses. Así, el autogobierno de las comunidades indígenas constituye una prerrogativa fundamental, indisponible para las

autoridades estatales y, por tanto, invocable ante los órganos jurisdiccionales para su respeto efectivo, a través del sistema de medios de impugnación en materia electoral.

c) *Principio de proporcionalidad: la maximización de la autonomía.* Al resolver los asuntos SUP-REC-19/2014 y SUP-REC-838/2014, el Tribunal se pronunció sobre las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas y al principio de proporcionalidad. Al respecto señaló que el principio de maximización de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, que implica también la minimización de las restricciones a su ejercicio, forma parte y potencializa su derecho a la autonomía o autogobierno, en el entendido de que si bien este último no constituye un derecho absoluto, toda limitación debe ser estrictamente necesaria y razonable, para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y libertades fundamentales de los integrantes de dichas comunidades, así como para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática y plural, considerando el contexto específico de cada comunidad, a fin de que no se impongan restricciones que incidan desproporcionadamente en el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas al desarrollo pleno de su cultura.

En el caso, el Tribunal incorporó el principio de proporcionalidad para valorar la legitimidad en las restricciones a los derechos de las comunidades, con lo que las decisiones que impliquen una posible limitación deben forzosamente pasar el test de proporcionalidad, en el sentido de que sean proporcionales, necesarias y razonables. Con ello, se fortalecen los derechos de las comunidades al establecer reglas claras en cuanto a la posible afectación de su autonomía. En éstos y otros asuntos, la Sala Superior consideró

> necesario, tratándose de conflictos intracomunitarios, valorar el contexto en que surgen, a fin de definir claramente los límites de la controversia jurídica puesta a consideración de las autoridades electorales y resolverla desde una perspectiva intercultural, atendiendo tanto a los principios o valores constitucionales y convencionales como a los valores y principios de la comunidad.[28]

d) *Deberes específicos de las autoridades en contextos de conflictos comunitarios.* En la jurisprudencia 10/2014, "Comunidades indígenas. Deberes de las autoridades jurisdiccionales en contextos de conflictos comunitarios (legislación de Oaxaca)", se menciona que a efecto de garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas, y brindar la más amplia garantía y protección a los derechos de

[28] Véase también SUP-JDC-1011/2013 y acumulado, y SUP-JDC-1097/2013.

acceso a la justicia, defensa y audiencia de los que son titulares sus integrantes, las autoridades jurisdiccionales, federales o locales, que conozcan de controversias relacionadas con la determinación de sus normas y procedimientos para la elección de autoridades regidas por sistemas normativos propios, deberán adoptar, de ser necesario con la colaboración o apoyo de otras instancias comunitarias, municipales, estatales o federales, las medidas necesarias y suficientes para garantizar la efectividad de esos derechos, tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada controversia, atendiendo al conjunto del acervo probatorio y, en su caso, realizar las notificaciones, requerimientos, visitas, peritajes, solicitud de informes y demás actuaciones idóneas y pertinentes al contexto del conflicto comunitario que corresponda.

Estos criterios tienen que ver con la necesidad de conocer de mejor manera la comunidad indígena en su conjunto —mediante estudios, peritajes antropológicos, etcétera—, así como las razones de diverso tipo que pueden estar detrás de los conflictos electorales —problemas agrarios, injerencia de grupos externos, tala de montes, sectores de la población que pertenecen a otra etnia o comunidad indígena, por mencionar algunos ejemplos— y que sin duda servirán para determinar el contexto de la controversia y las mejores alternativas de solución.

e) *La apertura a medidas alternativas de solución de conflictos y a la jurisdicción indígena.* En la jurisprudencia 11/2014 "Sistemas normativos indígenas. Medidas alternativas de solución de conflictos electorales (legislación de Oaxaca)", se considera que, con el fin de alcanzar acuerdos que solucionen de manera integral, las diferencias respecto de las reglas y procedimientos aplicables para la elección de autoridades de pueblos indígenas cuando existan escenarios de conflicto que puedan tener un impacto social o cultural para los integrantes de la comunidad, derivados de elecciones regidas por sistemas normativos indígenas, previamente a la emisión de una resolución por parte de las autoridades administrativas o jurisdiccionales, se deben privilegiar medidas específicas y alternativas de solución de conflictos al interior de las comunidades, de ser el caso, las previstas en la propia legislación estatal, mediante los procedimientos e instituciones que se consideren adecuados y válidos comunitariamente; lo anterior contribuye a garantizar el pleno respeto a su autonomía, así como el derecho que tienen a elegir sus propias autoridades en la solución de la controversia, de una manera alternativa a la concepción tradicional de la jurisdicción, sin que estas formas alternativas puedan contravenir preceptos y principios constitucionales y convencionales.

El reconocimiento de métodos alternativos de solución de conflictos constituye una apertura a las alternativas de solución de controversias inter e intracomunitarias que no pasan por los formalismos de la jurisdicción estatal, tales mecanismos están teniendo cada vez más presencia en las legislaciones y en las prácticas interculturales. Al respecto, consideramos importante abrir la posibilidad de soluciones autocompositivas en las propias comunidades o procesos de mediación y conciliación que contribuyen al diálogo intra e intercultural con miras a la reconfiguración del tejido social y, en última instancia, a fomentar procesos de reconciliación al interior de las comunidades. No obstante, debe garantizarse en primera instancia el ejercicio pleno de la jurisdicción indígena como parte del reconocimiento a sus sistemas normativos, y a su autodeterminación o autodisposición normativa, considerando a los sistemas normativos indígenas como sistemas dinámicos.

f) *El derecho al autogobierno frente a omisiones legislativas.* El 2 de noviembre de 2011, la Sala Superior del TEPJF resolvió el expediente del juicio ciudadano SUP-JDC-9167/2011 promovido por diversos integrantes de la comunidad indígena de Cherán, cabecera del municipio del mismo nombre, en Michoacán. Esta resolución resulta relevante, pues el tribunal resolvió de manera afirmativa una solicitud para que las elecciones en dicha comunidad ya no se llevaran a cabo bajo el sistema de partidos, sino conforme a derecho indígena, pese a que este tipo de elecciones no estaban contempladas en la legislación local de esa entidad. De esa resolución derivó la tesis XXXVII/2011 "Comunidades indígenas. Ante la ausencia de regulación legal de sus derechos, debe aplicarse lo dispuesto en la Constitución y en los tratados internacionales".

g) *Ajustes a la universalidad del sufragio desde la perspectiva intercultural.* En algunas sentencias emitidas, el Tribunal matizó los alcances de la universalidad del voto. Si al resolver el caso *Cherán* se estableció que la universalidad consistía en "un ciudadano, un voto", la Sala Superior del Tribunal asumió posteriormente una postura diferente al conocer de algunos expedientes donde determinadas agencias municipales eran excluidas de la elección del ayuntamiento, en la que sólo podían votar quienes pertenecían a la cabecera municipal pero existía un legítimo consenso comunitario.

En tal sentido, al resolver el expediente SUP-REC-19/2014, la Sala Superior revocó una resolución de la Sala Regional con sede en Xalapa y, en consecuencia, confirmó la emitida por el Tribunal Electoral de Oaxaca, así como la declaración de validez de la elección de concejales del Ayuntamiento de Reyes Etla, hecha por el Consejo General del Instituto Electoral local.

Las razones para revocar la sentencia fueron que la Sala Regional dejó de considerar que en el sistema normativo de esa localidad la costumbre establecida de común acuerdo consiste en que en la elección de cada una de las comunidades participan sólo sus respectivos integrantes, mientras que en la elección de las autoridades municipales, participan nada más los ciudadanos de la cabecera. Por lo anterior, la sentencia agrega que no resultaba válido sostener que existió una exclusión de los ciudadanos de las comunidades del interior del municipio, al momento de elegir concejales municipales y, en consecuencia, era claro que no se afectó el principio de universalidad del sufragio, pues todos votaron en el ámbito acordado en ejercicio de su derecho de autodeterminación por sus autoridades representativas, siendo este elemento el núcleo central del derecho a votar. Además, se estableció que en el expediente existían constancias que permitían inferir que la elección de autoridades municipales se llevó a cabo bajo el consenso comunitario, sin que alguna población se hubiese considerado excluida.

VII. A manera de conclusión: una posible lectura liberal igualitaria de la interculturalidad

El enfoque liberal igualitario, como lo identifica Rodolfo Vázquez,

> 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 desgarradora polarización social...[29]

Asimismo, el liberalismo igualitario no sólo entiende los derechos humanos como derechos negativos, sino también como derechos protegidos por deberes positivos del Estado, esto es,

> Si la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos autónomos, entonces para promover la autonomía de los más desprotegidos son exigibles deberes positivos por parte del Estado.[30]

---

[29] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, *cit*., p. XXI.

[30] *Idem*.

La cuestión de la diferencia y la diversidad cultural desde el liberalismo igualitario asume entre sus principales premisas que la titularidad de los derechos humanos es patrimonio de cada individuo, "el colectivo como tal no es titular de derechos"; asimismo, se reconoce que la razón jurídica no es entendida como razón estratégica o funcional medida por criterios de éxito o de eficiencia, sino por pretensiones de corrección, de justicia o de legitimidad que se determinan a partir del diálogo y del consenso como criterios de justificación.[31] De esta forma,

> la existencia, respeto y promoción de las minorías en el contexto de una sociedad multicultural sólo 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 éstos entran en conflicto con los "derechos comunitarios" o culturales. Dicho de otra manera, la pretensión de imparcialidad y universalidad de los derechos liberales… es el mejor criterio del que disponemos para una convivencia entre las culturas.

En tal sentido, considera que las tradiciones y costumbres no deben ser la justificación para romper con "valores éticos y jurídicos de Estados nacionales o de derechos" que forman parte del ordenamiento jurídico.

A partir de ahí, Rodolfo Vázquez coincide con Luis Villoro en el sentido de que el "problema del multiculturalismo" oscila entre dos extremos éticamente injustificables: la integración indiscriminada o la tolerancia incondicional de los grupos minoritarios, lo que implica

> 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.[32]

A fin de evitar la materialización de cualquiera de los dos extremos se debe impulsar "el reconocimiento fáctico de las minorías" y la "posibilidad de consenso entre las partes", al lograr "una incompatibilidad relativa entre ambos" y considerar, en principio, la primacía de los derechos liberales sobre los culturales y la supresión del relativismo cultural. Así, para Rodolfo Vázquez —siguiendo a Stavenhagen— si los derechos de una comunidad

---

[31] *Ibidem*, p. XIII.

[32] Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, pp. 162 y 163.

entran en colisión con los derechos individuales, no se considerarán derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan los derechos individuales de sus miembros.[33] En esta lógica, aceptar el pluralismo y la imparcialidad, no significa desatender las obligaciones que se tienen con los demás individuos y la sociedad, sino la generación de un consenso en torno a los "valores primarios" que se deben alcanzar para alcanzar una vida digna.

En mi concepto, la lectura liberal igualitaria de los derechos humanos coincide con una perspectiva intercultural en aspectos claves: la valoración del contexto cultural, el reconocimiento de las diferencias culturales, la necesidad de la deliberación y el diálogo sobre los principios y valores que han de considerarse primarios, la imparcialidad, la tolerancia y la solidaridad como valores positivos, y el hecho de que los derechos humanos contenidos en la Constitución son garantía de la autonomía individual y son interdependientes.

Me parece que la perspectiva intercultural pone un énfasis mayor y específico en los valores comunitarios a partir del principio del pluralismo, como principio constitucional, pero ello no se contrapone necesariamente con una lectura liberal igualitaria, en la medida en que la diversidad cultural no implica asumir la superioridad o la prevalencia de una cultura sobre otra o de un valor colectivo sobre uno individual, sino en valorar determinadas prácticas en su contexto cultural específico, anteponiendo el sentido que los propios miembros de la colectividad le dan a dichas prácticas, no para justificarlas *ex ante,* sino para comprender su sentido, y a partir de ahí considerar incluso su relevancia para el efecto de la autonomía personal de los miembros de una colectividad. En modo alguno la interculturalidad implica justificación o legitimación de toda práctica por el simple hecho de estar situada en un contexto culturalmente diverso. Se aboga por la analogía y la proporcionalidad como elementos hermenéuticos y ponderativos, a fin de buscar una solución justa.

La *razón intercultural* avala el significado de un mundo compartido y da cuenta del mismo como un "espacio libre", donde la libertad se entiende como supuesto de la condición humana y del encuentro entre culturas y permite el desarrollo de un diálogo intercultural entre dimensiones de asimetría a partir del respeto; la no-indiferencia y la responsabilidad. En este proceso la hermenéutica analógica salvaguarda lo más posible las diferencias culturales, pero sin perder la capacidad de integrarlas en la universalidad.

---

[33] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, *cit.*, p. 171.

En este sentido, los derechos humanos siguen siendo un arma contra la opresión y la violencia de las personas frente a cualquier colectividad (sociedad, Estado, grupos o pueblos); siendo que se reconoce ampliamente que las comunidades indígenas y sus sistemas normativos no son sistemas petrificados o rígidos, sino que son sistemas en constante transformación y adaptación. De ahí que deben ser los propios pueblos, a través de sus autoridades y procedimientos, los que, en principio, definan los principios que habrán de regir la convivencia comunitaria y sólo en casos en que resulte injustificado o desproporcionado el tratamiento o la práctica comunitaria es que los agentes del Estado deben intervenir a fin de evitar una violación o restricción injustificada a los derechos humanos. Para ello sirve la perspectiva intercultural, para identificar cuándo —a los ojos de los propios miembros de una colectividad, atendiendo a sus planteamientos, cuestionamientos y proyectos de vida, una práctica comunitaria (específica)— debe replantearse o suprimirse por resultar incompatible con los derechos humanos de sus miembros, siempre que éstos sean interpretados en clave de interculturalidad, esto es, buscando preservar, en la mayor medida, la diversidad cultural (el pluralismo) como un fin legítimo del Estado constitucional.

ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD: DOS MODELOS TRANSICIONALES EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA MARXISTA

Martín Diego FARRELL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Bruno Bauer y* La cuestión judía. III. *Ferdinand Lassalle y* La Crítica del Programa de Gotha. IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El liberalismo contemporáneo es una doctrina pluralista que defiende, entre otros valores, la libertad y la igualdad. Como toda teoría pluralista, debe aceptar la posibilidad de conflictos ente los valores que defiende. ¿Cuánta igualdad se está dispuesto a sacrificar para garantizar un incremento en la libertad, por ejemplo? Salvo Dworkin, que intentó —sin éxito— considerar a la libertad y a la igualdad como un mismo y único valor, todos los liberales han tratado de responder la pregunta anterior. La tensión entre libertad e igualdad es clara en la obra de Rodolfo Vázquez, tanto así que ella inspiró el título de este encuentro. Me propongo aquí mostrar el tema con dos ejemplos de conflicto en la teoría marxista.

Marx fue un formidable polemista, y se enfrentó con vigor a diversos oponentes. Voy a ocuparme aquí de dos de esas polémicas, la que sostuvo con Bruno Bauer y la mantenida con Ferdinand Lassalle, y lo que quiero mostrar es lo siguiente: *a)* ambas polémicas tienen grandes semejanzas, pero *b)* hay entre ellas importantes diferencias sustantivas, lo cual *c)* conduce a que en una de ellas se puedan encontrar rasgos políticamente más rescatables que en la otra. En ambos casos el modelo marxista introduce un periodo transicional en su cronograma, y en él voy a concentrarme puesto que constituye mi interés principal.

* Universidad de Palermo, Buenos Aires.

Las semejanzas estructurales son una prueba de la coherencia del pensamiento marxista, mientras que las diferencias sustantivas pueden atribuirse a los aproximadamente cuarenta años que transcurrieron entre una y otra discusión. La preferencia por unos rasgos sobre otros, por supuesto, es simplemente una opinión mía, sujeta desde luego a discusión.

II. Bruno Bauer y *La cuestión judía*

A mediados del siglo XIX se debatió arduamente en Prusia la cuestión acerca de la emancipación judía, debate cuyo tema central consistía en la capacidad de los judíos para participar en las instituciones del Estado, lo cual les estaba hasta ese momento vedado. La injusticia a la que eran sometidos los judíos no se limitaba a Prusia, obviamente. En 1830, el historiador y político Thomas Macaulay pronunció un vigoroso alegato en el Parlamento británico, basándose en el principio de la tolerancia religiosa.[1] Recordó los agravios y las crueldades respecto de los judíos a lo largo de la historia inglesa, y los comparó con la forma correcta en la que ellos formularon sus quejas. Desde el punto de vista legal, dijo Macaulay, debo reconocer que los judíos no tienen ningún derecho al poder, pero de acuerdo a todos los principios de obligación moral, ellos tienen un derecho al poder político; porque —continuó— la aplicación de cualquier castigo como consecuencia de opiniones religiosas equivale a una persecución.[2]

Recordó también que los judíos tenían derecho a la propiedad y a ser protegidos de daños, pero insistió en que eran excluidos del poder político, y propuso que una legislatura compuesta de cristianos y judíos legislara —como correspondía hacerlo— para una comunidad compuesta de cristianos y judíos.[3] Como en seguida veremos, Macaulay proponía lo que Marx consideraría luego la etapa transicional del tema.

Y Karl Kautsky, el destacado teórico marxista (aunque ciertamente antileninista) recordaba que la democracia había surgido con un pronunciamiento en favor de la igualdad de todos los seres humanos, cuya consecuencia natural fue un esfuerzo para emancipar a los judíos, los que prosperaron rápidamente en la sociedad capitalista. Pero Kautsky sostenía que allí donde los liberales no habían logrado en el pasado la emancipación de los judíos, no serían capaces de hacerlo en el futuro, de donde la emancipación

---

1 Macaulay, T. B., "Civil Disabilities of the Jews", en Cohen, Isabel E. (ed.), *Readings and Recitations*, Filadelfia, The Jewish Publication Society of America, 1911, p. 219.

2 *Ibidem*, pp. 220-223.

3 *Ibidem*, pp. 225 y 227.

completa sólo podía lograrla un proletariado victorioso.[4] En rigor, los judíos no eran ciudadanos en Prusia sino una suerte de siervos, sujetos a la voluntad del rey, y sin permiso —por ejemplo— para trasladarse de un lugar a otro.[5] Muchos políticos e intelectuales participaron del debate emancipatorio, pero aquí me interesan solamente dos opiniones en conflicto, las de Bruno Bauer y Karl Marx.

Bauer —un conocido intelectual alemán que, en la época que me ocupa, militaba en la izquierda hegeliana— escribió dos trabajos sobre la emancipación judía, a los que luego respondió Marx. Ante todo, no hay que cometer el error de considerar a los trabajos de Bauer como simples panfletos antisemitas, porque la idea detrás de ellos es más profunda (y rescatable). Bauer se negaba a conceder la emancipación en los términos en los que los judíos la reclamaban y sus argumentos no son desdeñables *a priori*.

El movimiento liberal-burgués de Prusia, en especial los círculos de la gran burguesía de las ciudades industriales, donde los judíos desempeñaban un papel importante en la economía, apoyaba la emancipación como medio necesario para resolver la cuestión judía, disolviendo a los judíos dentro de la germanidad en general.[6] La izquierda en general también apoyaba la emancipación, y precisamente por tratarse de un intelectual de izquierda, se creía que Bauer iba a favorecer la emancipación judía, lo que ciertamente no ocurrió. Él pensaba que el judío no puede poseer los derechos universales del hombre —entre los que se encuentra la participación en las instituciones del Estado— porque su naturaleza de judío lo obligaba a vivir en una eterna separación de los otros: sólo como hombres ellos podrían reconocer la esencia general del hombre. Mientras el judío sea judío, debe vivir eternamente separado de los otros.[7] Esta idea parece desmentir afirmación de que Bauer no había escrito un panfleto antisemita, porque son —precisamente— ideas propias de un panfleto antisemita. Pero Bauer la complementa de inmediato de un modo sugestivo: de la misma manera al cristiano, en tanto que cristiano, tampoco hay que concederle los derechos del hombre. Bauer no está defendiendo, ni un Estado antisemita, ni un Estado cristiano: está defendiendo un Estado laico. Cree que el Estado cristiano se caracteriza

---

4 Kautsky, Karl, *Are the Jews a Race?*, Nueva York, International Publishers, 1926, pp. 141, 142 y 229.

5 Fishman, Dennis, "The Jewish Question about Marx", *Polity*, Chicago, vol. 21, núm. 4, 1989, p. 769.

6 Draper, Hal, "Karl Marx's Theory of Revolution", *Monthly Review*, Nueva York, 1977, vol. I, pp. 594 y 598.

7 Bauer, Bruno, "La cuestión judía", en Bauer, Bruno y Marx, Karl, *La cuestión judía*, Barcelona, Anthropos, 2009, pp. 21 y 22.

por la sumisión a la autoridad de la revelación y por la supresión de las relaciones laicas, y Bauer no está de acuerdo con esto, puesto que las leyes del Estado cristiano se presentan como revelaciones positivas que se deben obedecer de inmediato, sin estar autorizado el ciudadano a dirigirles críticas,[8] a todo lo cual él se opone.

Los cristianos creen que poseen un privilegio y, a su vez, los judíos también creen que poseen un privilegio, pero un privilegio excluye al otro. Si el judío obtuviera su emancipación dentro de un Estado cristiano, entonces, esa posesión lo conduciría a una situación en la que no podría observar su propia ley, y tampoco se puede emanciparlos a condición de que se hagan cristianos, porque en este caso un privilegio se cambiaría meramente por otro.[9] Para Bauer, entonces, no hay nadie que esté realmente emancipado.

Bauer observa que Francia parecía haber solucionado la cuestión judía al emancipar la iglesia del Estado, liberándolo de toda influencia religiosa, y convirtiendo la participación en los derechos civiles y políticos en algo independiente de cualquier profesión de fe religiosa. Pero esa libertad legal, advierte, está limitada en la vida real, la cual está dominada por privilegios religiosos, tal como el de la celebración legal de los domingos.[10]

¿Y por qué el cristianismo conserva esos privilegios, incluso en Francia?, se pregunta Bauer. Porque es la religión de la mayoría, contesta, porque los franceses la reconocen casi por unanimidad. Pero si la religión de la simple mayoría obstaculiza los derechos de la otra religión, en lugar del derecho se ha colocado la simple violencia, el derecho del mayor número, y es burlarse de la minoría el decirle que la libertad sólo pertenece a la mayoría. La minoría debe pues reclamar la supresión de la ley y combatir a la mayoría privilegiada.[11]

Para Bauer el método de combate contra la opresión burguesa y religiosa consiste en atacar el presupuesto religioso de la opresión, y en disolverlo, puesto que el prejuicio político y el prejuicio religioso son inseparables, son la misma cosa.[12] Por eso mismo, emancipar al judío en tanto que judío es tan inútil como limpiar a un negro para dejarlo blanco: si los judíos quieren ser libres, no deben convertirse al cristianismo sino al cristianismo disuelto,

---

8 *Ibidem*, pp. 22, 57 y 58.

9 *Ibidem*, pp. 60-62.

10 *Ibidem*, pp. 66-68.

11 *Ibidem*, pp. 69-71 y 97.

12 *Ibidem*, p. 97.

a la religión disuelta, es decir, a la Ilustración, a su crítica, y a su resultado, la humanidad libre.[13]

Por supuesto que hay en los trabajos de Bauer que he citado párrafos e ideas que sin duda pueden considerarse antisemitas, pero la idea central, si nos abstraemos de mucha de su retórica desagradable, se vincula con una tesis perfectamente defendible: la tesis de un Estado laico. Es posible, entonces, distinguir tres etapas en la propuesta de Bauer: Estado prusiano —derechos liberales clásicos— Estado laico. Marx, con su vigor habitual, polemiza con Bauer acerca de estas ideas.

Para Marx, el Estado laico no es una condición necesaria de la emancipación. Por una parte, es cierto que el hombre —en tanto adherente a una religión en particular— se encuentra en conflicto con su ciudadanía, y con otros hombres en tanto miembros de la comunidad. Marx encuentra aquí la misma contradicción en la que se encuentra el burgués respecto del ciudadano: es el conflicto entre el interés general y el interés privado.[14] Pero por la otra, la emancipación de la religión es un paso adelante, el cual mantiene la existencia de la religión pero la priva en cambio de sus privilegios. Esto implica la concesión de derechos políticos, los que sólo pueden ejercerse en conjunto con otros hombres: allí aparecen la libertad política y los derechos cívicos, los que de ninguna manera presuponen la abolición de la religión. Más aún: entre los derechos del hombre se encuentra precisamente el derecho de practicar su religión.[15] Ya en 1842, escribiendo para la *Gaceta Renana*, Marx había defendido este aspecto de la libertad religiosa: refiriéndose a los católicos irlandeses, recordó que ellos no apelaban a su religión, puesto que ella no era la religión del Estado, sino en cambio a los "derechos de la humanidad".[16]

Los derechos del hombre, a su vez, se diferencian de los derechos del ciudadano, puesto que los primeros son los derechos de los miembros de la sociedad, son los derechos del hombre egoísta, separado de otros hombres. Entre esos derechos figura el derecho a la libertad, que Marx estudia a partir de la Constitución francesa del 21 de junio de 1793: (es entendible que Marx recurra a Francia en estos casos, dado las referencias del propio Bauer) la libertad es el poder que tiene todo hombre de hacer todo aquello que no perjudique al derecho ajeno, según expresa el artículo 6o. de la

---

[13] Bauer, Bruno, "La capacidad de ser libres de los judíos y los cristianos de hoy", en Bauer, Bruno y Marx, Karl, *La cuestión…*, *cit.*, pp. 110 y 125.

[14] Marx, Karl, *On the Jewish Question*, Cambridge, Ostara Publications, 2014, p. 15.

[15] *Ibidem*, pp. 20-22.

[16] Marx, Karl, "Gaceta Renana", en Torres, Fernando (ed.), *En defensa de la libertad*, Valencia, 1983 (14 de julio de 1842), p. 120.

Declaración de los Derechos del Hombre. Los límites de actuar sin dañar a otro, dice Marx, son definidos por el derecho, tal como los límites entre dos campos están establecidos por una señal. Pero este derecho a la libertad no está basado en la asociación del hombre con el hombre, afirma, sino en la separación entre los hombres: es el derecho a esta separación, el derecho a retirarse en sí mismo.[17]

La aplicación práctica del derecho a la libertad, recuerda Marx, es el derecho a la propiedad: el derecho a gozar y disponer libremente de sus bienes, rentas, industria y fruto de su trabajo, de acuerdo al artículo 16 de la Declaración. Puede hacerlo a su discreción, dice Marx, sin consideración respecto de otros hombres, independientemente de la sociedad, esto es, constituye el derecho al auto-interés. Todo hombre ve así en otros hombres, no la realización de su propia libertad, sino una barrera para ella.[18]

La igualdad, a su vez, aparece entre los derechos del hombre en la Constitución francesa del 22 de agosto de 1795, caracterizada como igualdad ante la ley: consiste en sostener que la ley es lo mismo para todos, ya proteja, ya castigue, como dice el artículo 3o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La seguridad, a su vez, resulta de la cooperación de todos para asegurar los derechos de cada uno, de acuerdo al artículo 4o. de esa misma Declaración, lo que para Marx, expresa el hecho de que la sociedad existe sólo para garantizar a cada uno de sus miembros la preservación de sus derechos, su persona y su propiedad, por lo cual, en lugar de elevar a la sociedad por sobre el egoísmo, asegura la existencia misma del egoísmo. Ninguno de los derechos del hombre, entonces, va más allá del hombre egoísta, más allá del hombre como miembro de la sociedad civil; el ciudadano es el siervo del hombre, y la esfera comunitaria se degrada a un nivel inferior al de la esfera individual. La sociedad feudal fue remplazada por la sociedad que tenía al hombre como centro, pero se trataba —sin duda— del hombre egoísta.[19]

Como resultado, dice Marx, el hombre no se ha liberado de la religión, sino que recibió libertad religiosa; no se liberó de la propiedad, sino que recibió libertad para poseerla; no se liberó del egoísmo de los negocios, sino que recibió la libertad de hacer negocios.[20] Y esta situación, a su vez, es concebida como algo natural, de donde los derechos del hombre aparecen como derechos naturales. El hombre egoísta es el resultado de una socie-

---

17 Marx, Karl, *On the Jewish…*, *cit.*, pp. 22 y 23.

18 *Ibidem*, p. 23.

19 *Ibidem*, pp. 24 y 26.

20 *Ibidem*, p. 26.

dad que se ha disuelto, un objeto de certidumbre inmediata y —así— un objeto natural, puesto que la revolución política tornó la vida civil en sus partes componentes, sin revolucionar en cambio los componentes mismos, o someterlos a críticas. Consideró a la sociedad civil, al mundo de necesidades, trabajos e intereses privados, como la base de su existencia, como una precondición que no requería sustanciarse y —en consecuencia— como su base natural.[21] El egoísmo que existe en la sociedad civil es para Marx el obstáculo central para la emancipación.

La crítica a Bauer continúa, desde luego, en *La Sagrada Familia*, ahora con la colaboración de Engels. Marx repite allí su objeción central: Bauer confundió el Estado con la humanidad, los derechos del hombre con el hombre, y la emancipación política con la emancipación humana, lo que lo condujo —a su vez— a confundir los medios políticos para la emancipación con los medios humanos para ella. Bauer, de acuerdo con Marx, capturó sólo la esencia religiosa del judío, pero no la base real de su esencia religiosa, sin comprender que el judío real, y también el religioso, es producto del desarrollo del sistema monetario, lo cual exige entonces investigar la práctica comercial y la industrial. La abolición del judaísmo en la sociedad civil, para Marx, se obtendrá aboliendo la práctica capitalista, la cual culmina en el sistema monetario.[22]

Recapitulemos ahora. Bauer consideraba a la cuestión de la emancipación judía como un problema puramente religioso: si el Estado religioso se convertía en un Estado laico, la cuestión judía quedaba resuelta. Marx —en cambio— no pensaba que eliminar la religión del Estado fuera condición necesaria para resolver la cuestión judía, y recordaba que, al pasar del feudalismo al liberalismo, la libertad religiosa había contribuido a la solución del problema. Pero Marx criticaba también fervorosamente el contenido y el alcance de los derechos liberales. A esta altura del tema, él tenía a su disposición —entonces— tres alternativas.

La primera alternativa consistía en defender la idea de que, luego del otorgamiento de esos derechos liberales, ya no quedaba nada más por hacer. Robert Nozick, por ejemplo, hubiera compartido con gusto esta posición liberal clásica, defendiendo la idea del Estado mínimo,[23] pero supongo que no necesito recordar la enorme diferencia entre la idea nozickeana del Estado mínimo y la idea marxista de la desaparición del Estado. Es com-

---

[21] *Ibidem*, p. 27.

[22] Marx, Karl y Engels, Friedrich, *The Holy Family*, Moscú, Foreign Languages Publishing Hose, 1956, pp. 117, 118 y 148.

[23] Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.

pletamente ridículo imaginarse a Marx como un pensador satisfecho con el liberalismo clásico, a pesar de que él concedía que esta idea había representado un avance respecto del feudalismo, y también de la propia situación prusiana. Un avance, sin embargo, no es necesariamente un punto final.

La segunda alternativa consistía en permanecer dentro del liberalismo, pero pasando de ser un liberal clásico a ser un liberal igualitario. Veamos el alcance eventual de esta transformación. Ante todo, no creo que fuera necesario modificar el alcance de la libertad religiosa que Marx estudiaba, porque es el mismo concepto que repite el liberalismo contemporáneo. Los problemas se centran en los conceptos de libertad, en general, de la propiedad y de la igualdad.

Marx observaba correctamente que la libertad estaba concebida dentro de este libaralismo como el poder del individuo de actuar dentro de sus derechos. Esta es, claramente la concepción que Berlin caracterizaba como libertad negativa, como la libertad respecto de algo:[24] el derecho establecía un cerco a mi alrededor, dentro del cual no podía penetrar, ni el Estado, ni los demás individuos, so pena de ser ellos castigados por hacerlo.

En el pensamiento contemporáneo la idea de la libertad negativa carece de atractivos como objetivo último, puesto que la mayoría de los ciudadanos, si carecen de recursos, no pueden aprovecharla. Por eso mismo se la ha remplazado con la otra concepción que analizó Berlin, la idea de la libertad positiva. Ésta se interesa, en cambio, por el ejercicio de hecho de la libertad, lo cual requiere la reasignación de recursos, de modo que los ciudadanos puedan ejercer efectivamente su libertad. ¿De qué me serviría la posesión de la libertad negativa de transitar por el país si carezco de recursos para comprar siquiera el pasaje más barato? Pero, obviamente, esto no significa privar de todo valor a la libertad negativa, la cual sigue siendo una condición necesaria de la libertad positiva, aunque —por cierto— no sea una condición suficiente.[25]

Pasemos ahora a la propiedad. El liberalismo que describía Marx la entendía también de manera negativa: usar y disponer de la propiedad es algo que importa a aquellos que la poseen, pero poco pueden aprovecharla los desposeídos. El liberalismo contemporáneo se preocupa entonces por incrementar el acceso a la propiedad, lo cual, a su vez, incrementa el ejercicio de la libertad positiva.

---

[24] Berlin, Isaiah, "Dos conceptos sobre la libertad", en Quinton, Anthony (ed.), *Filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

[25] *Cfr*. Farrell, Martin D., "Libertad negativa y libertad positiva", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 2, 1989.

Por lo que hace a la igualdad, el liberalismo que Marx tenía en la mira la entiende como igualdad ante la ley, y esto —de manera notoria— es insuficiente para el liberalismo contemporáneo. Manteniendo la igualdad ante la ley, por supuesto, los liberales de hoy piensan la igualdad también en términos de igualdad de bienestar, o de igualdad de recursos, esto es, han pasado de una concepción formal a una concepción sustantiva de la igualdad, al tiempo de haber pasado también de una concepción formal a una concepción sustantiva de la igualdad de oportunidad.

Marx, entonces, podía haber optado por esta segunda alternativa, abogando por la transformación del liberalismo clásico en liberalismo igualitario. Manteniendo la libertad negativa, el Estado se hubiera preocupado también por la libertad positiva; manteniendo el uso y el goce de la propiedad, el Estado se hubiera preocupado también por extenderla; manteniendo la igualdad ante la ley, el Estado se hubiera preocupado asimismo por la igualdad de bienestar, o de recursos. Esta alternativa sin duda hubiera sido preferida por Marx a la primera alternativa, la de mantener el *statu quo*. La evolución se hubiera desarrollado entonces en estas etapas: Estado prusiano—liberalismo clásico—liberalismo igualitario. Pero sin duda Marx hubiera considerado todavía a este desarrollo como una opción en favor del hombre egoísta (aunque no puede negarse que hay rasgos liberales en los escritos del joven Marx.)

De hecho, Marx optó por la tercera alternativa, que es la que ahora paso a exponer. Para él, la emancipación política no es una forma de emancipación humana: es posible que el Estado sea un Estado libre sin que el hombre sea un hombre libre. El hombre se ha liberado sólo a través de un intermediario, y aunque se proclame ateo por medio del Estado —que es un Estado ateo— sigue estando bajo el poder de la religión, puesto que se reconoce a sí mismo sólo a través de ese intermediario. La religión se convierte así, en el espíritu de la sociedad civil, en la esfera del egoísmo, y la emancipación del Estado de la religión no equivale a la emancipación del hombre real de la religión.[26] La abolición de la religión parece presuponer la religión, y lo mismo ocurre con la propiedad: abolir el requisito de la propiedad para tener derecho a votar, como Marx reconoce que ocurría en Estados Unidos, de alguna manera se acerca a la abolición de la propiedad, pero en realidad la presupone.[27]

La conclusión de Marx es que la emancipación política no es la emancipación humana, y el reproche central que le dirige a Bauer es que confundió

[26] Marx, Karl, *On the Jewish…*, *cit.*, p. 20.

[27] *Ibidem*, pp. 12, 14 y 16.

el Estado con la humanidad, los derechos del hombre con el hombre mismo, y la emancipación política con la emancipación humana, concepto que Marx no explica aquí con claridad. Sólo cuando el hombre real reabsorba en sí mismo al ciudadano abstracto, y como individuo se convierta en un miembro de la especie, sólo cuando el hombre haya reconocido y organizado sus propios poderes como poderes sociales, y no separe de sí mismo el poder social, sólo entonces se habrá obtenido la emancipación humana.[28] Para Marx, un punto de vista de la naturaleza que se obtenga bajo la dominación de la propiedad privada y del dinero es una muestra de desprecio por la naturaleza.[29] Por lo que una manera de describir la tarea de Marx es recordar que él pretendía separar la cuestión de la emancipación de la cuestión judía, revelando la irrelevancia de la descripción antisemita del judaísmo, y reconociendo la humanidad de todos los seres humanos, incluyendo los judíos.[30]

Lo que Marx le reprocha al cristianismo es el haber convertido todas las condiciones naturales y morales en algo extrínseco al hombre, separando a la sociedad civil de la vida del Estado y remplazando a los lazos de la especie por el egoísmo, al tiempo de convertir al mundo humano en un mundo de individuos atomistas, opuestos los unos a los otros.[31]

En *La Sagrada Familia* Marx vuelve a describir la etapa transicional, y lo hace de esta forma: el Estado moderno no se basa en una sociedad de privilegios, sino en una sociedad en la cual los privilegios se han abolido. Ningún privilegio excluyente se opone a otro: la industria y el comercio libre han abolido la exclusividad de los privilegios, y la lucha entre esos privilegios, por lo que en su lugar aparece el hombre, libre de esos privilegios. Pero enseguida Marx critica esta etapa transicional. Ella produce —observa— la lucha universal del hombre con el hombre, del individuo contra el individuo. La apariencia de libertad —en la forma de libertad de movimiento, de adquirir propiedad e industria, o de practicar la religión— es en realidad el perfeccionamiento de la esclavitud y de la inhumanidad, donde el derecho ocupó el lugar del privilegio.[32]

El panorama final, entonces, debe describirse nuevamente en términos de tres etapas. La primera etapa, o etapa inicial, es el Estado prusiano, con los judíos impedidos de ejercer funciones en él, por razones religiosas. La

---

[28] *Ibidem*, pp. 20, 27 y 32.

[29] *Ibidem*, p. 32.

[30] Fine, Robert, "Reading Marx on the Jewish Question", en Stoetzler, Marcel (ed.), *Antisemitism and the Constitution of Sociology*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2014, pp. 147, 150 y 154.

[31] Marx, Karl, *On the Jewish…*, *cit.*, pp. 33.

[32] Marx, Karl y Engels, Friedrich, *The Holy…*, *cit.*, pp.156 y 157.

segunda etapa, o etapa intermedia, es la de los derechos del liberalismo clásico consagrados en Francia, el derecho a la libertad, incluida la religiosa, el derecho de propiedad y el derecho a la igualdad, con los alcances que ya hemos visto. Es cierto que hubiera sido posible permanecer en este estadio, pero había opciones más atractivas. La tercera etapa, no me animo a llamarla final, podría haber sido el liberalismo igualitario, pero Marx optó, como todos sabemos, por la perspectiva radical de la abolición del dinero y la propiedad privada. Tenemos en suma lo siguiente: Estado prusiano—liberalismo clásico—revolución radicalizada.

Pero lo que me interesa mostrar es que la etapa intermedia, dentro de este proceso, esto es, la etapa que Marx considera un progreso respecto de la etapa inicial, es una etapa que no carece de atractivos en sí misma y que posee, además, la potencialidad de poder extenderse naturalmente hacia perspectivas todavía de mayor atracción (todo esto, desde luego, visto desde una posición liberal.) Es de alguna manera tolerable permanecer aquí en la etapa intermedia, en la situación transaccional, y ella puede conducir incluso a una etapa posterior más atractiva, dejando atrás al liberalismo clásico y adoptando el liberalismo igualitario. (No necesito remarcar —obviamente— que Marx pensaba lo contrario: él prefería sin duda la etapa intermedia de *La Crítica del Programa de Gotha* a la etapa intermedia de *La cuestión Judía*, como en seguida veremos.) A continuación expongo el contraste con la etapa intermedia que aparece en la *Crítica del Programa de Gotha*. Allí, como es bien sabido, el contrincante es Lassalle.

III. Ferdinand Lassalle y *La Crítica del Programa de Gotha*

Ferdinand Lassalle era un intelectual y político socialista que coincidía con Marx respecto de las virtudes de la propiedad colectiva, pero discrepaba de él respecto de la forma de alcanzarla. Lassalle coincidía con Marx acerca de los defectos que poseían los derechos concedidos en Francia a los ciudadanos, pero discrepaba de él respecto de los remedios necesarios. La libertad de prensa, por ejemplo, dice Lassalle, existía sólo para aquellos escritores que poseyeran medios de subsistencia, porque el capitalismo sólo garantizaba al individuo el ejercicio sin trabas de sus facultades. Desde luego que si todos fuéramos igualmente fuertes, sabios, educados y ricos, esto sería suficiente, pero puesto que no lo somos, este tipo de derechos conduce a una gran inmoralidad,[33] de donde Lassalle sugería suplementarlos con la

[33] Lassalle, Ferdinand, "The Workingmen's Programme", en Krancke, Kuno (ed.), *The German Classics of the Nineteenth and Twentieth Century*, Filiquarian Publishing, vol. 10, 2007, p. 268.

solidaridad de intereses, la consideración mutua y la ayuda mutua. De lo contrario, el principio sólo garantizaba la persecución sin obstáculos de los objetivos individuales, y su consecuencia resultaría en la explotación del débil por el fuerte.[34] El propósito del Estado, entonces, no consiste simplemente en proteger la libertad personal y la propiedad del individuo, sino colocar a los individuos en posición de obtener objetos, de alcanzar una condición de existencia a la que sería imposible de llegar de manera individual, de obtener un nivel de riqueza, poder y libertad que sería imposible para ellos simplemente como individuos,[35] o, en otras palabras, en alentar el desarrollo progresivo de la vida humana.[36] Para decirlo brevemente: Lassalle exigía pasar de la libertad negativa a la libertad positiva.

Una de las preocupaciones centrales de Lassalle la constituía la relación de fuerzas que existía en la comunidad y su influencia en la Constitución. Los militares que obedecían al rey eran parte de la Constitución, porque eran parte del poder real, así como lo era la influencia de la nobleza en el rey, y la de los banqueros. La Constitución escrita, entonces, debía coincidir con esa relación de fuerzas, puesto que si no lo hacía se convertía en un simple pedazo de papel.[37] Y el interés de Lassalle en el sufragio general y directo —como veremos— residía en el hecho de que pensaba que la relación de fuerzas estaba cambiando en la sociedad.

Lassalle había fundado la Asociación General de Trabajadores Alemanes en 1863, y en 1869 se fundó el Partido Social Demócrata de los Trabajadores, de orientación marxista.[38] En el congreso realizado en conjunto en 1875 se formuló lo que fue conocido como el Programa de Gotha, el cual, puesto que se trata de un texto breve, prefiero reproducir íntegramente. Sancionado en mayo de 1875, entonces, dice así:

> I. El trabajo es la fuente de toda riqueza y de toda cultura, y puesto que la producción universal de trabajo es posible sólo a través de la sociedad; en consecuencia a la sociedad, esto es a todos sus miembros, pertenece el producto colectivo del trabajo. Con la obligación universal de trabajar, de acuerdo a una justicia igual, cada uno debería poseer en proporción a sus necesidades razonables.

---

[34] Lassalle, Ferdinand, "Science and the Workingman", en Francke, Kuno (ed.), *The German...*, *cit.*, vol. 10, p. 289.

[35] Lassalle, Ferdinand, "The Workingmen's…", *cit.*, p. 273.

[36] Lassalle, Ferdinand, "Science and…", *cit.*, p. 290.

[37] Lassalle, Ferdinand, "On the Essence of Constitutions", *Fourth International*, Nueva York, vol. 3, núm. 1, 1942, pp. 25-31.

[38] *Cfr. German History in Documents and Images*, Forging an Empire, Bismarckian Germany, vol. 4, 1866-1890.

En la sociedad actual los medios de trabajo son el monopolio de la clase capitalista; la servidumbre de la clase obrera, que es el resultado de esto, es la causa de la miseria y de la esclavitud en todas sus formas.

La liberación del trabajo requiere la transformación de los medios de producción en la propiedad común de la sociedad, y en la regulación asociativa del trabajo colectivo con el empleo general y la distribución justa de los resultados del trabajo.

La emancipación del trabajo debe ser obra de la clase trabajadora, opuestas a la cual todas las otras clases sólo son un cuerpo reaccionario.

II. Procediendo a partir de este principio el Partido Socialista de los Trabajadores de Alemania busca a través de todos los medios legales el Estado libre y la sociedad socialista, la destrucción de la ley de hierro de los salarios, el derrocamiento de la explotación en todas sus formas y la abolición de toda desigualdad social y política.

El Partido Socialista de los Trabajadores de Alemania, aunque opera principalmente dentro de las fronteras nacionales, es consciente del carácter internacional del movimiento obrero y está dispuesto a cumplir todo deber que recaiga en los trabajadores para lograr la hermandad de la humanidad.

El Partido Socialista de los Trabajadores de Alemania requiere como una etapa para la solución de la cuestión social la erección, con la ayuda del Estado, de establecimientos socialistas de producción bajo el control democrático de los trabajadores. Estos establecimientos productivos deben colocar a la industria y a la agricultura en relaciones tales que de ellas pueda surgir la organización socialista del todo.

El Partido Socialista de los Trabajadores de Alemania requiere como el fundamento del Estado:

1. Sufragio universal, directo e igual, en secreto, con voto obligatorio para todos los ciudadanos en todas las elecciones del Estado o de la comunidad.
2. Legislación directa por el pueblo. Decisión acerca de la paz o guerra por el pueblo.
3. Derecho común de portar armas. Milicia en lugar de ejército regular.
4. Abolición de todas las leyes de excepción, en especial todas las leyes que restringen la libertad de prensa, de asociación y de reunión; sobre todo, todas las leyes que restringen la libertad de la opinión pública, de pensamiento y de investigación.
5. Juicio legal a través del pueblo. Administración gratuita del derecho.
6. Educación popular universal e igual por parte del Estado. Educación universal obligatoria. Instrucción libre en todas las formas del arte. Declaración de que la religión es una cuestión privada.

El Partido Socialista de los Trabajadores de Alemania requiere de la presente sociedad:

1. La máxima expansión posible de los derechos políticos y de la libertad, de acuerdo a las siguientes demandas.
2. Un impuesto a la ganancia progresivo para el Estado y las municipalidades en lugar de aquellos existentes, especialmente en lugar del impuesto indirecto que recae sobre el pueblo.
3. Derecho irrestricto de combinación.
4. Reducción de la jornada laboral de acuerdo a las necesidades de la sociedad. Abolición del trabajo dominical.
5. Abolición del trabajo infantil y de todo trabajo femenino dañino para la salud y la moral.
6. Leyes protectoras de la vida y salud del trabajador. Control sanitario de las casas de los trabajadores. Supervisión de las minas, fábricas, talleres e industrias manuales por un funcionario elegido por el pueblo. Una ley efectiva de imposición.
7. Regulación del trabajo carcelario.
8. Completa autonomía en el manejo por parte de todos los trabajadores de los fondos de beneficio fraternal y mutuo.

Adviértase que, en una primera etapa, el programa contempla un periodo transicional, en el cual coexiste la propiedad privada, ya no monopólica, con establecimientos socialistas de producción. La etapa definitiva es aquella en la cual los medios de producción serán propiedad común de la sociedad, y se llegará a esa etapa mediante la repetida aplicación del procedimiento del sufragio universal. De la misma manera, la idea de Lassalle contempla también un periodo transicional. Él parte del capitalismo prusiano como periodo inicial, de donde pasa al periodo socialista (con derechos liberales) el cual mantiene restos de propiedad privada, y concluye en la etapa final con el socialismo (con derechos liberales) sin propiedad privada. Cada paso conduce al siguiente de un modo legal: como dice Lassalle, "toda clase en la sociedad tiene la libertad de luchar por el control del Estado, en tanto que no busque realizar su propósito por medios ilegales".[39]

Ese es el Programa, entonces, ¿qué se puede decir de él desde el punto de vista liberal? Ante todo, un liberal contemporáneo elogiaría el intento de abolir las desigualdades sociales y económicas, así como la propuesta democrática del sufragio universal, directo e igual, aunque objetaría que el voto fuera obligatorio. También apoyaría sin restricciones la abolición de las leyes que restringen la libertad de prensa, asociación y reunión, así como la li-

[39] Lassalle, Ferdinand, "Science and…", *cit.*, p. 311.

bertad de pensamiento y de la opinión pública, así como la expansión de los derechos políticos. Coincidiría en que la religión es una cuestión privada y —siendo un partidario de la igualdad sustantiva de oportunidades— aplaudiría la idea de una educación universal e igualitaria. Los liberales polemizarían entre ellos acerca de la reducción obligatoria de la jornada laboral: algunos dirían que se trata de una medida paternalista, mientras que otros recordarían —en cambio— que el caso *Lochner* fue una vergüenza para la jurisprudencia de los Estados Unidos. Pero todos ellos alentarían la sanción de leyes protectoras de la vida y salud del trabajador, aunque acerca de la abolición del trabajo femenino contrario a la salud y a la moral dirían que la medida debe aplicarse sin distinción de sexo. Éstas serían las reflexiones liberales contemporáneas acerca de la parte política del Programa. Sobre la parte económica, los liberales recordarían sin duda la idea de Rawls respecto de la compatibilidad de los principios liberales, tanto con el capitalismo cuanto con el socialismo.[40]

¿Y qué diría el Marx de *La cuestión judía*, el Marx de 1843, de este Programa? Hay muchas cosas que no podría decir. No podría decir, por ejemplo, que el Programa propone una libertad negativa, puesto que hay en él un énfasis importante acerca de las ventajas de la propiedad colectiva. Tampoco, atento a las características económicas del Programa, podría decir que la igualdad se limita a la igualdad ante la ley, y la mención de fondos de beneficio fraternal y mutuos le impediría afirmar que la seguridad no es nada más que la consagración del egoísmo. Es difícil, por otra parte, que quisiera cuestionar la propiedad colectiva de los medios de producción, de donde, de haber criticado algo, se hubiera encontrado en la incómoda posición de tener que criticar su aspecto democrático.

Este aspecto democrático, por otra parte, era una antigua idea de Lassalle, quien —en una carta abierta escrita en 1863— dijo que:

> la clase trabajadora necesita constituirse a sí misma en un partido político independiente, y convertir al sufragio universal, igual y directo en su clave principal y bandera del partido. La representación de la clase trabajadora en los cuerpos legislativos de Alemania sólo esto es lo que puede satisfacer sus legítimos intereses en términos políticos. Introducir una agitación legal y pacífica hacia ese fin con todos los recursos legales, éste es y debe ser el programa del partido de los trabajadores en términos políticos.[41]

---

40 Cita de Rawls.

41 *Cfr. German History*…, *cit.*, vol. 3, From Vormärz to Prussian Dominance.

La "agitación legal y pacífica" fue siempre una de las características distintivas de Lassalle. Como advierte Brandes, nunca empleó una frase inflamatoria o ilegal, así como tampoco su plan de acción estaba en conflicto con el sistema constitucional de la Prusia monárquica.[42]

Lasssalle siempre insistió en que el defecto central de la burguesía consistía en la restricción del sufragio, y en que si se cumplía el requisito de las elecciones libres y abiertas, la riqueza acumulada por los capitalistas era "inofensiva, inviolable, y perfectamente legal".[43] Él vinculaba este tema con la denominada "ley de hierro de los salarios": el salario promedio permanece en el punto menor que garantiza la subsistencia del trabajador, y propaga la raza a la tasa considerada aceptable por la sociedad; el salario no puede caer por debajo de lo que es necesario para la subsistencia y la reproducción porque produciría como consecuencia el celibato y la emigración. Para eliminar esa ley Lassalle pensaba que los trabajadores deberían ser sus propios empleadores, de donde desaparecería la distinción entre salario y ganancia. Para lograr este objetivo, los trabajadores debían recibir ayuda del Estado, porque "esta es exactamente la tarea y el destino del Estado facilitar y proporcionar los medios para el gran progreso cultural de la humanidad". ¿Y cómo estaría el Estado capacitado para intervenir? La respuesta era evidente para Lassalle: sólo a través del sufragio directo y universal, en el cual estarían basados los cuerpos legislativos del Estado.[44] Lassalle era terminante en su consejo a los trabajadores: "No miren a la derecha ni a la izquierda; sean sordos a todo aquello que no signifique sufragio universal y directo, a todo lo que no esté conectado con él, o sea capaz de conducir a él".[45]

Doce años después estas palabras encontraban su eco en el Programa de Gotha.

¿Y qué dijo —de hecho— el Marx de 1875. Respecto de las ideas de Lassalle? Ante todo, voy a posponer para más adelante sus objeciones económicas al Programa, puesto que ellas no constituyen el objetivo central de este trabajo. Respecto del periodo transicional, una de las preocupaciones de Marx consistía en que la sociedad comunista no se desarrollaba a partir de sus propios fundamentos, sino que emergía de la sociedad capitalista, con muchos de sus rasgos estampados en ella. Pero, ¿qué transformaciones experimentaría el Estado en la sociedad comunista? ¿Qué funciones del Estado

---

[42] Brandes, Georg, *Ferdinand Lassalle*, Nueva York, The MacMillan Company, 1911, pp. 188 y 189.

[43] Lassalle, Ferdinand, "Science and…", *cit.*, p. 305.

[44] Lassalle, Ferdinand, "Open Letter to the Central Comitee", en Francke, Kuno (ed.), *The German...*, *cit.*, vol. 10, pp. 322, 326, 328 y 332.

[45] *Ibidem*, p. 333.

continuarían existiendo? Marx advertía que entre la sociedad capitalista y la comunista aparecía un periodo de transformación revolucionaria, así como un periodo de transición política, que adoptaba la forma de la dictadura del proletariado. Marx desdeñaba, entonces, todas las recetas democráticas de Lassalle para la transición, incluyendo el sufragio universal, la legislación directa y la justicia popular. Y continuaba su crítica a los derechos liberales, en este caso la libertad de conciencia, que caracterizaba como la tolerancia de todas las formas religiosas posibles de libertad de conciencia.[46] Lenin fue luego igualmente cáustico con la libertad, cuando dijo que "los capitalistas siempre han llamado 'libertad' a la libertad de hacer dinero para los ricos, y la libertad de morirse de hambre para los pobres".[47]

Los seguidores de Marx reprodujeron sus críticas al Programa. Engels, por ejemplo, reprochó a Lassalle el carácter "puramente democrático" de sus requerimientos,[48] los que calificó de "vulgares",[49] al tiempo de describir a Lassalle como un "específicamente vulgar demócrata prusiano".[50] Lenin, por su parte, hablaba de "dominar a los adversarios por la fuerza" durante el periodo revolucionario transicional, utilizando para ello no una fuerza represiva especial sino a toda la población. De modo que la transición de la sociedad capitalista a la comunista es imposible para el marxismo sin un periodo de transición política, que sólo puede darse a través de la dictadura revolucionaria del proletariado.[51]

Por supuesto que Marx y Engels habían anticipado el carácter violento de la transición en *El Manifiesto Comunista*, cuando dijeron que

> Al describir las fases más generales del desarrollo del proletariado, hemos esbozado la más o menos encubierta guerra civil librada dentro de la sociedad existente, hasta el punto en que la guerra se convierte en revolución abierta, y en donde en el violento derrocamiento de la burguesía yace el fundamento del poder para el proletariado.[52]

---

[46] Marx, Karl, *Critique of the Gotha Program*, Nueva York, International Publishers, 2009, pp. 8, 18 y 21.

[47] Lenin, Vladimir Ilych, "Defense of the Dictatorship of the Proletariat", discurso pronunciado en 1919, McGraw-Hill Companion, p. 2.

[48] Carta de Frederick Engels a August Bebel, *Critique of the…*, *cit.*, p. 31.

[49] *Ibidem*, p. 36.

[50] *Ibidem*, p. 43.

[51] Lenin, "The State and the Revolution", *Critique of the…*, *cit.*, pp. 67, 69 y 72.

[52] Marx, Karl y Engels, Frederick, *Manifesto of the Communist,* febrero de1848, Moscú, Progress Publishers, 1969, sección I.

Y repitieron la misma advertencia cuando se refirieron a la utilización de la supremacía política del proletariado para privar a los burgueses de su capital y centralizar todos los instrumentos de producción en las manos del Estado: "Al comienzo, desde luego, esto no puede ser efectuado sin incursiones despóticas en los derechos de propiedad y en las condiciones burguesas de producción".[53]

Sin que aparezca expresamente el término, entonces, esto —como observa Lenin— equivale a la dictadura del proletariado. Marx creía también que los trabajadores debían estar armados y organizados, bajo la forma de una guardia proletaria, con comandantes elegidos por los proletarios, y cuyas armas y municiones no debían entregarse bajo ningún pretexto, puesto que ellos no debían dejarse engañar por la charla democrática acerca del autogobierno y de la libertad para las comunidades.[54]

Hay dos perspectivas desde las que puede hablarse de la violencia en esta etapa transicional, las que pienso que deben mencionarse, aunque no me detendré en ellas porque no constituyen mi propósito central. De acuerdo a la primera perspectiva, los burgueses merecen la violencia de la que son objeto, al resistir las pretensiones de los proletarios, de donde, desde esta perspectiva, la violencia proletaria está justificada. De acuerdo a la segunda perspectiva, la violencia es un fenómeno históricamente necesario, un proceso natural, el que está entonces más allá de cualquier censura moral.[55] Desde luego que si la segunda perspectiva es la correcta —lo que yo disto de creer— entonces la posición de Lassalle sería imposible de defender, puesto que iría a contramano de la historia.

Marx podría haber pensado tres cosas frente a estas dos perspectivas, pues: *a)* que la democracia lassalleana era viable, pero demasiado buena para los burgueses, de donde *b)* los burgueses merecían la violencia de la dictadura del proletariado; como también podría haber pensado *c)* que no había nada para elegir, porque la dictadura del proletariado era inevitable.

¿Cuál es el papel de la democracia en todo esto, en definitiva? Lenin recuerda que en la sociedad capitalista existe la democracia, pero restringida por la estructura de la explotación capitalista, lo que la convierte en una democracia para la minoría, en una democracia para ricos. Los pobres están excluidos de tomar parte activa en esa democracia, y el desarrollo hacia el comunismo únicamente puede proceder a través de la dictadura del proleta-

---

[53] *Ibidem*, sección II.

[54] Marx, Karl, "Address to the Communist League", 1850, en McLellan, David (ed.), *Karl Marx. Selected Writings*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 308-310.

[55] *Cfr*. Finlay, Christopher J., *Violence and Revolutionary Subjectivity. Marx to Zizek*, Dublín, UCD Geary Institute, 2006, pp. 7-9.

riado, debido a que de otra forma no podría quebrarse la resistencia capitalista. La dictadura del proletariado impondrá así una serie de restricciones a la libertad de los opresores y de los explotadores, al tiempo de extender por primera vez la democracia a los pobres. Sólo en la sociedad comunista, con la resistencia capitalista totalmente quebrada, será posible la democracia sin excepciones. La dictadura del proletariado, entonces, de acuerdo a Lenin, creará por vez primera la democracia para el pueblo, conjuntamente con la necesaria supresión de la minoría explotadora. La supresión obviamente no iba a efectuarse de manera pacífica si atendemos a las palabras elegidas por Lenin para describirla: "destrozar, reducir a átomos, borrar de la faz de la tierra" a los burgueses.[56]

Curiosamente, Lenin recurre a un argumento democrático para defender a la dictadura del proletariado: la dictadura de los burgueses es la dictadura de una minoría contra una mayoría abrumadora, la de los trabajadores, mientras que la dictadura del proletariado es la supresión forzosa de una minoría insignificante de la población.[57] Luego me referiré a este argumento desde la perspectiva liberal.

Supresión, destrozo, reducción a átomos… ¿cuánto va a durar este periodo turbulento? Lenin es muy poco tranquilizador al respecto. Claramente, dice, no es cuestión de definir el momento exacto de la desaparición del Estado, "en especial porque debe ser obviamente un proceso bastante largo". Largo, pues, pero —al menos— inevitable, podríamos pensar. No tan rápido: Lenin advierte en seguida que ésta sería una reflexión ignorante, puesto que "nunca ha entrado en la cabeza de ningún socialista el 'prometer' que arribará la fase superior del desarrollo del comunismo",[58] y tampoco "nadie ha prometido, o siquiera pensado en "introducir", porque, hablando en general, no puede ser «introducida»".[59]

Marx, en cambio, se permitió esbozar un plazo cuando dijo que los trabajadores tenían un periodo de "15, 20, 50 años de guerra civil para sobrellevar para cambiar la sociedad y entrenarse a sí mismos para el ejercicio del poder político".[60]

Un periodo dictatorial violento y largo, entonces, sin siquiera garantías de ver su final, como ocurrió en la Unión Soviética después de 70 años de intentarlo (es de suponer que de buena fe). Esto es lo que promete Marx

---

56 Lenin, Vladimir Ilych "The State and the Revolution", *Critique of the…*, *cit.*, pp. 73-76 y 85.

57 Lenin, Vladimir Ilych, "Defense of the…", *cit.*, p. 3.

58 Lenin, "The State and the Revolution", *Critique of the…*, *cit.*, p. 82.

59 *Ibidem*, p. 83.

60 Marx, Karl, "Speech to the Central Committee of the Communist League", 1850, en McLellan, David (ed.), *Karl Marx…*, *cit.*, p. 326.

como transición. A diferencia de la etapa transicional de *La cuestión judía*, aquí la etapa intermedia es poco atractiva y tranquilizadora (recuerdo que siempre estoy hablando desde el punto de vista liberal.) No es tolerable permanecer indefinidamente bajo una dictadura, y tampoco se abre luego una etapa viable —no utópica— que resulte más atractiva. Comparemos nuevamente ambas situaciones.

En *La cuestión judía* tenemos esta secuencia:

liberalismo igualitario
Estado prusiano—liberalismo clásico
revolución radicalizada

En *La Crítica del Programa de Gotha*, en cambio, tenemos esta secuencia:

capitalismo—dictadura del proletariado—etapa superior del comunismo

En ambos casos las dos primeras etapas son reales y las hemos podido comprobar. En *La cuestión judía* la etapa intermedia es tolerable y puede conducir a una tercera —el liberalismo igualitario— también real y tolerable. En *La Crítica del Programa de Gotha* la etapa intermedia es drástica y brutal, y conduce sólo a una tercera etapa, sin opción alguna, etapa que hasta ahora nada más podemos considerar utópica. No es extraño que *La cuestión judía* resulte más atractiva que *La Crítica del Programa de Gotha* (al menos para un liberal).

Hay que advertir también otra desemejanza entre los modelos en análisis, puesto que la inevitabilidad del periodo intermedio de violencia es un rasgo que sólo aparece después de *La cuestión judía*. Porque allí, el liberalismo clásico es ciertamente capitalista y, sin embargo, se pasa de él a la radicalización sin ningún otro periodo intermedio. La desemejanza entre los modelos, pues, resulta más acentuada.

Voy a considerar ahora una posible objeción a este punto de vista. ¿Qué importancia puede tener jerarquizar las propuestas marxistas desde una perspectiva tan diferente como la liberal? La respuesta no es complicada. Hay dos maneras de examinar una teoría, y consisten en someterla a una crítica interna o a una crítica externa. Desde el punto de vista de la crítica interna, muchos de los aportes centrales de Marx aparecen, o se explicitan, a medida que se desarrolla académicamente su teoría, de donde los escritos posteriores son más ricos que los primeros, y de donde —en consecuencia— tiene más riqueza teórica *La Crítica del Programa de Gotha* que *La cuestión judía*. Todo esto me parece innegable.

Pero también se puede someter a una teoría a la crítica externa, y en este caso es lícito elegir la perspectiva externa desde la cual se la va a analizar, y yo he elegido la perspectiva liberal; y no hay ningún defecto en ello, en la medida en que la perspectiva se haga explícita.

IV. Conclusión

Por supuesto que hay mucho más para decir acerca de los dos temas que he considerado aquí, y quiero proporcionar algunos ejemplos de ello.

La posición marxista acerca de la cuestión judía no es unívoca; en rigor, los marxistas no creen que la emancipación judía pueda producirse bajo el capitalismo, y piensan que el problema de los judíos sólo podrá resolverse bajo el socialismo. Los menos ortodoxos reconocen que no es necesario que la religión desaparezca bajo el comunismo, y están dispuestos a aceptar las prácticas religiosas judías.[61]

Algunos, como Trotsky, están dispuestos a conceder territorio a los judíos. Aunque reconoce que la cuestión judía nunca ocupó el centro de su atención, y que no tiene ni tiempo ni deseo de meditar sobre la eventual asimilación de los judíos; en su caso, Trotsky se opone al sionismo que invoca bases capitalistas, mismas que él considera podridas y dominadas por el capitalismo británico. Pero acepta que un gobierno de los trabajadores puede proporcionar a los judíos un territorio separado, para su desarrollo y autoadministración. Y si esto implicara la necesidad de grandes migraciones, hace notar que se trataría en todo caso de migraciones libremente consentidas, o incluso exigidas, por diversas nacionalidades. Ningún pensamiento progresista individual, dice, objetará que la Unión Soviética designe un territorio especial para aquellos de sus ciudadanos que se sientan judíos, y deseen vivir en una masa compacta. Él —como Marx— pensaba que la emancipación de los judíos no podía ser resuelta dentro de la estructura del capitalismo, y que el callejón sin salida del sionismo estaba ligado al callejón sin salida del capitalismo.[62] Pero hay, a su vez, quienes piensan que Marx identificó a los judíos con los capitalistas, resaltando el rasgo de la acumulación de capital por parte de los judíos,[63] y que se malinterpreta *La*

---

[61] Ruben, David, "Marxism and the Jewish Question", *The Socialist Register*, Gales, 1982, pp. 230 y 231.

[62] Trotsky, León, *On the Jewish Question*, Nueva York, Pathfinder Press, 1970, pp. 25, 26, 29, 40 y 41.

[63] Blanchard, William H., "Karl Marx and the Jewish Question", *Political Psychology*, Carolina del Norte, vol. 5, núm. 3, 1984, pp. 369 y 371.

cuestión judía si se omite la relación de Marx con el judaísmo y su chocante antisemitismo.[64]

Lenin, a su vez, pensaba que los judíos debían asimilarse a la mayoría de la población, asimilación que debía ser adoptada, y realizarse voluntariamente, garantizando los derechos políticos de los grupos minoritarios, incluso el derecho a conducir sus actividades culturales y educativas en su propio lenguaje; él argumentaba —asimismo— que los judíos habían sido sometidos al proceso de asimilación más temprano que otras culturas. En consecuencia, la idea de que los judíos formaran una nación separada era científicamente insostenible y políticamente reaccionaria.[65] Y una de las pocas cosas en la que no discreparon Lenin y Kautsky fue en el tema de asimilación, como lo comprueba este párrafo del segundo de ellos: "No podremos decir que hemos emergido completamente de la Edad Media en tanto exista todavía el judaísmo entre nosotros. Cuanto más rápido desaparezca, mejor será, no sólo para la sociedad, sino también para los judíos mismos".[66]

Kautsky pensaba que la asimilación constituía un desarrollo positivo, tanto para los judíos cuanto para sus vecinos, y esto es lo que explica su oposición al sionismo: él creía que el sionismo socavaba el interés del proletariado judío en trabajar para una revolución socialista. Estaba obviamente en contra de la asimilación forzada, y sostenía que solo después de que los judíos hubieran obtenido la libertad de desarrollar su cultura, y fueran tratados como las demás personas, sería posible la asimilación.[67]

Los marxistas ortodoxos como Leon, por su parte, sostienen que la cuestión judía sólo puede estudiarse a partir del rol económico desempeñado por los judíos; la religión no desempeña ningún papel para explicar al "judío real", el cual se explica en virtud de su papel social y económico. Según describe Leon, el judaísmo fue un factor indispensable en la sociedad precapitalista, y la cuestión judía aparece con el capitalismo moderno, el cual destruyó la base secular para la existencia del judaísmo. Piensa, por lo tanto, que no hay solución para la cuestión judía bajo el capitalismo, puesto que a menos que se eliminen sus causas profundas, los efectos no pueden ser eliminados: lo que se requiere es la destrucción del capitalismo. Eliminado el yugo capitalista, dice Leon, los judíos serán capaces de hacer una contribución importante al nuevo mundo, y el socialismo les dará la opción

---

[64] Fishman, Dennis, "The Jewish…", *cit.*, p. 756.

[65] Pelev, Yoav, "Lenin on the Jewish Question: the Theoretical Setting", *Political Studies*, California, vol. XXXV, 1987, pp. 65-67.

[66] Kautsky, Karl, *Are the Jews…*, *cit.*, p. 234.

[67] Jacobs, Jack, *On Socialists and "The Jewish Question" After Marx*, Nueva York, University Press, 1992, pp. 19-21 y 32.

de asimilarse o de llevar una vida nacional especial.[68] Dicho esto, es bueno recordar —sin embargo— que Leon nunca se propuso discutir el ensayo original de Marx.[69]

Pero otros autores, por el contrario, creen que el desarrollo de la idea del materialismo histórico en Marx es posterior a la aparición de *La Cuestión Judía*,[70] de donde las ideas de Leon no podrían utilizarse para interpretar al Marx de esa época, aunque creo que podría argumentarse que son aptas para analizar *La Sagrada Familia*. Pero estos no fueron mis temas.

En lo que hace al Programa de Gotha, las propuestas económicas de Lassalle fueron rechazadas enfáticamente por los marxistas. Como he dicho, Lassalle postulaba la existencia de la ley de hierro de los salarios, mientras que Engels pensaba que las leyes que gobernaban los salarios eran muy elásticas.[71] Y hay autores como Brandes que, sin objetar específicamente la ley, cuestionan las conclusiones "exageradas y carentes de garantías" que Lassalle extrae de ella.[72]

Lenin, a su vez, distinguía entre la democracia de los ricos y la democracia de los pobres y me parece que hay aquí dos errores. La democracia de una minoría es algo contradictorio, ya que por definición la democracia es el gobierno de la mayoría. De donde si una minoría capitalista gobierna a una mayoría proletaria, en contra de su voluntad, ese no sería un gobierno democrático. Y Lassalle pedía —precisamente— democracia. Por otra parte, si los proletarios son mayoría, su gobierno puede ser democrático pero esto no lo exime de críticas desde la perspectiva liberal. Justamente los derechos liberales están diseñados para la protección de las minorías, y durante el periodo transicional de la dictadura del proletariado, la minoría está privada de todo derecho, sin especificación de plazo, plazo que podría durar indefinidamente, como hemos visto.

También sostenía Lenin que el programa marxista no era utópico, que Marx no acariciaba utopías.[73] Sin embargo, cuando Marx hablaba del "surgimiento más abundante de la riqueza cooperativa", sugiere como uno de los medios para ello eliminar la división del trabajo,[74] y esto es —además de

---

68 Leon, Abram, *The Jewish Question*, Nueva York, Pathfinder Press, 1971, caps. 1 y 8.

69 *Cfr*. Rose, John, "Karl Marx, Abram Leon and the Jewish Question: a reappraisal", *International Socialism*, núm. 119.

70 Herpen, Marcel van, "Marx and Human Rights. Analysis of an Ambivalent Relationship", *Cicero Foundation Great Debate Paper*, París-Maastritch, 2012, p. 14.

71 Carta de Frederick Engels a August Bebel, *Critique of the…*, *cit*., p. 29.

72 Brandes, Georg, *Ferdinand…*, *cit*., p. 168.

73 Lenin, "The State and the Revolution", *Critique of the…*, *cit*., p. 77.

74 Marx, Karl, *Critique of the…*, *cit*., p.10.

extraño— utópico. De un modo mas sobrio y realista, Adam Smith mostró al comienzo de *La riqueza de la naciones* el efecto multiplicador de la división del trabajo en la cantidad de bienes producidos.[75]

No todas las objeciones a Lassalle se basaban en hechos inexactos. Marx, por ejemplo, observó que Lassalle concebía al movimiento de los trabajadores desde un estrecho punto de vista nacional, en contraposición con el internacionalismo marxista.[76] Esto es indudablemente cierto. Como señala Brandes, mientras Marx tenía el mundo entero frente a sus ojos, Lassalle estaba interesado sólo en Alemania, o —aún más específicamente— en Prusia (aunque el Programa de Gotha reconozca el carácter internacional del movimiento obrero).[77] Pero estos tampoco fueron mis temas.

Lo que he tratado de mostrar —entonces— puede reducirse a cuatro cosas. La primera —obviamente— es ejemplificar el conflicto siempre latente entre libertad e igualdad, y examinar algunas formas posibles de resolverlo. La segunda consiste en exhibir los rasgos similares que aparecen en los dos escritos de Marx. En ambos casos, nos encontramos con una situación inicial inaceptable, la que es remplazada transitoriamente por otra considerada mejor, hasta que se alcance la tercera etapa, que es la etapa definitiva y resulta superior a las dos primeras. Y, también en ambos casos, las dos primeras etapas son ejemplos tomados de la vida real, mientras que la tercera etapa es un ideal propuesto por Marx, nunca alcanzado en la realidad. En los dos casos Marx concluyó proponiendo una teoría ideal, y no una teoría para el mundo real. Pero en el primer modelo, la violencia no es necesaria en un periodo transicional intermedio, como lo es en el último. Queda claro que, dentro del pensamiento marxista posterior, nunca puede pasarse directamente del capitalismo al comunismo, sino que se requiere una violenta etapa intermedia entre ellos, la que no aparece —al menos explícitamente— en *La cuestión judía*.

La tercera cosa sobre la que quise llamar la atención son las desemejanzas sustantivas que se producen en los momentos transicionales de ambos modelos. En el primero aparece el liberalismo clásico, mientras que en el segundo lo hace la dictadura del proletariado. Curiosamente, el segundo modelo produce —desde la perspectiva liberal— el efecto contrario al que Marx se propone, puesto que la figura a admirar aquí es la de Lassalle. En efecto: Lassalle fue el campeón del respeto de la legalidad, de la democracia

---

[75] Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Indianapolis, Liberty Fund, 1976, vol. I, pp. 14 y 15.

[76] Marx, Karl, *Critique of the…*, *cit.*, p. 12.

[77] *Cfr*. Punto II del Programa.

con sufragio universal directo y de los derechos liberales igualitarios, mientras que Marx aparece como el revolucionario que propone una dictadura por tiempo indeterminado. La de Lassalle es una figura injustamente relegada por la filosofía política.

La cuarta cosa que despertó mi curiosidad es la necesidad de evaluar de manera diferente los dos momentos transicionales, lo cual es una consecuencia obvia de la desemejanza apuntada en el párrafo anterior. Hasta llegar a este punto, el trabajo tuvo un propósito descriptivo, pero de allí en más apareció el elemento evaluativo. Espero no haber cometido errores en el primero y estoy más que dispuesto a discutir el segundo. Especialmente, espero con interés la respuesta de Rodolfo Vázquez a estas inquietudes.

RESPONSABILIDAD *VERSUS* CORRUPCIÓN. A PROPÓSITO DE ALGUNAS TESIS DE RODOLFO VÁZQUEZ*

Isabel LIFANTE VIDAL**

SUMARIO: I. *Las tesis de Rodolfo Vázquez sobre la corrupción.* II. *Algunas ideas sobre responsabilidad y corrupción.* III. *De nuevo sobre la definición de corrupción y los mecanismos para su prevención.* IV. *Bibliografía.*

I. LAS TESIS DE RODOLFO VÁZQUEZ SOBRE LA CORRUPCIÓN

En varios de sus trabajos Rodolfo Vázquez se ha preocupado por el tema de la corrupción,[1] realizando una sugerente conexión de este fenómeno con la responsabilidad (o más bien, con la ausencia de la misma). Aunque sus análisis toman como punto de referencia la situación mexicana, en realidad sus observaciones y sus propuestas pretenden tener un alcance general, pues se realizan desde un enfoque que podríamos considerar conceptual (¿qué se entiende por corrupción?) y ético jurídico (¿cuál sería el marco adecuado para pensar frenos institucionales contra la corrupción?). A continuación presentaré sintéticamente sus tesis respecto a estas dos cuestiones, para pasar luego (en el segundo apartado) a realizar algunas observaciones sobre la conexión entre responsabilidad y corrupción, que serán las que me lleven (en el tercer apartado) a proponer una definición de corrupción algo más amplia que la que adopta Rodolfo Vázquez, y a reflexionar de nuevo sobre los mecanismos

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "Desarrollo de una concepción argumentativa del derecho" DER2013-42472-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

** Universidad de Alicante.

[1] Véase Vázquez, Rodolfo, "Estado de derecho y corrupción (compromisos para un universitario)", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 20, 1996, pp. 833-842; *id.*, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006; *id.*, "Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007, pp. 205-216.

de lucha contra este fenómeno, tomando como hilo conductor precisamente la conexión de la corrupción con la (falta de) responsabilidad.

1. *El enfoque conceptual de la corrupción*[2]

El punto de partida del análisis sobre la corrupción de Rodolfo Vázquez es el hecho de que se trata de un fenómeno que presenta un carácter "permanente". Señala así que existe corrupción tanto en los regímenes dictatoriales o autoritarios, como en los democráticos; en los regímenes políticos más o menos evolucionados o desarrollados; y, por último, en todos los sectores sociales. Señalar este carácter permanente de la corrupción no implica afirmar que todos los regímenes políticos sean igualmente adecuados para la lucha contra la misma (como veremos, la tesis de Vázquez es justamente la contraria: las instituciones del Estado democrático de derecho son las que en mejor condición se encuentran para frenar la corrupción); se trata simplemente de advertir que se trata de un fenómeno omnipresente (aunque no siempre con la misma intensidad); de modo que —advierte Vázquez— la presencia de algún grado de corrupción es inevitable, y no puede ser utilizada, por tanto, para descalificar sin más como ilegítimo a un sistema político en su conjunto.

La segunda característica que señala Rodolfo Vázquez respecto a la corrupción es que la misma se encuentra vinculada lógicamente a un sistema normativo, a un conjunto de reglas vigentes que regulan una práctica social. En este sentido, podríamos decir que se trata de un fenómeno siempre "relativo" a un determinado sistema o práctica normativa. De modo que podemos hablar de diversos tipos de corrupción: política, administrativa, empresarial, universitaria, etcétera. Y entre todos estos posibles fenómenos de corrupción el que más interesa a Vázquez sería el de la corrupción política precisamente por su dimensión pública, en tanto que nos encontramos —como veremos— con acciones que son realizadas por autoridades oficiales.

En tercer lugar, Vázquez remarca que en los casos de corrupción es siempre necesaria la presencia de una autoridad o un decisor: un agente con capacidad para tomar decisiones y cuya actividad está sujeta a determinados tipos de deberes. Se trata de deberes que se adquieren a través de un acto voluntario por el que alguien acepta asumir un papel o rol dentro del

[2] Este enfoque conceptual, que sigue muy de cerca las aportaciones de Ernesto Garzón Valdés, está desarrollado en Vázquez, Rodolfo, "Corrupción política…", *cit.*, pp. 207 y ss.

sistema de reglas vigente. Lo característico de la corrupción sería entonces que implica la violación de alguno de estos deberes por parte del decisor, y por tanto la corrupción puede ser vista como un acto de *deslealtad* o hasta de *traición* con respecto al sistema de reglas que tal decisor asumió voluntariamente. Rodolfo Vázquez[3] señala que, por supuesto, el reproche moral que merecerá esta deslealtad dependerá de la calidad moral del sistema de reglas frente al que el sujeto es desleal. Dicho de otro modo: la lealtad no es un valor *per se*, sino relacional (su calidad depende de aquello a lo que se es leal).

En cuarto lugar, para Rodolfo Vázquez todo acto corrupto requiere, además de un decisor, de la intervención de otras personas. Considera, por tanto, que nos encontramos ante 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 vigentes.[4] En este sentido, el soborno y la extorsión serían considerados los tipos fundamentales (aunque no los únicos) de corrupción. El objetivo que se persigue con el acto corrupto sería la obtención de un beneficio adicional ("extraposicional") al que se recibe por el puesto regular que ocupa el decisor en el sistema normativo de referencia.

La última característica de la corrupción que comenta Rodolfo Vázquez sería la necesidad que presenta la misma de mantenerse oculta. Dicha necesidad se sustentaría en que el corrupto suele desear conservar su puesto en el sistema de reglas vigentes, 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 la ganancia adicional sólo puede obtenerla violando sus deberes y, por lo tanto, socavando las bases de su propio puesto, la actividad del corrupto tiene siempre un *efecto destructivo con respeto al sistema de reglas vigente*. El corrupto se encuentra, por tanto, ante una especie de conflicto: necesita que perviva el sistema normativo, frente al que su actuación es desleal. Por ello —señala Vázquez— suele ser necesario que la corrupción venga acompañada, por un lado, de la adhesión retórica (simbólica y cínica) al sistema de reglas vigente y, por otro lado, de la creación de una

---

[3] *Ibidem*, p. 209.

[4] Como intentaré mostrar, creo que este elemento que implica la exigencia de la presencia de otros sujetos además del decisor lleva a sostener un concepto excesivamente restringido de corrupción. Por otra parte, es fácil percatarse que a la hora de exponer este elemento Vázquez (siguiendo a Garzón Valdés) ha pasado de una perspectiva general de la corrupción a otra más específica: la de los delitos usualmente tipificados como delitos de corrupción (sin embargo, un punto de partida interesante del fenómeno de la corrupción es que el mismo no puede identificarse con este nivel, sino que sería mucho más amplio: no todos los actos de corrupción son —ni podrían ser— considerados delitos).

red de complicidad entre los beneficiarios del subsistema de corrupción (las "camarillas"). El primer elemento, el de la adhesión retórica, se caracterizaría por un discurso público de adhesión formal a las reglas del sistema. Pensemos en la cantidad de declaraciones contra la corrupción, incluso la adopción de medidas supuestamente anticorrupción, que suelen hacerse desde los partidos políticos más corruptos. El segundo elemento, el de las complicidades, procura asegurar el silencio, el disimulo, con un número cerrado de miembros que garanticen la funcionalidad del subsistema. Aunque todos sepan que en una sociedad existen prácticas corruptas es necesario que cada una de ellas pretenda mantenerse en secreto: un *buen* corrupto debe aprender a mantenerse en la clandestinidad y simular su adhesión a las reglas del sistema.

En suma, Rodolfo Vázquez está trabajando con un concepto de corrupción cuya definición —que toma prestada de Ernesto Garzón Valdés— sería la siguiente: "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".[5]

2. *El enfoque ético jurídico sobre la corrupción*

Una vez analizado conceptualmente el fenómeno de la corrupción, Rodolfo Vázquez pasa a reflexionar sobre los posibles frenos o mecanismos de lucha contra el mismo. En este sentido, sus aportaciones ponen de manifiesto que la corrupción puede ser abordada desde dos perspectivas. La primera sería el punto de vista del individuo (el sujeto que ha de actuar y que puede llevar a cabo actuaciones corruptas) y la segunda sería el punto de vista institucional. Podríamos decir que un buen planteamiento del problema presupone no olvidarse de ninguna de estas perspectivas y, sobre todo, de las importantes interacciones que pueden producirse entre ambas.

Respecto a la primera perspectiva, se trata de remarcar la idea de responsabilidad de los sujetos. Para Rodolfo Vázquez, 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

[5] Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta", *Isonomía*, México, núm. 21, 2004, pp. 14.

punto de tener que responder de sus acciones. La exigencia de responsabilidades supone compromisos claros y fuertes; en este sentido se establece —dice Vázquez— un claro vínculo entre obligaciones, responsabilidades y compromisos.[6] La responsabilidad es entonces vista como un remedio para la corrupción desde el punto de vista del individuo. Así, considera que resultará imprescindible incidir en la educación y la cultura de una sociedad, para conseguir que sus individuos asuman sus deberes y no cometan actos corruptos.[7]

Ahora bien, aunque en opinión de Rodolfo Vázquez (siguiendo en este punto las aportaciones de Laporta),[8] para que haya un caso de corrupción siempre será necesario que un individuo decida actuar de manera corrupta, y en ese sentido podríamos decir que la falta de responsabilidad será la causa última de la corrupción, eso no quiere decir que las medidas externas no tengan relevancia: el individuo que decide corromperse lo hace porque posee una "motivación" que le impulsa a dicho acto; si esta motivación desaparece el sujeto probablemente deje de tener razones para llevar a cabo estas actuaciones. En este sentido es necesario diseñar mecanismos institucionales que operen como frenos a la corrupción. Vázquez señala, por un lado, que la posibilidad de violar un deber será tanto mayor cuanto mayor sea la discrecionalidad del decisor, puesto que ello aumenta las posibilidades de ganancias extras; y, por otro lado, considera 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. A partir de aquí, considera que el contexto más adecuado para minimizar la corrupción sería aquel en el que 1) se optara por procedimientos democráticos de decisión; 2) las decisiones estuvieran sometidas a criterios acordados (imperio de la ley o legalidad de la administración), y 3) se debe responder de la decisión mediante numerosos mecanismos y ante numerosas instancias (diversas vías de rendición de cuentas: independencia del Poder Judicial, control de la acción del gobierno por el Parlamento, elecciones periódicas, y ante la opinión pública: derecho de acceso a la información y libertad de expresión). De modo que esta receta de frenos institucionales

---

6 Vázquez, Rodolfo, "Corrupción política…", *cit.*, p. 16.

7 Gran cantidad de trabajos de Rodolfo Vázquez insisten precisamente en la importancia de una educación comprometida con la responsabilidad (véase, por ejemplo, Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad…*, *cit.*; *id.*, *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, 3a. ed., México, Fontamara, 2010.

8 Laporta, Francisco J., "La corrupción política: introducción general", en Laporta, F. J. y Álvarez, S. (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza, 1997, pp. 19-38.

nos conduciría precisamente a las exigencias ético jurídicas del Estado democrático de derecho.

II. Algunas ideas sobre responsabilidad y corrupción

Como hemos visto, desde la perspectiva del individuo, Rodolfo Vázquez propone vincular el fenómeno de la corrupción con la responsabilidad del sujeto decisor o, mejor dicho, con su falta de responsabilidad. Pues bien, lo que a continuación presento son una serie de observaciones que pretenden desarrollar esta conexión. Comenzaré para ello analizando los distintos sentidos en los que hablamos de responsabilidad para determinar con cuál, o cuáles, de ellos podemos vincular la corrupción. A partir de estas conexiones propondré una definición de corrupción algo más amplia que la que nos ofrece Rodolfo Vázquez. Por último, volveré a las aportaciones que realiza este autor respecto al diseño político-institucional adecuado para frenar la corrupción, con las que mostraré mi acuerdo, aunque con alguna pequeña discrepancia.

1. *Sobre el concepto (o los conceptos) de responsabilidad*

El concepto de "responsabilidad" es sin duda uno de los pilares básicos en el ámbito de la filosofía práctica general. Kant definía a la *persona* como aquel sujeto cuyas acciones le son *imputables*, es decir, aquel sujeto que consideramos "responsable" de sus acciones. Refiriéndose a esta misma idea, Muguerza señala que si alguien rechazase esta condición estaría equiparándose a una mera *cosa* y, por tanto, dimitiendo de su condición de *persona*: "estaría renunciando a la humana carga de ser dueño de [sus] actos".[9] De modo que podríamos decir que con el concepto de responsabilidad se estaría aludiendo a la posición del ser humano como *agente* (sujeto activo) en el mundo que le rodea. Pero las alusiones a la responsabilidad resultan fundamentales no sólo desde la perspectiva de una ética deontologista (donde aparece vinculada a la idea de autonomía); también desde el otro extremo de las teorías éticas, en las llamadas éticas consecuencialistas, las referencias a la responsabilidad ocupan un lugar central, aunque en un sentido distinto: aquí se hace alusión a la responsabilidad para llamar la atención precisamente sobre la relevancia moral de las consecuencias de nuestras acciones.

[9] Muguerza, Javier, "Kant y el sueño de la razón", en Thiebaut, C. (ed.), *La herencia ética de la Ilustración*, Barcelona, Crítica, 1991, pp. 19 y 20.

En este sentido, por ejemplo, Max Weber[10] consagró la contraposición entre lo que denominaba la "ética de las convicciones" (deontologista) y la "ética de las responsabilidades" (consecuencialista).[11]

Aunando ambas intuiciones, podríamos decir que considerar a alguien como *agente*, es decir, como sujeto *responsable*, implica reconocer, por un lado, que tiene el control de su actuación[12] y, por otro, que asume o debe asumir las consecuencias de sus actos.[13] El sujeto responsable sería el que se hace cargo o responde de algo, y lo hace desde una doble perspectiva: *ex ante*, es el que tiene la capacidad o el poder (y/o deber) de dar lugar a un determinado estado de cosas (o de evitar su producción); y *ex post*, es el que asume o debe asumir las consecuencias de la producción de algún estado de cosas (bien sea en términos de sanción o de reparación).

Esto explica por qué en el seno de cualquier práctica normativa ocupan un lugar fundamental las atribuciones de responsabilidad a los sujetos; estas atribuciones son realizadas tanto para adscribir deberes, llevar a cabo valoraciones de la conducta y/o justificar la imposición de sanciones u otras consecuencias "gravosas", tales como el deber de reparar o indemnizar ciertos daños. De modo que el de "responsabilidad" es, sin duda, uno de los conceptos centrales en cualquier contexto normativo. Pero se trata de un concepto que es usado en sentidos muy distintos (aunque conectados entre sí de diversas maneras).

Como es sabido, Hart[14] distinguió cuatro sentidos del término "responsabilidad", a los que propuso referirse con los siguientes rótulos clasificatorios: 1) *responsabilidad-rol* (con el que haríamos referencia a los deberes propios de un rol, cargo o papel social); 2) *responsabilidad-causal* (en este

---

[10] Weber, Max, *El político y el científico*, trad. de F. Rubio Llorente, 7a. ed., Madrid, Alianza, 1981, pp. 163 y 164.

[11] Aunque no pretendo ahora entrar a analizar las distintas lecturas sobre la posible compatibilidad de ambas éticas en la obra de Weber, simplemente señalaré que algunos autores (por ejemplo, Muguerza, Javier, "Los rostros de la igualdad en la cultura política contemporánea", *Laguna. Revista de filosofía*, Santa Cruz de Tenerife, núm. 30, p. 26) han señalado que estos dos modelos pueden verse como "tipos ideales" (siguiendo la propia terminología weberiana), de modo que en la realidad no se darían nunca en estado puro, ni separadamente, sino que los encontramos entremezclados entre sí.

[12] En este sentido, las reflexiones filosóficas generales sobre la "responsabilidad" suelen aparecer vinculadas, por tanto, a las discusiones sobre la idea de autonomía o libertad, y al desafío que supondría para la misma la aceptación del determinismo.

[13] Más adelante volveré sobre la dualidad de los juicios de responsabilidad (como expresivos de la posesión de ciertas capacidades o como evaluativos de la conducta realizada/normativos de la conducta a realizar).

[14] Hart, Herbert L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968, pp. 211 y ss.

sentido, ser responsable sería equivalente a producir, dar lugar a resultados o generar consecuencias); 3) *responsabilidad-liability* (normalmente traducida como "sancionabilidad", pero que incluiría los supuestos de responsabilidad indemnizatoria o resarcitoria), y 4) *responsabilidad-capacidad* (que haría referencia a la posesión de una serie de capacidades). También Dworkin recoge una distinción muy semejante a la de Hart entre cuatro tipos de responsabilidad, a los que se refiere como: responsabilidad causal, responsabilidad en el ejercicio de una función (*assignment responsibility*), responsabilidad *liability* y responsabilidad de juicio.[15] Ahora bien, para Dworkin estos cuatro sentidos de responsabilidad pertenecerían a lo que considera un concepto "relacional" de responsabilidad (porque pondrían en conexión a determinados sujetos con ciertos eventos), pero considera que, a su vez, este concepto relacional (en sus cuatro modalidades) se contrapondría a un uso del término responsabilidad como virtud, con el que se haría referencia a una cualidad valorativa de los individuos (o de sus acciones), como cuando decimos que "X es un sujeto responsable" o que "Y actuó responsablemente en determinada ocasión".[16]

Si ahora nos preguntamos a cuál de estos sentidos de responsabilidad está haciendo referencia Rodolfo Vázquez cuando vincula la lucha contra la corrupción con la necesaria "responsabilidad" del individuo, aparece en primer lugar el sentido valorativo de responsabilidad. Ello parece obvio si nos fijamos en que la responsabilidad se muestra en el catálogo de valores cívicos que lleva a cabo este autor, en el que está junto al pluralismo, la tolerancia, la imparcialidad, la solidaridad y la deliberación pública.[17] Sin embargo, hay otro sentido de responsabilidad crucial para entender (desde lo que podemos considerar como el enfoque conceptual) el fenómeno de la corrupción y cuyo análisis me parece útil realizar con anterioridad al de la virtud de la responsabilidad. Me refiero a la responsabilidad en el sentido de deberes de rol.

---

[15] Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de H. Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 133 y 134.

[16] Aunque Hart no hace referencia expresamente a este sentido de responsabilidad como virtud, es posible encontrar ejemplos del mismo en su famosa "historieta" del capitán que perdió el barco con el que ilustra los distintos sentidos de responsabilidad; así, por ejemplo: se dice del capitán que "se había comportado de manera bastante *irresponsable*" o que "no era una persona *responsable*". Hart, Herbert L. A., *Punishment and*…, *cit.*, p. 211.

[17] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015, pp. 8 y ss.

1. *La responsabilidad como deberes de rol*

El tercer elemento que hemos visto que Rodolfo Vázquez incorporaba a su análisis conceptual sobre la corrupción era la necesaria presencia de una autoridad o un decisor: un agente con capacidad para tomar decisiones y cuya actividad está sujeta a determinados tipos de deberes. Se trata de deberes que se adquieren a través de un acto voluntario por el que alguien acepta asumir un papel o rol dentro del sistema de reglas vigente.

Este tipo de deberes, que serían los violados por un acto de corrupción, son los deberes a los que Hart se refería precisamente como "responsabilidades" en el sentido de deberes de rol, entendiendo "rol" en un sentido muy amplio que incluiría cualquier asignación de funciones que puede ser realizada de muy diversas maneras, desde las menos institucionalizadas (un mero acuerdo de reparto de tareas), hasta las más institucionalizadas (las asignadas siguiendo reglas formalizadas de atribución de competencias en el marco de un sistema jerárquico de toma de decisiones):

> Siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se le asignan deberes específicos *para promover el bienestar o impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización*, se puede decir con corrección que esta persona es *responsable* del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos. Tales deberes son *responsabilidad* de una persona.[18]

Hart llama la atención sobre el hecho de que no calificamos a todos los deberes que puede tener un sujeto como "responsabilidades" y apunta a que la clave de la distinción quizás se encuentre en que los deberes que son calificados como responsabilidades son de un tipo relativamente complejo y amplio, que requieren cuidado y atención a lo largo de un prolongado periodo de tiempo (frente a los deberes de corta duración o de tipo simple, relativos a hacer o no hacer algo en una ocasión particular). Si nos fijamos, lo que caracterizaría a los deberes a los que nos referimos con este sentido de responsabilidad (al menos cuando se trata de funciones públicas que se integran en un marco institucional formalizado y jerarquizado) sería el hecho de que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles "cuidado y atención", y lo que provocaría tanto la "complejidad" como la mayor "duración" a la que haría referencia Hart. Y

[18] Hart, Herbert L. A., *Punishment and*…, *cit.*, p. 212 (la cursiva es mía).

es precisamente esa vinculación con la promoción de ciertos fines la que determina las funciones (el estatus o rol) que el sujeto desempeña en el marco de la institución social de que se trate. Ocupar un determinado rol o cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda del bienestar o las metas o propósitos propios de la institución.

Por ello, el cumplimiento de estas responsabilidades exige deliberación:[19] es necesario "pensar sobre ellas y hacer serios esfuerzos para satisfacerlas".[20] Y eso es así porque las responsabilidades exigen la producción de ciertos estados de cosas, no acciones determinadas *a priori*. Se trata de situaciones que podríamos definir con el siguiente esquema "X debe procurar que se produzca Y". Ahora bien, lo más normal es que Y sea un estado de cosas que no esté completamente bajo el control de X.[21] Puede ocurrir que requiera la actuación de un agente distinto al que tiene la responsabilidad de que se produzca ese resultado, o también que se atribuya a un sujeto la responsabilidad de que se produzca un estado de cosas que no sea directamente el resultado de la acción de nadie en particular, aunque sí la consecuencia de una combinación de factores, entre los cuales podemos encontrar acciones de sujetos y hechos naturales (pensemos en la responsabilidad de reducir la contaminación atmosférica).

En este sentido, la atribución de responsabilidades suele ir acompañada de una regulación de la conducta de una manera peculiar que consiste en no determinar de antemano la acción o acciones a realizar, sino en atribuir al destinatario (al sujeto responsable) el poder —y deber— de determinar la concreta acción a realizar para la persecución del fin o consecución del resultado a obtener.[22] Se trata, por tanto, de una regulación a través de un tipo específico de normas, a las que podemos considerar como "normas de fin" y que se contrapondrían a las "normas de acción".[23] Mientras que es-

---

[19] *Cfr*. Richardson, Henry S., "Institutionally Divided Moral Responsibility", en E. F., Paul *et al*. (eds.), *Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 218-249.

[20] Hart, Herbert L. A., *Punishment and*…, *cit*., p. 213.

[21] *Cfr*. González Lagier, Daniel, "Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y a las normas de fin)", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 20, 1997, pp. 157-175, quien distingue entre estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están sólo parcialmente.

[22] Véase Larrañaga, Pablo, "Responsabilidad de rol y directrices", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 559-579.

[23] Tomo esta distinción de Atienza y Ruiz Manero. Dentro de las normas de fin estos autores distinguen entre dos categorías: las reglas de fin y las directrices, que sería la proyección de su distinción entre reglas y principios y aunque coincido con su caracterización de las directrices, no comparto la que realizan en esta obra respecto a las reglas de fin. Según

tas últimas califican deónticamente una acción, las normas de fin obligan a perseguir o a maximizar un determinado fin,[24] delegando en el destinatario el poder discrecional o la "responsabilidad" de seleccionar el medio óptimo para ello (aquella medida que, a la luz de las circunstancias del caso concreto y atendiendo a las posibilidades fácticas y deónticas, maximiza el fin con el menor coste posible en términos de lesión de bienes y valores protegidos). Por supuesto, el sujeto al que se le atribuye esta responsabilidad se verá sometido a muchas otras normas que sí le impongan o prohíban acciones determinadas, y en ese sentido limiten el ámbito de su discrecionalidad.

El sujeto al que se le atribuye la responsabilidad es el que ha de decidir en cada ocasión, y a la luz de las circunstancias particulares de la misma, si ha de actuar y cómo, tarea para la cual se le exige llevar a cabo una deliberación (que puede, a su vez, tener que plasmarse en la correspondiente motivación expresa de su decisión). Es al sujeto responsable al que le corresponde la determinación de la conducta debida, en eso consiste precisamente la discrecionalidad que implica el ejercicio de dichas responsabilidades. Pero eso no quiere decir que la conducta por la que el sujeto opte no pueda ser controlada,[25] ni que no pueda exigirse responsabilidad (ahora en sentido de responsabilidad-*liability*) por su acción o inacción, más bien todo lo contrario: esta responsabilidad determina quién o quiénes deben asumir ciertas funciones en el marco de una institución social y, por lo tanto, quiénes deberán hacerse cargo del fracaso, y en qué grado, si esas funciones no se realizan de manera adecuada. Podríamos decir entonces que son los distintos

---

esa caracterización, en el consecuente de una regla de fin nos encontraríamos la calificación deóntica de la "obtención de un estado de cosas"; mientras que en mi opinión sería más adecuado considerar que estas reglas obligarían a maximizar un fin. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 7. Sobre esta discrepancia véase Lifante Vidal, Isabel, "Poderes discrecionales", en García Figueroa, A. (ed.), *Racionalidad y derecho*, Madrid, CEPC, 2006, pp. 112 y ss.

[24] Summers, Robert, "Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification", *Cornell Law Review*, Nueva York, vol. 63, núm. 5, 1978, pp. 707-778. Destaca las siguientes características de cómo funcionan las razones finalistas: son razones de carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de gradualidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que, aunque en el futuro pueda no llegar a conseguirse el fin previsto, la razón tuviera fuerza en el momento de la toma de decisión: puede que nos encontremos ante una actuación correcta, pero que no dé el resultado previsible.

[25] Lifante Vidal, Isabel, "Poderes discrecionales…", *cit.*, analicé las peculiaridades de la justificación de la adopción de una medida en el ejercicio de un poder discrecional, mostrando cómo dicha justificación puede ser jurídicamente controlada.

roles y funciones asignadas *ex ante* las que justificarían la exigencia, *ex post*, de los distintos grados de responsabilidad-*liability*.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la dinámica del cumplimiento de los deberes que implica una responsabilidad es distinta a la del cumplimiento de los deberes fijados por las normas de acción. En este último caso nos encontramos con una lógica binaria: si se ha realizado la acción debida se ha cumplido con el deber y en caso contrario se ha incumplido. Sin embargo, en el caso de los deberes vinculados a las responsabilidades la situación es distinta y opera más bien la lógica de la maximización o, mejor dicho, de la optimización.[26] Hay ocasiones en los que el objetivo a conseguir puede estar determinado, de modo que —al menos en principio— admitirían un cumplimiento total (aunque hay que tener en cuenta que un cumplimiento que en abstracto puede ser completamente realizable, es posible que, en la práctica y a la luz de los recursos disponibles, sólo pueda ser cumplido en cierto grado); sin embargo en la mayoría de las ocasiones nos encontraremos con objetivos que apuntan a un estado ideal que nunca puede ser completamente obtenido, sino sólo por aproximación; de modo que el sujeto responsable nunca puede cumplir completamente con su responsabilidad. En estos casos el esquema de la norma no sería tanto "*X debe procurar que se produzca Y (un estado de cosas determinado)*", como "*X debe velar por Y (un fin valioso)*".[27] Ejemplos de este segundo tipo sería la responsabilidad del concejal de medioambiente por la calidad atmosférica; o la de los profesores por el aprendizaje de los alumnos. Estos fines no sólo pueden lograrse en distintos grados, sino que una vez que se obtiene un determinado nivel de satisfacción de los mismos, la responsabilidad no se agota, sino que exigiría seguir avanzando en el logro del objetivo (podríamos decir que el objetivo a alcanzar se va desplazando). Por lo tanto, para evaluar el grado de cumplimiento de una responsabilidad, habrá que tener en cuenta no sólo el grado de cumplimiento del fin perseguido, sino también el punto de partida, los medios disponibles, etcétera.

Si pasamos ahora a ver la cuestión en negativo, nos encontramos con que "incumplir" con lo que nos exige una responsabilidad puede ser, por tanto, algo distinto a incumplir un concreto deber de acción prefijado en

---

[26] Creo que es mejor hablar de "optimización", pues no se trata sólo de conseguir el máximo de ese objetivo, sino incluso hacerlo afectando lo menos posible a otros bienes y valores protegidos por el sistema normativo de referencia.

[27] Goodin, Robert E., *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 85 y 86, habla de "responsabilidades de objetivo fijo" para referirse a las primeras y de "responsabilidades de objetivo variable" [*receding-targets*] para las segundas.

una regla de acción.[28] Por supuesto que hay muchas conductas "irresponsables" consistentes precisamente en incumplimientos de deberes de ese tipo (de realizar una acción predeterminada en una regla), pero también nos encontramos ante casos que no encajarían en esta categoría: pensemos en todas las conductas que, sin violar ninguna regla de acción, pongan en peligro el bien o el fin que la responsabilidad atribuida obliga a perseguir.[29] Dicho de otro modo: para enjuiciar el desempeño de estos deberes debemos ir más allá del nivel de las reglas de acción de un determinado sistema. Las responsabilidades se atribuyen para conseguir ciertos fines considerados valiosos, y a su vez dichos fines han de ser perseguidos de la manera más coherente con los principios y valores subyacentes a la práctica normativa[30]. Al mismo tiempo, ello muestra la insuficiencia de las respuestas que podemos considerar clásicas para la lucha contra el mal desempeño de las responsabilidades públicas:[31] el derecho sancionatorio, penal o disciplinario (que sólo podrá perseguir acciones claramente prohibidas con anterioridad).

Como hemos visto, la atribución de responsabilidades públicas suele conllevar la atribución de poderes discrecionales que requerirán deliberación por parte del sujeto responsable para determinar la medida a adoptar y que habrá de ser aquella que a la luz de las circunstancias del caso, maximice los fines y valores a desarrollar.[32] Es decir, entre las razones que han de operar para tomar la decisión nos encontramos con razones finalistas,

---

[28] *Cfr*. Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. de J. M. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995, pp. 167 y ss.

[29] Incluso me atrevería a decir que hay casos en los que, incumpliendo un determinado deber impuesto en una regla de acción, no se incumple sin embargo con la responsabilidad: un funcionario puede por ejemplo incumplir un plazo al que está sometido en cierta tramitación y no por ello consideraríamos sin más que ha desempeñado mal su responsabilidad (aunque obviamente ese juicio puede no evitar ciertas consecuencias previstas para tal incumplimiento, como pueda ser la nulidad de alguna actuación, etcétera).

[30] Sobre la distinción entre las reglas y los principios, véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas…*, *cit*. Una de las categorías que resulta interesante aquí sería la de ilícitos atípicos, Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, definen precisamente como supuestos de conducta contraria no a reglas sino a principios.

[31] *Cfr*. Roldán Xopa, José, *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*, México, CIDE, 2013, disponible en: *http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2013/11/07_RCC_JoseRoldan_190813.pdf.*

[32] Si ello es así, y como señalaré al final del trabajo, difícilmente puede considerarse como remedio contra la corrupción la eliminación de cualquier margen de discrecionalidad. La discrecionalidad es un fenómeno necesario vinculado al desarrollo de funciones encomendadas para la consecución de fines considerados valiosos. Para luchar contra la corrupción habrá que buscar mecanismos de control sobre el ejercicio de estos poderes discrecionales, no su eliminación. Por otro lado, debe llamarse la atención sobre el hecho de que también cabe la corrupción en el ejercicio de poderes reglados.

de modo que hemos de tener en cuenta las peculiaridades con las que éstas operan. Siguiendo a Summers,[33] podemos decir que son razones de carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de gradualidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción. Ello puede hacernos considerar que en el momento de la toma de decisión una razón finalista podía tener mucha fuerza a favor de una determinada actuación, aunque resulte que no se llegó a conseguir el fin previsto (o en la medida prevista): es decir, puede que nos encontremos ante una actuación correcta, pero que a la larga (por hechos imprevisibles o circunstancias imposibles de conocer en el momento de actuar) no dé el resultado previsible. En este sentido, a la hora de evaluar el cumplimiento de una responsabilidad podemos distinguir dos dimensiones: una objetiva, centrada en los resultados obtenidos; y otra subjetiva, centrada en el cumplimiento de los deberes por parte del sujeto y que dependerá de la calidad de la deliberación que le lleva a adoptar una concreta medida y que es la que justificará la realización de reproches personales al sujeto. Obviamente el fenómeno de la corrupción se sitúa en esta segunda dimensión, aunque no la agota (puede haber otro tipo de conductas, no corruptas, pero igualmente reprochables: pensemos por ejemplo en conductas formalistas o acomodaticias).[34] Pero para abordarla conviene volver ahora sí al sentido valorativo de responsabilidad.

2. *La responsabilidad como valor*

Decir que alguien actuó responsablemente en una determinada ocasión implica llevar a cabo un juicio valorativo positivo frente a dicha acción, juicio que se realiza a la luz de los valores de la práctica normativa en la que nos encontremos (podemos formular estos juicios desde un punto de vista ético, jurídico, político…). En general, solemos decir que una "persona responsable" es aquella que pone cuidado y atención en lo que hace, y que dicha atención ha de estar encaminada precisamente a preocuparse por las consecuencias de sus acciones; en este sentido, el sujeto responsable sería el

[33] Summers, Robert, "Two Types…", *cit.*

[34] Sobre los distintos tipos de incumplimiento de los deberes vinculados a las responsabilidades públicas me he ocupado en Lifante Vidal, Isabel, "Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, vol. XXXIII, 2017, en prensa.

que procura obtener las "mejores" consecuencias.[35] Ahora bien, la preferencia de unas posibles consecuencias sobre otras (su consideración como mejores o peores) requiere llevar a cabo una valoración que dependerá precisamente de los fines o valores que el sujeto responsable haya de perseguir en el caso en cuestión; por eso la responsabilidad siempre será un valor relativo a la práctica normativa desde la que se formule el juicio de responsabilidad. Por otro lado, al poner el acento en el aspecto de promoción de ciertos fines y valores, la responsabilidad suele vincularse con la idea de coherencia o integridad: una persona que actúa de forma íntegra sería aquella que deriva sus acciones y creencias de un grupo de valores esenciales.[36] Y actuar "responsablemente" sería equivalente a actuar de forma coherente con esos valores, creencias y principios. En este sentido, Dworkin sostiene que la epistemología de una persona responsable es una epistemología "interpretativa":[37] alguien es responsable en la medida en que sus diversas interpretaciones concretas alcanzan una integridad global, de manera que cada una de ellas respalda a las demás en una red de valor a la que presta adhesión.[38]

Como es sabido, la virtud de la responsabilidad ocupa un lugar central en la filosofía político-moral de Dworkin;[39] este autor sostiene la tesis de la unidad del valor: los valores éticos y morales dependen unos de otros. Su punto de partida se encuentra en la ética, que sería la que se ocupa de cómo debemos vivir nuestras propias vidas y que es presentada precisamente como una cuestión de responsabilidad hacia nosotros mismos. La ética estaría integrada por dos principios fundamentales: el principio de autorrespeto y el principio de autenticidad, los cuales constituyen conjuntamente una concepción de la dignidad humana. El principio de autorrespeto obliga a tomarnos en serio nuestra propia vida: "vivir bien"[40] es un asunto

---

[35] Antes hemos hecho referencia precisamente a la contraposición que Weber, Max, *El político*…, *cit.*, pp. 163 y 164, consagró entre lo que denominaba la "ética de las convicciones" (deontologista) y la "ética de las responsabilidades" (consecuencialista). Esta última sería precisamente la que pone en primer plano la relevancia de las consecuencias.

[36] Villoria, Manuel, "Integridad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, núm. 1, 2012, p. 108.

[37] Sobre cómo entender en general esta "epistemología interpretativa" en el conjunto de la obra dworkiniana me he ocupado en un trabajo anterior Lifante Vidal, Isabel, "El derecho como práctica interpretativa", en Sauca, J. M. (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho*, Madrid, CEPC, 2015, pp. 159-180.

[38] Dworkin, Ronald, *Justicia para*…, *cit.*, p. 132.

[39] *Idem*.

[40] Dworkin distingue entre "vivir bien" y "tener una buena vida", la primera es responsabilidad exclusiva del sujeto (está bajo su control). Pero alguien puede "vivir bien" y fracasar

importante para cada persona, de modo que siempre sería un error despreocuparse sobre cómo vivir.[41] De acuerdo con el segundo principio, el de autenticidad, cada persona tiene una especial responsabilidad (en el sentido de deberes de rol) para identificar lo que cuenta como un éxito en su propia vida. Ambos principios están conectados: es precisamente el tomar en serio nuestra vida lo que nos lleva a considerar que "vivir bien" exige expresarnos a nosotros mismos, es decir, buscar una forma de vida que consideremos correcta para nosotros y nuestras circunstancias. La autenticidad determina la formación de un carácter o estilo de vida propio, que no puede ser el simple reflejo de una convención social o de las expectativas de otros. Ello no supone —según Dworkin— que debamos mantenernos libres de toda influencia, ni tampoco que la única fuente de valor sea nuestra convicción, o que no haya valores objetivos; sino simplemente que no debemos abandonar la responsabilidad de decidir cómo debe ser nuestra vida. Esta responsabilidad es la que nos exige construir un orden coherente que refleje nuestra concepción de los deberes y virtudes morales y, además, integrar ese orden en una red más amplia de valores.

Creo que esta aproximación a la virtud de la responsabilidad está muy próxima a la idea de autonomía a la que Rodolfo Vázquez se refiere al reclamar la importancia de la "responsabilidad" de los servidores públicos como mecanismo contra la corrupción. Ahora bien, conviene notar que el análisis dworkiniano está hecho desde la perspectiva de la ética, es decir, se trata de la responsabilidad como deber que un individuo tiene respecto a cómo vivir su propia vida, y es en ese sentido en el que cobra especial relevancia la idea de autenticidad o sinceridad. Pero no es esta perspectiva ética (centrada en los deberes frente a uno mismo) la que más nos interesa para abordar el tema de la corrupción. La corrupción tiene que ver con el incumplimiento de responsabilidades públicas, aquellas que son encomendadas en el marco de un sistema normativo a ciertos sujetos para que procuren la consecución de objetivos en beneficio de intereses generales. Se trata de actuaciones que han de gestionar no intereses propios del sujeto que actúa,

---

en llevar una "buena vida", pues para conseguir esta última ya entran factores que pueden escapar al control del sujeto (como la suerte).

[41] Incluso una persona que afirmara que tan sólo desea experimentar placer en su vida debería admitir que el placer es importante para ella y que esa es su idea sobre cómo vivir; de modo —dice Dworkin— que ni siquiera el hedonismo más burdo sería una impugnación del principio de autorrespeto, sino una respuesta —aunque la consideremos particularmente pobre— a la cuestión de cómo vivir bien. Dworkin, Ronald, *Justicia para…*, *cit.*, p. 258.

sino intereses ajenos (en particular los intereses generales),[42] por lo que el concepto de representación puede resultarnos aquí de utilidad: el deber del representante se define atendiendo precisamente a la maximización de los intereses de aquello que se representa y que puede ser no sólo uno o varios individuos, sino también una institución, o intereses colectivos.[43] Nos encontramos aquí, por tanto, ante la exigencia de una virtud de carácter público. En este sentido, y como ya hemos señalado, Rodolfo Vázquez incorpora la responsabilidad al catálogo de "valores cívicos" que considera indispensable para fundar una postura liberal igualitaria como la que él defiende.[44]

Aunque la situación es obviamente distinta y requiere de no pocas precisiones respecto a la de la responsabilidad por la propia vida, creo que el análisis dworkiniano de la virtud de la responsabilidad sigue resultando útil para desentrañar qué es lo que exige el buen desempeño de las responsabilidades vinculadas al ejercicio de funciones públicas. La virtud de la responsabilidad hace referencia a la integridad: a la posibilidad de derivar las acciones de un mismo grupo de principios y valores esenciales. Pues bien, en los casos que ahora nos interesan, los principios y valores con los que han de resultar coherentes las acciones del sujeto responsable vendrán determinados por los fines y valores que pretende desarrollar la institución en la que se incardina la concreta función objeto de responsabilidad. Los fines y valores a perseguir, le vienen —por así decir— impuestos al sujeto que ostenta la responsabilidad al que se le exigirá "lealtad" a los mismos; pero eso no quita que siga siendo necesario que para determinar las concretas acciones a desarrollar en el ejercicio de sus funciones el sujeto tenga que deliberar de manera responsable: sincera e íntegramente.

El desempeño adecuado de los deberes vinculados a las responsabilidades públicas, aquellas encomendadas en el marco de una práctica nor-

---

[42] Por supuesto también podemos encontrarnos con gestores de intereses ajenos pero privados; muchas de las cosas que aquí señalaré serán aplicables también a estos supuestos, pero aquí nos interesa la gestión de intereses públicos.

[43] En un trabajo anterior me ocupé de caracterizar tres tipos de representación práctica: la representación individual, la colectiva y la institucional. Allí defendí que la relación representativa implica siempre la obligación de actuar "en interés de" los representados. Lifante Vidal, Isabel, "Sobre el concepto de representación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 32, 2009, pp. 497-524.

[44] Las premisas que considera necesario adoptar para justificar dicha postura serían: "a) la existencia de un pluralismo de valores… b) la imparcialidad… c) la tolerancia como valor activo… d) la responsabilidad, especialmente de los funcionarios con la debida publicidad de las decisiones, e) la solidaridad fundada en la justicia y el reconocimiento compartido de los derechos humanos, y, finalmente, f) la deliberación pública", Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015, pp. 8 y 9.

mativa a ciertos sujetos para que procuren la consecución de objetivos en beneficio de intereses generales, exigirá que las acciones del sujeto resulten coherentes con los fines y valores que pretende desarrollar la institución en la que se incardina la concreta función objeto de responsabilidad. Se trata de actuaciones que han de gestionar no intereses propios del sujeto que actúa, sino intereses ajenos (en particular, los intereses generales),[45] por lo que el concepto de representación puede resultarnos aquí de utilidad: el deber del representante se define atendiendo precisamente a la maximización de los intereses de aquello que se representa y que puede ser no sólo uno o varios individuos, sino también una institución, o intereses colectivos.[46] En este sentido, los fines a perseguir y los valores por los que velar, le vienen —por así decir— impuestos al sujeto que ostenta la responsabilidad al que, como hemos visto, se le exigirá "lealtad" a los mismos.

III. De nuevo sobre la definición de corrupción y los mecanismos para su prevención

Se ha mencionado que el buen desempeño de los deberes vinculados al ejercicio de los cargos públicos implica preocuparse por las consecuencias de las acciones, en particular buscando la optimización de aquellos fines y valores que dotan de sentido a la institución en la que dicho cargo se inserta. El servidor público debe lealtad a estos fines y valores. Su actuación en un caso concreto debe velar por los mismos y no por otros intereses ajenos a ellos (sean los suyos propios u otros intereses particulares). A partir de aquí creo que podemos ofrecer una aproximación amplia al fenómeno de la corrupción (que, en mi opinión, se correspondería bastante con el uso que habitualmente hacemos de esta expresión) en los siguientes términos: se trata de supuestos en los que el sujeto que ostenta la responsabilidad no actúa, en el ejercicio de su función, de acuerdo con los principios (fines o valores) a los que debe lealtad, sino persiguiendo objetivos distintos. Una decisión corrupta en el ámbito público será, entonces, aquella que sustituye los fines y valores por los que se ha de velar en el ejercicio de la función pública por

[45] Por supuesto también podemos encontrarnos con gestores de intereses ajenos pero privados; muchas de las cosas que aquí señalaré serán aplicables también a estos supuestos, pero aquí nos interesa la gestión de intereses públicos.

[46] En un trabajo anterior me ocupé de caracterizar tres tipos de representación práctica: la representación individual, la colectiva y la institucional. Allí defendí que la relación representativa implica siempre la obligación de actuar "en interés de" los representados. Lifante Vidal, Isabel, "Sobre el…", *cit.*

parte del órgano decisor, por otros fines distintos. Recordemos que el servidor público no gestiona sus propios intereses, sino intereses públicos definidos normativamente, y es por éstos por los que ha de velar en su actuación. En este sentido actuaría corruptamente quien, en la toma de su decisión, no se guiara por la defensa de los intereses públicos por los que ha de velar, sino por sus propios intereses o por otros intereses particulares.

De este modo, y aunque no es fácil ofrecer una definición omnicomprensiva para todos aquellos fenómenos que calificamos usualmente como corrupción, creo que la clave se encuentra en la idea de deslealtad a los fines y valores por los que se ha de velar en función de una determinada posición social en el marco de una institución; se trata de los casos en los que el sujeto que ocupa dicha posición, a la hora de ejercer los poderes de decisión que le otorga su cargo sustituye los intereses por los que ha de velar por otros intereses (sean propios o ajenos). En este sentido, podríamos definir un acto de corrupción como aquel que implica el incumplimiento de un deber vinculado a alguna posición social con el propósito de obtener —para sí o para terceros— un beneficio indebido.[47]

El caso paradigmático de conducta corrupta por parte de un servidor público sería el de aquel que utiliza su cargo para enriquecerse, o para favorecer a amigos o allegados. Nos encontraríamos, entonces, dentro de este amplio fenómeno de la corrupción, desde casos que pueden ser considerados "de alta intensidad" —pensemos en el amaño de una contratación pública por parte de un político a cambio de una comisión para sí mismo o su partido político (o para ambos— hasta aquellos casos que suelen calificarse como "de baja intensidad" —pensemos en un profesor que aprueba al hijo de un colega para mantener una cómoda relación laboral, o en un médico que receta una determinada marca de medicamentos no por sus cualidades sino por las ventajas "extraposicionales" que le ofrece el correspondiente visitador médico—. El que estas conductas puedan o no ser calificadas como delictivas en un determinado ordenamiento jurídico es algo contingente;

---

[47] Esta definición está inspirada en la que Atienza, Manuel, "Corrupción y función judicial", *Diario Información*, 16 de agosto de 2009, disponible en: *http://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=2009081600_8_920999__Opinion-Corrupcion-etica-judicial* realiza (partiendo a su vez del análisis de Malem, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, en los siguientes términos: "un acto de corrupción sería aquel que implica el incumplimiento de un deber vinculado a alguna posición social y efectuado normalmente de manera oculta con el propósito de obtener un beneficio indebido". En mi propuesta, por un lado, he incorporado que el beneficio puede no ser para el sujeto que actúa y, por otro lado, la eliminación del carácter "oculto" del acto de corrupción (lo que en realidad debe ser ocultado no es tanto el acto que calificamos como corrupto, sino su motivación o la obtención del beneficio indebido).

dicho de otro modo, habrá actos de corrupción en relación con los deberes impuestos por la práctica jurídica a los servidores públicos en el desempeño de sus funciones que, sin embargo, no puedan ser considerados delitos (y quizás, en algunos casos, ni siquiera ilícitos administrativos o faltas disciplinarias).

Sin embargo, y como hemos visto, la definición de la corrupción que ofrecía Rodolfo Vázquez era bastante más estricta. En su análisis incorporaba como elemento definitorio de la corrupción la presencia de un tercero; de modo que el acto corrupto era presentado como un "delito participativo", cuyos casos paradigmáticos serían el soborno y la extorsión. Quizás estos sean efectivamente los casos más graves y/o extendidos de corrupción y merezca la pena analizar sus peculiaridades (la vinculación, por ejemplo, que estos delitos tienen con lo que Vázquez propone llamar "camarillas": los sectores a los que beneficia la existencia de servidores públicos corruptos),[48] pero creo que no conviene olvidar que no son los únicos supuestos. El hecho de incorporar como elemento necesario para hablar de corrupción la participación de otra persona restringe en mi opinión injustificadamente el ámbito de aplicación de este concepto, dejando fuera, por ejemplo, los casos en que alguien utilice los poderes de decisión que le atribuye su cargo directamente en beneficio personal (pensemos en un servidor público que alquila por un ventajoso precio un local de su propiedad al organismo público al que representa; o el concejal que, a la hora de participar en el diseño de un plan urbanístico, tiene como objetivo revalorizar terrenos de su propiedad).

Lo que he querido poner de manifiesto con este análisis es precisamente la idea de que quizás no todos los actos de corrupción puedan ser configurados como "delitos". La idea de delito implica necesariamente la "tipicidad" de la conducta, mientras que —como hemos visto— puede haber muchos incumplimientos de deberes vinculados al desempeño de una responsabilidad que, aunque podrían ser considerados actos corruptos (pues sustituyen los fines a los que el sujeto debe lealtad por otros fines distintos), y como tales altamente reprochables, podrían no cumplir con las exigencias que consideramos justificado exigir para sancionar penalmente una conducta.

Volvamos de nuevo, para terminar, a la cuestión de las estrategias de lucha contra la corrupción. Si no todos los incumplimientos de deberes

---

[48] En el caso de España, por ejemplo, Ramió, Carles, *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España*, Madrid, Catarata, 2016, ha puesto recientemente de manifiesto que la mayor parte de los grandes beneficios de la corrupción política no acaban ni en las manos de los propios políticos corruptos, ni en las de sus partidos, sino que acaba repercutiendo en un altísimo —e injustificado— incremento de beneficios para las empresas privadas concesionarias de servicios o contratos públicos.

vinculados al desempeño de funciones pueden estar tipificados previamente, parece obvio que resultará insuficiente abordar la lucha contra la corrupción exclusivamente desde la perspectiva de la atribución de sanciones (penales o de otro tipo) para los actos corruptos. Necesitamos también diseñar estrategias que dificulten estas conductas, las desincentiven y promuevan en el ámbito público la realización de conductas responsables. En este punto, y como ya hemos visto, las propuestas de Rodolfo Vázquez vienen a señalar que dichas estrategias coinciden precisamente con intensificar los elementos definitorios de un Estado democrático de derecho. El punto de partida de su argumentación se encuentra en lo que considera la "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".[49]

A partir de ella, la receta que propone nuestro autor consistiría en: 1) optar por procedimientos democráticos de toma de decisión; 2) hacer que la toma de decisiones siga criterios previamente acordados (imperio de la ley o legalidad de la administración); y, por último, 3) instituir y fortalecer numerosos mecanismos de rendición de cuentas (independencia del Poder Judicial, control de la acción del gobierno por el Parlamento, elecciones periódicas, y ante la opinión pública: derecho de acceso a la información y libertad de expresión).

Es difícil no compartir la relevancia de estas tres exigencias señaladas por Rodolfo Vázquez, pero creo que la aceptación de la segunda requiere alguna matización. Muchas veces se dice que el mejor mecanismo para luchar contra la corrupción es "eliminar la discrecionalidad", pero así definida se trata de una empresa llamada al fracaso. La atribución de poderes discrecionales juega un papel fundamental y positivo en nuestras sociedades; se trata de un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores. La discrecionalidad así entendida ha de concebirse como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos o políticos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos; evaluaciones que pueden —y creo que deben— estar sometidas a control.[50] La solución al problema de la corrup-

[49] *Cfr*. Vázquez, Rodolfo, "Corrupción política…", *cit*., p. 211. Esta "ecuación" la toma a su vez del trabajo de Klitgaard, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación para el gran problema de fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994.

[50] Como ya señalé en Lifante Vidal, Isabel, "Poderes discrecionales…", *cit*., no hay nada contradictorio en afirmar que un poder es discrecional y, al mismo tiempo, que los actos en

ción, por tanto, no puede consistir en reglar minuciosamente todos los poderes que poseen los servidores públicos para que sus decisiones sean *siempre* aplicaciones mecánicas de reglas preexistentes, sino más bien en fortalecer la cultura del control de la discrecionalidad.

Si ello es así, y por tanto la discrecionalidad de los servidores públicos resulta en algunos ámbitos inevitable (e incluso positiva), hemos de ser conscientes de que en la lucha contra la corrupción cobrarán especial relevancia los esfuerzos dirigidos a diseñar las instituciones de modo que se dificulte el que las actuaciones de los servidores públicos estén motivadas por intereses espurios. Muchas de las medidas que —con mayor o menor éxito— hoy se reclaman vinculadas a los principios de "transparencia", "responsabilidad" o "buen gobierno" van precisamente en esa línea: se trata de prevenir posibles conflictos de intereses (a través del régimen de incompatibilidades, del control de "puertas giratorias"…) o al menos de dificultar la ocultación de las actuaciones corruptas (a través de una máxima publicidad de las actuaciones de las administraciones públicas y del fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos).

IV. Bibliografía

ATIENZA, Manuel, "Corrupción y función judicial", *Diario Información*, 16 de agosto de 2009, disponible en: *http://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=2009081600_8_920999__Opinion-Corrupcion-etica-judicial.*

——— y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

———, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de H. Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El enunciado de responsabilidad", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1996.

———, "Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta", *Isonomía*, México, núm. 21, 2004.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y a las normas de fin)", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 20, 1997.

---

ejercicio de dicho poder sean sometidos a control jurídico: la discrecionalidad no puede ser entendida como ausencia de normas reguladoras de una toma de decisión, sino más bien como la presencia de un tipo de normas específicas (las de fin).

GOODIN, Robert E., *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

HART, Herbert L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. de J. M. Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1995.

KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación para el gran problema de fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1994.

LAPORTA, Francisco J., "La corrupción política: introducción general", en LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S. (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza, 1997.

LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2000.

———, "Responsabilidad de rol y directrices", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 24, 2001.

LIFANTE VIDAL, Isabel, "Poderes discrecionales", en GARCÍA FIGUEROA, A. (ed.), *Racionalidad y derecho*, Madrid, CEPC, 2006.

———, "Sobre el concepto de representación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 32, 2009.

———, "El derecho como práctica interpretativa", en SAUCA, J. M. (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho*, Madrid, CEPC, 2015.

———, "Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Valencia, vol. XXXIII, 2017, en prensa.

MALEM, Jorge, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

MUGUERZA, Javier, "Kant y el sueño de la razón", en THIEBAUT, C. (ed.), *La herencia ética de la Ilustración*, Barcelona, Crítica, 1991.

———, "Los rostros de la igualdad en la cultura política contemporánea", *Laguna. Revista de Filosofía*, Santa Cruz de Tenerife, núm. 30, pp. 9-30.

PAZ ARES, Cándido, "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *InDret*, Barcelona, núm. 4, 2003.

RAMIÓ, Carles, *La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España*, Madrid, Catarata, 2016.

RICHARDSON, Henry S., "Institutionally Divided Moral Responsibility", en E. F., Paul *et al.* (eds.), *Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ROLDÁN XOPA, José, *La rendición de cuentas y responsabilidad por actividad discrecional y omisión*, México, CIDE, 2013, disponible en: *http://rendiciondecuentas.org.mx/wp-content/uploads/2013/11/07_RCC_JoseRoldan_190813.pdf.*

SUMMERS, Robert, "Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification", *Cornell Law Review*, Nueva York, vol. 63, núm. 5, 1978.

VÁZQUEZ, Rodolfo, "Estado de derecho y corrupción (compromisos para un universitario)", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 20, 1996.

———, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006.

———, "Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007.

———, *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático,* 3a. ed., México, Fontamara, 2010.

———, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015.

VILLORIA, Manuel, "Integridad", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, núm. 1, 2012.

WEBER, Max, *El político y el científico*, trad. de F. Rubio Llorente, 7a. ed., Madrid, Alianza, 1981.

EL FIN DEL *AFFAIRE* SOCIALDEMÓCRATA COMO LO HABÍAMOS CONOCIDO. O NO

Pau LUQUE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tesis contramayoritaria*. III. *Objetivo final de la socialdemocracia*. IV. *El sueño igualitarista*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Si uno no es marxista ni le parece que el mundo que dibujaba Nozick en *Anarquía, Estado y utopía* sea el mejor de los mundos posibles, y si uno tampoco piensa que las críticas comunitaristas a Rawls dieran en el blanco, a pesar de no estar completamente persuadido por Rawls, y si ese uno cree que el escepticismo jurídico y moral es un error y además está convencido de que una concepción formalista del Estado de derecho queda ampliamente superada por el constitucionalismo o de que el mercado no se regula solo o de que la lógica deóntica "sí... pero al final del día: no", y si de todo lo mencionado hasta ahora uno es, como diríamos en catalán, un "*bon paio*", o sea, un buen tipo, entonces probablemente uno es Rodolfo Vázquez. O por lo menos, para hacer la broma filosófica, uno es un *token* del *type* "Rodolfo Vázquez". Y si las preferencias enumeradas anteriormente constituyen las propiedades intencionales del *type* "Rodolfo Vázquez" entonces tiene sentido escribir un libro cuyo título sea *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*.[1]

En ese libro Vázquez desarrolla una serie de argumentos destinados a justificar la triada socialdemocracia-Estado constitucional de derecho-liberalismo político. Según Vázquez, todo aquel que esté preocupado por el problema de la pobreza y más concretamente por la desigualdad, habrá entrado en el terreno de la socialdemocracia. En el modelo socialdemócrata que Vázquez tiene en mente,

* Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, 2012,

> [p]odemos convenir a estas alturas que un socialdemócrata debe tomarse en serio las reglas del juego democrático; que la incorporación de los derechos humanos, con su vocación de universalidad, en la normatividad nacional, legal y constitucional (incluyendo los tratados internacionales en la materia) es una condición *sine qua non* para cualquier Estado de derecho; que es falsa la dicotomía entre Estado y mercado y que el primero resulta necesario para garantizar mejores condiciones de competencia y ausencia de privilegios (Adam Smith); que en sociedades modernas la defensa de libertades individuales, el respeto a la privacidad y un espacio laico para las deliberaciones públicas son elementos necesarios para una convivencia plural.[2]

Todo aquel socialdemócrata que abrace todo esto conjuntamente se habrá situado "en el contexto de una modernidad ilustrada, liberal moderadamente conservadora —si de lo que se trata es de conservar las viejas conquistas sociales— y en un socialismo reformista ajeno a reivindicaciones ilegal e ilegítimamente violentas".[3]

El propio Vázquez es consciente, y así lo reconoce, de que estas propiedades no son exclusivas de la socialdemocracia. Pero el punto relevante, para él, es que sólo un socialdemócrata puede darle sentido unitario. Es importante recalcar que Vázquez, al menos en parte, parece proponer esta triada a modo de respuesta al fin del denominado consenso socialdemócrata.[4] Con el advenimiento de la era Thatcher-Reagan, ese llamado consenso socialdemócrata salta por los aires y con ello la desigualdad, incluso en los países europeos, se dispara. Al parecer, se trata de la tesis compartida por Tony Judt, Ralf Dahrendorf o Agustín Basave, y que el propio Vázquez aparentemente suscribe.

La interpretación que yo hago de la tesis de Vázquez es que él piensa que asumir la triada que propone quizás sería una buena manera de revertir esa tendencia contraigualitarista, de modo tal que no sólo se recogería lo mejor de la socialdemocracia, sino que incluso esto sería compatible con lo mejor del liberalismo político y con el Estado constitucional de derecho.

Vázquez no es seguramente el primero que afirma la conexión entre socialdemocracia y Estado constitucional de derecho o entre socialdemocracia y liberalismo político. Buena parte de la literatura acerca de la necesidad de la protección constitucional de los derechos sociales puede ser interpretada como rastreando esa conexión entre socialdemocracia y Estado consti-

---

2 *Ibidem*, p. 25.

3 *Idem*.

4 Dahrendorf, R., "The End of Social Democratic Consensus", *Life Chances*, Ilinois, The University of Chicago Press, 1979.

tucional de derecho. Y la conexión entre socialdemocracia y liberalismo político, como recuerda Basave, viene desde lejos, al menos desde Bernstein,[5] lo que en términos del recorrido histórico ya vivido por la socialdemocracia quiere decir desde siempre. La formulación de estos binomios, pues, no es original. Lo que quizá sea original —lo digo arriesgándome, pues no conozco exhaustivamente la literatura al respecto— es la conjunción de estos dos binomios con el elemento socialdemócrata en común. Vázquez, pues, recoge lo mejor de cada casa. Éste es el mérito, creo, del libro de Vázquez.

Lo que me propongo aquí son básicamente dos cosas. En primer lugar, mostrar que es conceptualmente erróneo hablar de "consenso socialdemócrata" y, en segundo lugar, que, en parte debido a ese error, ni el Estado constitucional de derecho ni el liberalismo político, a pesar de que puedan ayudar en alguna medida, constituyen el elemento decisivo para revertir la tendencia contraigualitarista. Las consecuencias de mis consideraciones serán que la socialdemocracia no puede ser conservadora, en el sentido de conservar lo logrado hasta ahora, como sugiere el propio Vázquez y como ha dicho en alguna ocasión Tony Judt,[6] a pesar de lo atractivo que esa idea conservadora nos parezca a los socialdemócratas.

II. Tesis contramayoritaria

Mi tesis, al igual que a veces se dice del *judicial review*, es, me temo, contramayoritaria. Lo que estoy por afirmar contradice algunas consideraciones conceptuales compartidas de manera amplia y que, a mi entender, no son del todo correctas; no lo son, al menos en parte, porque están mezcladas con la discusión historiográfica. Mi tesis es que la batalla contra la desigualdad en algunos países europeos se ganó, parcial y solamente durante unas décadas del siglo XX que van desde los años cuarenta hasta los noventa (salvo en Inglaterra), no porque la socialdemocracia fuera el pensamiento político dominante (de hecho, en esa época y en esos contextos el marxismo estaría en condiciones de disputar esa hegemonía por la izquierda y el pensamiento democristiano por la derecha); tampoco se ganó porque las Constituciones incorporaran en su núcleo duro los derechos sociales ni porque los jueces intervinieran en este sentido, o no al menos primordialmente. La batalla contra la desigualdad en Italia, Alemania, Francia, Inglaterra o,

---

[5] Basave, A., *La cuarta socialdemocracia. Dos crisis y una esperanza*, Madrid, Catarata, 2015.

[6] Judt, T., *When the Facts Change. Essays 1995-2010*, Nueva York, Penguin Press, 2015, p. 337.

más tarde, España, se ganó, en alguna medida, porque existió un Estado del bienestar fuerte. Esto, dicho así, parece una banalidad, pero lo que quiero poner de relieve es que me parece que la historia oficiosa de la socialdemocracia peca en exceso al atribuirse un consenso alrededor de la idea misma de la socialdemocracia.

La idea de un Estado del bienestar fuerte no era patrimonio exclusivo de la socialdemocracia. El Estado del bienestar y las prestaciones sociales que de él se derivan son fruto de un pacto entre la socialdemocracia y la democracia cristiana (y en menor medida de los partidos liberales de la época). Pero las razones por las que la socialdemocracia y la democracia cristiana querían un Estado del bienestar eran probablemente distintas. Los socialdemócratas tenían un auténtico proyecto igualitarista. Los democristianos, en cambio, podían justificar un Estado del bienestar fuerte sobre la base de una combinación de factores: desde una genuina preocupación por los más débiles —preocupación, supongo, de inspiración cristiana—, pasando por un pragmatismo político relajado en términos ideológicos,[7] hasta el miedo por que en esos países llegase a darse las llamadas condiciones objetivas que hicieran que la ciudadanía prefiriera modelos de sociedades como los que se daban en los países donde reinaba el socialismo realmente existente.

De lo anterior se sigue, creo, que si existió algún consenso no fue en sentido estricto el consenso socialdemócrata; fue, en todo caso, el consenso a favor del Estado del bienestar. No es cierto, pues, que en aquella época "todos fuéramos socialdemócratas"; a lo sumo, "todos éramos favorables al Estado del bienestar". Esta no es una tesis historiográfica. Es una tesis conceptual. Quizás desde el punto de vista histórico es difícil distinguir quiénes eran socialdemócratas y quiénes no, puesto que todos parecieron adherirse a la propuesta de ingeniería institucional —léase el Estado del bienestar— de la socialdemocracia. Pero desde un punto de vista conceptual, me parece que lo que cuenta a la hora de decir que alguien es o no es socialdemócrata son las razones por las que uno quiere un Estado del bienestar fuerte. Y como he mencionado, el pensamiento democristiano no justificaba —en general— la necesidad de un Estado del bienestar fuerte sobre la base del mismo tipo de razones con las que los socialdemócratas justificaban esa necesidad.

Así que nunca hubo victoria ideológica de la socialdemocracia. Pero si estoy en lo cierto, esto no son malas noticias. Muchos socialdemócratas contemporáneos nos sentimos derrotados, añoramos un pasado dorado, de supuesta hegemonía. Sin embargo, ese pasado nunca existió, no hay nada

7 *Ibidem*, p. 324.

que añorar. Desde el punto de vista de la batalla ideológica no creo que los socialdemócratas estemos peor que en los sesenta o setenta, los años de la supuesta victoria socialdemócrata; al fin y al cabo la escuela de Chicago ya había tenido su éxito ideológico —aunque no institucional, no al menos completamente— y el pensamiento marxista dominaba entre buena parte de la clase trabajadora y los intelectuales de la posguerra. Pero lo bueno es que no fue necesaria la victoria ideológica de la socialdemocracia para menguar la desigualdad. Creo que este último es el dato relevante. Lo que se necesitaba para disminuir la desigualdad era un Estado del bienestar relativamente fuerte, no la victoria ideológica de la socialdemocracia. Y, como hemos visto, ambas cosas no son equivalentes: los liberales o los democristianos no se vieron persuadidos por el proyecto igualitarista por sí mismo; parece que lo fueron por la necesidad de tener un Estado del bienestar fuerte de forma relativa no sobre la base —o no necesariamente sobre la base— de razones igualitaristas, sino de otras consideraciones (pragmáticas, miedo al socialismo realmente existente, caridad, etcétera). En este sentido, no es inexacto decir que la adhesión al diseño institucional del Estado del bienestar por parte de los democristianos fue instrumental en sentido básico. Y es aquí donde viene una de esas lecciones que la historia no siempre da: es muy improbable persuadir a todos de las virtudes intrínsecas de la socialdemocracia, pero no es tan difícil persuadir tal vez no a todos pero sí a muchos de las virtudes instrumentales de la ingeniería institucional socialdemócrata. Si la desigualdad menguó durante algunas décadas en Europa fue porque el Estado del bienestar era un instrumento que también servía para los propósitos de la democracia cristiana. No es necesario convencer a todos de que la desigualdad es una lacra social cuya extinción debería ser prioritaria, basta con convencerlos de que el Estado del bienestar puede cumplir varias funciones (o, si se quiere, que menguar la desigualdad no es un fin en sí mismo, sino que también puede ser un medio para conseguir otros, *i. e.*, de nuevo, evitar que se den las condiciones objetivas para que se implante el socialismo).

Alguien podría decir que esta manera de ver las cosas peca de tacticismo. Y quizá tendría razón. Pero cualquier otra alternativa, sobre todo la de persuadir a todos de las virtudes intrínsecas de la socialdemocracia, me parece de mucha más difícil realización. Cada generación socialdemócrata debe estar en condiciones de seducir a los rivales ideológicos de las bonanzas de un Estado del bienestar. Esto quiere decir que hay un sentido en el que el proyecto socialdemócrata es un proyecto en permanente reconstrucción, un proyecto en el que no solamente los logros son temporales y deben renovarse, sino también que las razones que persuadieron a

los rivales ideológicos en el pasado pueden no funcionar en el presente. Y es probablemente esto último lo que en parte explica por qué el Estado del bienestar es cada vez más débil y por qué la desigualdad crece en esos países en la actualidad. Algunas de las motivaciones que hicieron que los rivales de la socialdemocracia abrazaran el Estado del bienestar han desaparecido. Ya no existe el miedo a los países socialistas (entre otras cosas porque con la caída de la URSS y del muro de Berlín los restantes países socialistas tienen un peso y una influencia marginales), es decir, ya no existe el miedo a que el grado de desigualdad social sea tan grande como para que la ciudadanía abrace un modelo socialista alternativo porque, de hecho, ese modelo ya no existe. Invocar ese miedo para detener los recortes sociales es invocarlo en vano. Tampoco está presente, en la psicología de los ciudadanos, la miseria social derivada de las contiendas bélicas. Así que invocar esas contiendas para presentar el Estado del bienestar como un antídoto contra las miserias derivadas de ellas probablemente tenga poco recorrido.

Pero a lo mejor hay algo más. Cuando digo que las razones que persuadieron a los rivales ideológicos en el pasado pueden no funcionar en el presente, alguien podría decir: "bueno, en realidad no es un problema de las razones invocadas. El problema profundo es que los rivales ya *no son los mismos*". Hace 30 o 40 años los socialdemócratas, al menos en Europa, tenían que lidiar con la democracia cristiana, cuya sensibilidad social, así como la de los *tories* de la época churchilliana y poschurchilliana (hasta el desastre thatcheriano), era más acentuada que la de los partidos conservadores contemporáneos. Era más fácil lidiar con los democristianos que con los actuales dirigentes de los partidos conservadores, mucho más influenciados por el neoliberalismo económico. Esto, hasta cierto punto, me parece indisputable. Pero no me parece un obstáculo concluyente. Cuando digo que las razones que quizás valían hace 40 años para convencer de las bondades del Estado del bienestar quizás ya no valen ahora, lo que también quiero decir es que quizás ya no valen ahora porque los rivales ideológicos ya no son los mismos. Aquellas razones de caridad que podían atraer a un democristiano para aceptar un Estado del bienestar en los años cincuenta o sesenta serán absolutamente irrelevantes para un neoliberal contemporáneo. Pero, de nuevo, no me parece que esto selle el fin de la discusión. Únicamente nos dice que las razones de caridad no son operativas al día de hoy para persuadir a los neoliberales de la necesidad de un Estado del bienestar fuerte.

Así, el consenso socialdemócrata es, en el mejor de los casos, una forma de hablar del consenso alrededor del Estado del bienestar. Alguien podría replicarme que estoy dando una batalla por palabras, que estoy involucrado en una mera disputa verbal que no parece preocupar a nadie. Admito

que lo último puede ser el caso. Pero negaría que se trate de una cuestión puramente verbal (a no ser, claro está, que uno considere que todas las cuestiones conceptuales no son nada más en el fondo que cuestiones puramente verbales, lo que puede que sea cierto, pero ahora mismo prefiero dejar a un lado esta discusión filosófica). Al menos en este caso, de la precisión —y de la imprecisión— conceptual parecen seguirse una serie de equívocos respecto a la manera en que la socialdemocracia puede perseguir sus objetivos. Obsesionados con alcanzar ese supuesto consenso socialdemócrata, nos dedicamos a intentar persuadir a muchos de las virtudes intrínsecas del proyecto socialdemócrata y de la lacra social que es en sí misma la desigualdad económica y social. No hace falta ser un escéptico moral para descubrir las dificultades de que las personas abracen preferencias morales y políticas radicalmente distintas sobre la base de argumentos y razones. Difícilmente convenceremos a un neoliberal de que acepte el proyecto socialdemócrata, y las razones que lo motivan, *tout court*. Si alguien cree que la desigualdad no es un problema no se ve muy bien por qué debería cambiar de opinión insistiendo en que es inmoral tener sociedades desiguales. (Aun suponiendo una metaética objetivista, y asumiendo la hipótesis de que las propuestas de la socialdemocracia se corresponden con las verdades objetivas, uno podría ser irracional y seguir actuando sobre la base de proposiciones morales falsas; por eso no creo que la cuestión metaética no ya decisiva, sino ni siquiera relevante, en esta discusión.) Sin embargo, parece algo menos difícil, al menos *a priori*, convencerlos de que un determinado diseño institucional, *i. e.* el Estado del bienestar, también puede suponer algunos beneficios para su propio proyecto (más tarde volveré sobre alguna propuesta muy tentativa a este respecto).

En todo caso, lo que quiero señalar aquí es que la voluntad de rehacer un consenso socialdemócrata depende de que alguna vez ese consenso existiera, y esto, como vengo insistiendo es lo que no ocurrió. Pensar que ese consenso tuvo lugar no es un error historiográfico, sino, creo, un error conceptual del que —tal vez— se deriva una manera de perseguir los objetivos socialdemócratas destinada al fracaso. Lo que sí existió, en cambio, fue un consenso alrededor del Estado del bienestar. Quizás sí se puede recuperar ese consenso acerca del Estado del bienestar, o de algo muy parecido, si se puede persuadir a los rivales ideológicos de las bondades instrumentales de esa ingeniería institucional.

III. Objetivo final de la socialdemocracia

Como ya dije, la interpretación que hago de algunas de las consideraciones que Vázquez manifiesta en el libro consiste en que sumar al proyecto socialdemócrata los elementos del Estado constitucional de derecho y el liberalismo político no sólo no resulta incompatible, sino que incluso puede compartir el mismo objetivo final de la socialdemocracia, a saber, acabar o al menos menguar las desigualdades sociales. De hecho, en algunos pasajes Vázquez afirma que el Estado constitucional de derecho, para serlo, debe convertirse en un Estado liberal igualitario o socialdemócrata de derecho,[8] a saber, un Estado cuya Constitución contemple tanto los derechos sociales, y sus correlativos deberes positivos por parte del Estado, como los derechos derivados del valor "libertad", y sus correlativos deberes negativos por parte del Estado.

En esta sección reconstruiré de manera muy breve el argumento de Vázquez, presentaré algunas dudas al respecto y, finalmente, expondré, por qué me parece que el mejor camino hacia la igualdad social no tiene tanto que ver con el Estado constitucional de derecho —a pesar de que no haya incompatibilidad— como con el hecho de convencer a los rivales ideológicos de la socialdemocracia de las virtudes instrumentales del Estado del bienestar.

Según Vázquez, no es posible promover la autodeterminación de los ciudadanos menos autónomos si el Estado, además de asegurar las libertades negativas, no asegura lo que podríamos llamar libertades positivas. Y éstas sólo pueden ser aseguradas si la Constitución —así como los jueces— reconocen los llamados derechos sociales. Este esquema desembocaría en la reformulación del principio rawlsiano de la diferencia en lo siguiente: "maximizar la autonomía personal sin poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos". De este modo

> Para proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades entendida no sólo 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.[9]

---

8 Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata…*, *cit.*, p. 56.

9 *Ibidem*, p. 58.

Así pues, no existiría hiato entre la igualdad y la libertad y, más aún, tampoco existiría hiato entre el aspecto formal y el aspecto material del Estado de derecho, ya que

> de nada sirve sostener la supremacía de la ley justificada por el principio de imperatividad sin la debida defensa de los derechos humanos, tanto de los liberales como de los sociales, económicos y culturales; pero la argumentación inversa también es correcta: de nada sirve la exigencia del respeto a los derechos humanos sin la imperatividad de la ley, pues si esta última pone el acento en el aspecto formal del Estado de derecho, la primera lo hace en su aspecto material.[10]

De este modo, se puede ver la conexión íntima que Vázquez afirma respecto de los tres elementos de la triada socialdemocracia-Estado de derecho-liberalismo político.

Pero tengo dudas, nada más que eso, al respecto. Empezaré por la relación entre socialdemocracia y liberalismo político, en su versión rawlsiana. Si entiendo bien, lo que Vázquez está afirmando es que hay una manera de fusionar ambas tradiciones a través de la reformulación del principio rawlsiano de la diferencia. Lo que ocurre es que en el imaginario de Rawls el principio de libertad es lexicográficamente superior al principio de igualdad, mientras que en la reformulación de Vázquez me parece que no existe ese orden de prioridades: ambos principios tienen un mismo peso y son igual de prioritarios. Si no estoy entendiendo mal lo que quiere decir Vázquez, me parece que la reformulación del principio de la diferencia satisface a un socialdemócrata, pero no estoy seguro de que un liberal político pudiera aceptarlo sin desvirtuar la naturaleza de su proyecto. No en vano, algunos han distinguido entre liberal-democracia, de la cual Rawls sería su exponente más conocido, y que sitúa al principio de libertad por encima de igualdad, y socialdemocracia, para la cual no hay prioridad entre estos principios,[11] y a la que pertenecería también la propuesta de reformulación del principio de la diferencia de Vázquez. Este punto es importante, al reformular el principio de la diferencia no se está haciendo compatible la socialdemocracia con el liberalismo político, sino que se está transformando la liberal-democracia en socialdemocracia, pero esto son dos cosas distintas, no es lo mismo afirmar que *A* y *B* son compatibles que modificar

---

[10] *Ibidem*, pp. 58 y 59.

[11] Barragué, B., "Las raíces filosóficas del proyecto socialdemócrata, entre el liberalismo y el republicanismo", *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, Barcelona, núm. 15, 2013, pp. 25-31.

A de manera tal que sea compatible con *B*. Desconozco en profundidad la obra de Rawls, pero mi intuición, nada más que eso, es que el argumento de Vázquez no puede hacer compatibles en sentido estricto socialdemocracia y liberalismo político, sino que el argumento da buenas razones para transformar el liberalismo político en socialdemocracia al igualar los dos valores mencionados.

En cuanto a las relaciones entre socialdemocracia y Estado de derecho, entiendo que la afirmación de Vázquez consiste en decir que el Estado de derecho no debería contemplar sólo aquellos derechos que garanticen las libertades formales sino que también debería estar comprometido con, por así llamarlo, las libertades materiales (o libertades positivas). Este conjunto de derechos, para Vázquez, debería formar parte de lo que Garzón Valdés llamó "coto vedado", a saber, ese contenido constitucional inmune a los vaivenes de las mayorías parlamentarias por vía de su protección mediante la jurisdicción constitucional.[12] De este modo, los derechos sociales, y no nada más los llamados derechos civiles y políticos quedarían sustraídos de la regla de la mayoría. No diré mucho sobre esto, entre otras razones porque la literatura acerca de la llamada objeción contramayoritaria es, al día de hoy, inabarcable.[13] Mi propia posición al respecto es que buena parte del debate resulta algo misterioso porque no me parece evidente si los autores de uno y otro bando defienden sus tesis desde una perspectiva particularista, esto es, si el *judicial review* está justificado sólo en algunos casos de países con (supuesta, digámoslo así) poca tradición democrática —o universalista— esto es, para seguir con el ejemplo, si el *judicial review* está justificado con independencia de las circunstancias particulares de los sistemas jurídicos.[14] Pero seguiré aquí una vía diversa. Mi tesis es que la mejor manera de asegurar los derechos sociales no pasa por la dimensión jurisdiccional constitucional. Para ello daré un par de razones:

a) El contenido de significado de los derechos sociales, al igual que el contenido de los derechos civiles y políticos, no es unívoco. Difícilmente sería posible una formulación tal del texto normativo que no admitiera más de una interpretación, incluida alguna que restringiera, hasta dejar prácticamente en nada, los derechos sociales. Aquí, de nuevo, no hace falta ser un

[12] Vázquez, R. "Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 44, 2010, p. 256.

[13] Véase, para una excelente reconstrucción de la discusión y una novedosa manera de afrontar la cuestión, González Bertomeu, J. F., "Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review", *Legal Theory*, Massachusetts, núm. 17, 2011, pp. 81-118.

[14] Luque, P., "Il controllo giurisdizionale di costituzionalità tra universalismo e particolarismo", *Ragion Pratica*, Génova, núm. 44, junio de 2015, pp. 159-178.

escéptico interpretativo *tout court*[15] para darse cuenta de que el lenguaje que encapsula los derechos constitucionales es más vago —y difícilmente podría ser de otra manera— que el lenguaje legislativo. Ello hace que los jueces constitucionales, en la medida en que son la última instancia en materia de interpretación constitucional, puedan elegir dotar de un contenido tal a los derechos sociales de modo que los deje en agua de borrajas. De esto, como nos enseñó Hart, no se sigue que esas decisiones sean infalibles, pero sí que son finales,[16] y que sean finales significa que una interpretación del contenido de los derechos sociales que sea restrictiva es grave en sí misma.

b) La posibilidad de que un juez constitucional elija o no una interpretación restrictiva de los derechos sociales depende, en buena parte, de la ideología del juez (asumo aquí, más por mor del argumento que porque crea plenamente en ello, que los jueces constitucionales no tienen constreñimientos normativos, digamos, externos; a pesar de esto y aun sabiendo que se trata de una visión iusrealista casi extrema, algo que me incomoda, lo cierto es que si uno mira la evidencia empírica parece difícil rebatir que, al menos en esta instancia jurisdiccional, los iusrealistas no tengan por lo menos algo de razón). En la medida en que no es posible garantizar que los jueces que sean elegidos —no importa mucho aquí cuál sea el procedimiento— para los tribunales constitucionales sean siempre y en todos los casos sensibles a interpretaciones extensivas de los derechos sociales, no es posible garantizar las interpretaciones extensivas de los derechos sociales y, en consecuencia, no es posible garantizar un pleno respeto a los derechos sociales.

Alguien dirá que aún la peor de las hipótesis, a saber, que los jueces constitucionales interpreten del modo más restrictivo posible los textos normativos de los derechos sociales, es mejor que la ausencia total de los derechos sociales en el texto normativo constitucional. Esto es probablemente verdad, pero no deja de ser una victoria más bien pírrica. Y si hay una victoria alternativa, más amplia, para la socialdemocracia, no veo por qué nos deberíamos conformar con una victoria marginal. En la siguiente sección sugeriré de qué modo podría tratar de obtenerse esa victoria más amplia. Para cerrar esta sección, sólo quiero resumir las dificultades conceptuales y prácticas de la triada por la que apuesta Vázquez. En primer lugar, la reformulación del principio de la diferencia que hace él parece igualar los dos valores en juego, a saber, libertad e igualdad, abandonando así la ordenación lexicográfica propuesta por Rawls. En segundo lugar, encapsular los

[15] Guastini, R., *La sintassi del diritto*, Turín, Giapicchelli, 2010.

[16] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

derechos sociales en los textos constitucionales queda lejos de garantizar la interpretación extensiva de aquéllos.

Estas dos breves notas críticas no significa que los argumentos de Vázquez no sean atractivos. Creo que lo son. Mi único punto consiste en decir que a lo mejor no hace falta pensar en ellos como la triada de la que habla Vázquez. Simplemente hay que aceptarlos, sin preocuparnos por si no consiguen armonizar los tres elementos de la triada propuesta por Vázquez.

IV. El sueño igualitarista

El sueño igualitarista, pues, es una empresa cuya realización es difícil. La humilde y muy tentativa propuesta práctica que voy a hacer a continuación es compatible tanto con el espíritu que empuja a Vázquez a la reformulación del principio de la diferencia como con la inclusión de los derechos sociales en la Constitución y su protección por parte del máximo órgano jurisdiccional. Lo que ocurre, simplemente, es que creo que estas dos últimas propuestas no sean suficientes para fundar una estrategia igualitarista ganadora, o, al menos, una estrategia que consiga más objetivos desde el punto de vista igualitarista.

Mi principio guía es el que he enunciado anteriormente: la mejor manera de conseguir limar desigualdades sociales consiste en persuadir a nuestros rivales ideológicos de las bondades del Estado del bienestar. Pero aquí la socialdemocracia tiene que ser creativa, no puede ser conservadora, insistiendo en mantener algunas conquistas sociales de cuya vigencia y necesidad ya no hay manera de convencer a los rivales ideológicos. Obviamente, hay conquistas sociales que deben ser innegociables y cuya conservación es fundamental: sanidad y educación públicas y de calidad, con los matices que se quieran, son imprescindibles. No me refiero a este tipo de conquistas sociales. Me refiero a otras.

La siguiente propuesta desarrolla —muy tentativamente, repito— una sugerencia que hizo José Juan Moreso hace un tiempo durante una comida juntos en Barcelona. Ciertos economistas vienen insistiendo desde hace tiempo en que una de las reformas imprescindibles para proseguir con (o reanudar) el crecimiento económico, es decir, para crear riqueza, consiste en la flexibilización del despido laboral. Esta reforma permitiría eliminar trabas para despedir a trabajadores en las empresas privadas al abaratar los costes del despido. No discutiré aquí la premisa según la cual la flexibilización del despido ayudaría a incrementar el crecimiento (a pesar de que

al parecer algunos economistas, como Joseph Stiglitz, la ponen en duda). Asumiré que es verdadera.

Es obvio que, aun asegurando el crecimiento (y aun suponiendo que no es la única manera de asegurar el crecimiento), hay buenas razones, para un igualitarista, para oponerse a ella. Abaratar y flexibilizar el despido laboral deja a los trabajadores, la capa social activa con menos recursos de una sociedad, desprotegidos, así que parece haber una buena razón para dar la pelea por conservar esa conquista social, y es que no hacerlo significaría dar por bueno el previsible aumento de la desigualdad que surgiría de implementarse la reforma.

Sin embargo, si la premisa mencionada anteriormente es verdadera (o al menos algunos la consideran verdadera), y el crecimiento económico es la máxima (y quién sabe si única) prioridad para algunos, no parece que el aumento de la desigualdad les vaya a conmover mucho. Por ello es difícil que los argumentos igualitaristas, por sí mismos, vayan a resultar atractivos para los rivales ideológicos contemporáneos de los socialdemócratas.

Pero hay, creo, una salida. Si esa forma de proteger a los trabajadores resulta incompatible con el crecimiento económico, entonces hay que buscar una forma diversa de protegerlos que sí sea compatible con el crecimiento económico. Una forma que necesariamente pasará por el Estado del bienestar y que los rivales ideológicos de la socialdemocracia puedan aceptar. Esa forma podría ser la renta básica universal, en el sentido defendido, entre otros, por Van Parjis[17] o Daniel Raventós.[18] Entiendo por renta básica universal el ingreso que todo ciudadano recibe por parte del Estado con independencia de su clase social o de su ocupación (incluso de si tiene ocupación) laboral. La implementación de la renta básica contribuiría a frenar la desigualdad social y económica, pues haría que las personas con bajos recursos mejoraran su situación, contribuiría a que la gente no se viera obligada a aceptar cualquier oferta de trabajo por falta de un ingreso alternativo y, con ello, se revalorizaría la capacidad de trabajo. No me explayaré aquí en las virtudes igualitaristas de la renta básica. Al igual que la premisa mencionada anteriormente —según la cual la flexibilización del despido laboral es necesario para el crecimiento económico—, asumiré no sólo las virtudes igualitaristas de la renta básica, sino también la plausibilidad de financiarla sin hacer ninguna revolución social o política (plausibilidad en

[17] Van Parijs, P., *Real Freedom for All. What (If Anything) Can Justify Capitalism?*, Oxford, Clarendon Press, 1995, cap. 2.

[18] Raventós, D., *Las condiciones materiales de la libertad*, Barcelona, El Viejo Topo, 2012.

la que vienen insistiendo los partidarios de la renta básica).[19] Lo importante aquí es que otra virtud que tendría la Renta Básica consistiría en que ante la flexibilización del despido laboral el trabajador o trabajadora (y en realidad cualquier ciudadano por el mero hecho de serlo) estaría protegido.

¿Cómo funcionaría, pues, la estrategia de persuasión? Si el miedo principal contemporáneo de los rivales ideológicos de la socialdemocracia es la falta de crecimiento económico, y si la flexibilización laboral es el antídoto contra esa falta de crecimiento económico, entonces hay que acabar con ese miedo flexibilizando el empleo. ¿Sería esto un sacrilegio igualitarista? Por sí mismo, por supuesto que sí. Pero la idea es que se flexibiliza el despido laboral a cambio de implementar la renta básica. Es probable —aunque no estoy seguro de ello— que el mundo ideal igualitarista sería aquel en el que no hay flexibilización del despido laboral y además hay renta básica. Del mismo modo, en los años cincuenta o sesenta el mundo igualitarista ideal era el del socialismo realmente existente —esta afirmación, en términos de igualdad económica pura, me parece indisputable—, pero la socialdemocracia valoraba otras consideraciones morales y políticas y por ello no tenía sentido perder la cabeza por ese mundo igualitarista ideal. Los socialdemócratas contemporáneos no tienen por qué perder tampoco la cabeza por un mundo ideal igualitarista en que no hay flexibilidad en el despido pero sí renta básica; al fin y al cabo, el socialdemócrata sabe que necesita crecimiento económico para seguir financiando el Estado del bienestar (dejo a un lado aquí, más por desconocimiento que por otra cosa, la hipótesis del crecimiento cero). Se trata de un *quid pro quo*: los socialdemócratas evitamos un escenario indeseado para nuestros rivales ideológicos (*i. e.* la ausencia de crecimiento económico, concediendo la flexibilización del despido laboral) a cambio de la implementación de una medida (*i. e.* la renta básica) destinada a menguar la desigualdad. La estructura del *quid pro quo* no es muy distinta de la que se dio hace 50 o 60 años: los socialdemócratas evitaron un escenario indeseado para sus rivales ideológicos (*i. e.* frenaban las simpatías de la ciudadanía hacia el socialismo realmente existente por el aumento lacerante de la desigualdad) a cambio de la implementación de una serie de medidas (*i. e.* el Estado social) destinadas a menguar la desigualdad.

Así, esta propuesta significa y a la vez no significa el final del *affaire* socialdemócrata como lo habíamos conocido. O, dicho de otro modo, esta propuesta es conservadora y a la vez no lo es. No es conservadora porque implica estar dispuesto a no mantener alguna de las conquistas sociales con-

---

[19] Véase *http://www.sinpermiso.info/textos/un-modelo-de-financiacin-de-la-renta-bsica-para-el-conjunto-del-reino-de-espaa-s-se-puede-y-es.*

cretas (como las políticas antiflexibilización del despido), pero es conservadora en el sentido de que copia la estrategia empleada en el pasado para conseguir algunas victorias en materia de la lucha contra la desigualdad.

Esta propuesta afrontaría, estoy seguro, múltiples dificultades de toda naturaleza. Pero lo que me interesaba en ese escrito no son tanto los detalles de esta propuesta en concreto, como la manera general en la socialdemocracia, creo, puede obtener éxito en su empresa de disminuir la desigualdad social y económica.

Como decía, no creo que nada de esto sea incompatible con la propuesta de triada de Vázquez. Pero sí creo que mi manera de proceder tiene alguna ventaja porque, a diferencia de otros acercamientos a la protección de los derechos sociales, como quizás —aunque no estoy seguro— la reformulación del principio de la diferencia y la protección constitucional jurisdiccional, mi propuesta no está construida *contra* los rivales ideológicos de la socialdemocracia sino *con* ellos.

Queda una última cuestión. Alguien podría decirme que estoy mezclando diversos planos del discurso: no es lo mismo la discusión rawlsiana, que se mueve en la dimensión de la teoría de la justicia, o la discusión acerca del alcance del *judicial review*, que se mueve, en buena parte, en la esfera de la teoría constitucional, que la discusión acerca de cuáles deberían ser los movimientos políticos que debería realizar un socialdemócrata. No sabría muy bien cómo responder a esta pregunta. Lo único que se me ocurre es que las motivaciones para cada una de estas cosas son la misma: limar las desigualdades sociales. En todo caso, no querría ser malinterpretado: el principal punto de mi artículo no es incompatible con la triada propuesta por Vázquez, sino más bien complementario.

V. Bibliografía

Barragué, B., "Las raíces filosóficas del proyecto socialdemócrata, entre el liberalismo y el republicanismo", *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*, Barcelona, núm. 15, 2013.

Basave, A., *La cuarta socialdemocracia. Dos crisis y una esperanza*, Madrid, Catarata, 2015.

Dahrendorf, R., "The End of Social Democratic Consensus", *Life Chances*, Ilinois, The University of Chicago Press, 1979.

GONZÁLEZ BERTOMEU, J. F., "Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review", *Legal Theory*, Massachusetts, núm. 17, 2011.

GUASTINI, R., *La sintassi del diritto*, Turín, Giapicchelli, 2010.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.

JUDT, T., *Thinking the Twentieth Century with Timothy Snyder*, Nueva York, Penguin Books Ltd., 2012.

———, *When the Facts Change. Essays 1995-2010*, Nueva York, Penguin Press, 2015.

LUQUE, P., "Il controllo giurisdizionale di costituzionalità tra universalismo e particolarismo", *Ragion Pratica*, Génova, núm. 44, junio de 2015.

RAVENTÓS, D., *Las condiciones materiales de la libertad*, Barcelona, El Viejo Topo, 2012.

VAN PARIJS, P., *Real Freedom for All. What (If Anything) Can Justify Capitalism?*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

VÁZQUEZ, R., "Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 44, 2010.

———, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, 2012.

LA VENA LIBERAL DEL DERECHO. APUNTES PARA UNA TEORÍA JURÍDICA NORMATIVA

Piero MATTEI-GENTILI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La relación entre derecho y moral. ¿Por qué una teoría jurídica normativa?* III. *La racionalidad moral del derecho*. IV. *Cauces y límites de la moral en el derecho*. V. *Dos posibles críticas y una propuesta*. VI. *A manera de conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Quien haya tenido la oportunidad de conocer a Rodolfo Vázquez mediante sus textos, conferencias, seminarios y clases, no podrá más que sorprenderse del inmenso repertorio de temas que aborda so excusa de hablar a final de cuentas de una cosa, derecho. Teoría jurídica, ética, derechos humanos, minorías, salud pública, laicidad, educación, bioética, etcétera, son varios de los temas que el reconocido catedrático del Instituto Tecnológico Autónomo de México ha abordado e incitado a formar parte del debate público a juristas, jueces, legisladores, servidores públicos y académicos.

Al seguir su amplia trayectoria y pensamiento con sagacidad, es imposible dejar de notar que detrás de esta amplia gama de temas abordados bajo la excusa de hablar acerca de "derecho", existe una motivación cardinal, que es la promoción y perfeccionamiento de una agenda jurídica sólida, de corte liberal e igualitaria, de los derechos y las libertades. Así, aunado al adjetivo de la solidez, es imperante destacar que la promoción de dicha agenda no se sostiene únicamente sobre el plano del pensamiento filosófico político propio del liberalismo igualitario, sino que, conforme de su labor como filósofo del derecho, tiene un fuerte arraigo sobre sus concepciones respecto a lo que el derecho es; es decir, en una suerte de teoría jurídica

* Universidad Nacional Autónoma de México.

propia que, sin embargo, atendiendo a la propiedad esencial de toda labor filosófica seria, se basa en una pretensión de universalidad y/o veracidad sostenidas en la racionalidad de su argumentación.

Es menester destacar que la obra de Rodolfo Vázquez nunca se ha enfocado propiamente en elucidar una teoría jurídica, lo que por supuesto, no significa que no sostenga una actitud teórica y que no tenga posturas firmes respecto de los debates contemporáneos,[1] como es ejemplo el hecho de que uno de los temas que más le han apasionado es el de la relación entre el derecho y la moral, pues —en concordancia con Francisco Laporta— como él sostiene, dicho tema es el lugar donde la filosofía jurídica *está.*[2]

En este sentido, el presente ensayo tendrá por objeto buscar trazar los fundamentos —o notas— de lo que sería una teoría jurídico-normativa de Rodolfo Vázquez, partiendo del análisis que el profesor ha realizado respecto de las principales teorías jurídicas en torno al problema de la relación entre derecho y moral, para posteriormente esclarecer los principios en los que sostiene las fronteras morales del derecho mediante un breve análisis de los temas del control de constitucionalidad y su relación con la democracia, como temas centrales respecto del Estado constitucional de derecho.

Es importante destacar que se han tomado como marco de referencia el tema del control de constitucionalidad —así como la inminente referencia al Estado constitucional de derecho— puesto que se les ha considerado como el más óptimo para abducir postulados propios de lo que constituirían elementos de una teoría jurídica. Sin embargo, esto no excluirá que ocasionalmente se haga referencia a otros temas abordados por Rodolfo Vázquez, puesto que en éstos también es posible encontrar rasgos de suma relevancia para esbozar lo que constituiría su concepción teórica del derecho.

Finalmente, concluiré buscando responder a dos posibles críticas a la teoría esbozada y efectuando una humilde propuesta que pueda sortear a las mismas y, a su vez, expandir sus alcances.

---

[1] En este sentido, el propio Rodolfo Vázquez sostiene que una concepción teórica, explícita o implícita, sostenida por los actores y medios sociales recrean la noción de "cultura de la legalidad" que influye en el imaginario social sobre lo que se debe o no debe entender por derecho. Así, propugna por un modelo propio de "cultura de la legalidad" (el argumentativo-democrático), lo que permite deducir válidamente que, por ende, sostiene una concepción o teoría del derecho en la que ésta se sustenta. *Cfr.* Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009, pp. 43 y 44.

[2] Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2010, p. 17.

II. La relación entre derecho y moral. ¿Por qué una teoría jurídica normativa?

Ante una lectura perspicaz de su obra, se puede observar —si no he mal interpretado— que si Rodolfo Vázquez aborda todos los temas anteriormente mencionados con el pretexto de hablar de cuestiones jurídicas, lo hace no sólo por su compromiso con la agenda liberal igualitaria, sino porque él mismo concibe al derecho moderno occidental como un producto inminentemente liberal, cuya racionalidad, operatividad e incluso corrección, se explican en su mejor luz cuando se le entiende de esta manera. Es decir, desde la filosofía, su compromiso se concretiza en buscar dar respuestas a temas prácticos relacionados con el derecho para los que, sin embargo, éste no siempre se muestra claro y donde el debate requiere de una argumentación sólida para dar la respuesta que mejor justifique el uso de esta herramienta.

Lo anterior —como a continuación se verá— no significa, sin embargo, que Rodolfo Vázquez sobreponga la postura político-moral del liberalismo igualitario al derecho, pretendiendo que la primera sustituya al segundo y cayendo, por ende, en la inocencia de sostener la famosa falacia naturalista.

Siguiendo la propuesta de Norberto Bobbio sobre los campos en los que se puede enfocar la filosofía jurídica, Rodolfo Vázquez admite centrar su labor en aquellos aspectos tocantes a la relación del derecho con los principios de justicia y los valores que, en general, cohesionan normativamente a una sociedad.[3] Esto me parece, puede ser un despiste respecto del objetivo planteado, dado que el jurista turinés distingue a este campo como propio de una "teoría de la justicia o ética jurídica", diferenciándolo de los otros dos que señala, el relativo propiamente a la "teoría del derecho" y el de la "teoría de la ciencia jurídica", refiriéndose a la primera como aquella labor filosófica encauzada a la determinación de un concepto del derecho.[4] Sin embargo, parece imposible realizar cualquier propuesta axiológico-normativa plausible o realista para el derecho o los temas jurídicos, si no se tiene aunque sea un concepto o teoría escueta del mismo. Es decir, cualquier propuesta razonable de una teoría de la justicia para el derecho, o de ética jurídica, implica una concepción de lo que el derecho *es*, independientemente de cualquier pretensión político-moral de lo que se considere que éste *deba ser*. Por lo que la distinción entre uno y otro no es tan nítida como

---

[3] *Ibidem*, p. 11.

[4] *Cfr*. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, pp. 98-100.

se pretende y, si bien se pueden realizar ambas por separado, queda claro que cualquier teoría plausible de la justica para o conforme al derecho, debe necesariamente implicar una teoría de éste.

De tal manera, nos encontramos ante la necesidad de buscar un fundamento epistémico del cual partir en la elaboración teórica. En este sentido, Rodolfo Vázquez aprecia la "humildad científica" en la filosofía jurídica, y la exigencia que ésta conlleva de sostenerse en criterios empírico racionales que se alejen de la especulación metafísica, que en nada se corresponde con la labor de los juristas. Sin embargo, en contra de las posturas más radicales, que sostienen que todo juicio moral está condenado al fracaso por no poder sostenerse racionalmente y carecer de criterios empíricos de verificabilidad, él sostiene que la "humildad científica" no demanda un empirismo rígido ni la existencia de una metaética escéptica; en cambio, considera que es posible construir una filosofía jurídica analítica que se desprenda de su empirismo primigenio, "dispuesta sin falsos temores a incorporar conceptos metafísicos como condiciones de cualquier discurso racional y anclada en una metaética objetivista 'mínima', pero necesaria, para dar cuenta de la multiplicidad de dilemas ético-jurídicos".[5]

III. La racionalidad moral del derecho

Lo anteriormente expuesto, nos da un buen rastro del criterio epistémico global de racionalidad en el que se sostendría la teoría que buscamos desentrañar. Me parece, en este tenor, que Vázquez concuerda con Gregorio Robles en considerar que una teoría jurídica general y que busque ser útil en la dilucidación del fenómeno jurídico debe, a su vez, proporcionar un marco teórico tanto de la dogmática jurídica como de la decisión jurídica; el primero con el propósito de discurrir el modo en que los juristas han de interpretar los textos jurídicos (entendiendo "texto" en su sentido más amplio), pues lo que al jurista le interesa es cómo tatar con el mayor rigor posible la materia jurídica, y el segundo, que necesariamente implica enfrentarse a los criterios para decidir (valores, principios).[6]

Por ende, como criterio empírico, Rodolfo Vázquez constata que la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos contemplan en sus textos constitucionales (y en tratados internacionales firmados y ratificados), am-

---

[5] Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 13.

[6] Robles, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013, pp. 10 y 11.

plios catálogos de derechos humanos[7] con un fuerte contenido valorativo y no siempre bien esclarecidos en cuanto a sus alcances y contradicciones, lo que sin embargo, no los exime de aplicarlos, y hacerlo de manera "adecuada". Así, con Robert Alexy y Ernesto Garzón Valdés, coincide en que el positivismo jurídico (tradicional) falla en cuanto teoría general, puesto que es ciego para observar que tanto en la creación de los textos constitucionales —con fuerte carga axiológica— como en sus procesos de aplicación, existe una pretensión de corrección (para Alexy) o de legitimidad (para Garzón Valdés)[8] que conlleve a buscar la solución más adecuada, a la cual solamente se puede llegar tomando en serio la dimensión moral del derecho positivo visto o interpretado en su mejor luz. Así, expresado en el pensamiento de Eduardo García Máynez, habrá de entenderse que en el concepto del derecho inminentemente existe un ideal del mismo (*idea*), en cuanto a que la afirmación de su sentido consiste en la realización de los valores concretos a los que éste apela, generando una simbiosis entre seguridad y un mínimo de justicia.[9]

A partir de lo expuesto, no parece aventurado sostener la propuesta de que la teoría jurídica que se perfila parte de dos visiones epistémicas que se complementan si se observa al derecho en dos niveles distintos, el *positum* y el de la *praxis*.[10] De tal modo, en un primer momento, se constata al derecho como un hecho no natural, sino que surge a partir de la convencionalidad de la observancia a normas heterónomas creadas a partir de hechos socialmente verificables. En este tenor, la teoría se plantea, *prima facie*, como nonaturalista[11] e inminentemente "normativista", por cuanto considera que la ciencia jurídica solamente puede construirse a partir de un análisis de normas puestas o positivas.[12] Así, Rodolfo Vázquez no ignora la gran relevancia de la contribución que ha hecho el positivismo analítico a la ciencia jurídica, pero no tanto en su pretensión de ser una "teoría general" del de-

---

[7] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos*, México, ITAM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. XI y XII.

[8] Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad*, *cit.*, p. 22.

[9] *Ibidem*, pp. 30-32.

[10] En tal sentido, es posible observar que la posible teoría jurídica de Rodolfo Vázquez concuerde, análogamente, con la de Robert Alexy respecto de su postulado de la "doble naturaleza del derecho", que sostiene que el fenómeno jurídico se compone tanto una dimensión fáctica o real, como una ideal o crítica. Alexy, Robert, "La doble naturaleza del derecho", en Bernal Pulido, Carlos (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011, pp. 29 y 30.

[11] O, si se prefiere, dado que se está hablando de niveles, como "inicialmente positivista".

[12] *Idem*.

recho, sino como "herramienta fina de disección normativa"[13] que permite identificar distinciones oportunas al abordar problemas tanto teóricos como prácticos.

Pero detenerse en la identificación normativa sería una labor incompleta que ignoraría dar cuenta de múltiples aspectos de lo que probablemente es su dimensión más significativa, la normativa. Ante tal imperativo, es imposible sostenerse teóricamente en el imperativo epistémico del positivismo de la neutralidad axiológica y de mero descriptivismo. Por ello, en el segundo nivel o momento de esta teoría, y en cuanto "normativista", se da cuenta de la dimensión axiológica y primordial de los enunciados normativos en que se componen los derechos humanos (fundamentales), en cuanto derechos positivos propios del sistema jurídico, para buscar exponer sus consecuencias normativas y el inherente marco de "adecuada aplicación" que presentan, pues no se puede ignorar que se trata de enunciados valorativos que, como tales, pretenden alcanzar determinadas consecuencias, a riesgo de caer en una contradicción performativa, o "inadecuada aplicación". Por tales consideraciones, Rodolfo Vázquez suele ser enfático en señalar que si se toman en serio los imperativos de justicia que se encuentran incluidos como límites sustantivos al ejercicio del poder en los ordenamientos jurídicos liberales, es indispensable entender que el problema de la identificación del derecho no pude limitarse a la descripción de hechos, sino que es necesario asumir un punto de vista interpretativo-argumentativo[14] que pueda dar cuenta de esta dimensión fundamental de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Como es posible observar, respecto del segundo nivel o momento, indudablemente nos encontramos ante el aspecto más controvertible a la luz de una teoría positivista estándar, pero no injustificada en términos de racionalidad. En este sentido, me parece que Rodolfo Vázquez coincide en la postura del "error fundamental" de Richard M. Hare, que sostiene como un equívoco el pensar que "el único ejercicio posible de la razón es determinar hechos o descubrir verdades"[15] aceptando —con Immanuel Kant y Aristóteles— que la razón tiene una dimensión práctica (*frónesis*) que nos permite salir del supuesto callejón sin salida del relativismo moral afirmado por los juicios descriptivos[16] y que, en cambio, es perfectamente racional centrarse

---

[13] Atienza, Manuel, "Entrevista a Rodolfo Vázquez", *Isonomía*, México, núm. 45, 2016, p. 210.

[14] *Idem*.

[15] Hare, Richard M., "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en Olivé, León (comp.), *Racionalidad*, México, Siglo XXI-UNAM, 1988, p. 58.

[16] *Ibidem*, p. 59.

en las implicaciones[17] de los conceptos morales, cuando *kantianamente* se apela a ponerse en la postura de "el otro" para determinar la universalidad de la prescripción del enunciado moral.[18]

Sin embargo, el postulado de Hare puede resultar manifiestamente simplista, basándose *cuasi* exclusivamente en la "regla de oro" para una reformulación del razonamiento moral utilitarista que, sin grandes dificultades, pueda encontrarse con sólidas objeciones respecto de la *universalidad* o *pretensión de veracidad* de sus postulados, pues centrarse en "ponerse en la postura del otro", desde la inevitable perspectiva de la primera persona, casi inevitablemente conlleva a encerrarse en juicios particularistas que nos retornan al relativismo moral del que dicha postura pretende alejarse.

Por lo tanto, en la observancia del fenómeno jurídico y su relación de los derechos humanos, la propuesta de postulados o principios para la elaboración de juicios racionales efectuada por Rodolfo Vázquez, resulta más completa y plausible en su pretensión de *universalidad*. Si mi lectura no es equivocada, me parece —*in dubio pro* Hare— que si esta postura de racionalidad moral resulta más sólida es porque, a diferencia de lo que podría parecer a simple vista, no parte *stricto sensu* de un razonamiento moral abierto,[19] y en cambio parte de, y se fundamenta en, hechos verificables que se encuentran enraizados tanto en la historia del desarrollo liberal de los sistemas políticos contemporáneos, como en la consolidación de los principios en los que éstos se basan, positivizados en cartas de derechos humanos con pretensiones axiológicas de diversa índole.

La propuesta de lo que sería una racionalidad jurídico-moral parte del análisis de los postulados de un Estado democrático y social de derecho, por cuanto a que son sostenidos en las cartas constitucionales y en los catálogos de derechos de la mayoría de los sistemas jurídicos modernos y liberales. En este sentido, Rodolfo Vázquez abduce tres principios ético-normativos en los que dichos sistemas jurídicos pretenden legitimidad para predicar la

---

[17] R. M. Hare apela, incluso, a una "lógica de los conceptos morales". *Cfr. Ibidem*, pp. 66 y 67.

[18] *Ibidem*, pp. 68-71.

[19] En contraste, me parece que la postura de R. M. Hare sí parte de un razonamiento moral abierto que posteriormente puede tener bastante plausibilidad en cuanto razonamiento práctico, pero solamente si se admite que se parte de la aceptación de una preferencia expresa de la "regla de oro" como criterio primordial del juicio moral. Por su puesto, esto significaría aceptar que independientemente de lo razonables que puedan ser los juicios, se trataría de un postulado particularista lo que, por supuesto, no sostiene ni hubiera aceptado R. M. Hare.

validez del derecho,[20] y que, también, ante la indeterminación del derecho o contradicción normativa, funcionan como criterios para resolver conflictos y alcanzar consenso si se les utiliza —*rawlsianamente*— bajo un razonamiento de construcción de condiciones ideales,[21] es decir, bajo el esquema del constructivismo ético.[22] Éstos son:

- El principio de autonomía personal. A partir del cual, se considera valiosa e inviolable la libre elección de planes de vida y adopción de ideales de excelencia humana que cada individuo sostiene para sí. Por lo cual, se presenta un imperativo de acción estatal tanto negativa como *positiva*, mediante el cual el Estado no debe intervenir en tales elecciones, y debe limitarse al diseño de instituciones que faciliten la persecución de esos planes.[23] Este principio se refleja en el elenco de derechos civiles y políticos.

En este tenor, es importante destacar que si bien lo que se procura es la protección de la libertad negativa,[24] el verbo "limitarse" no significa meramente abstencionismo estatal, sino —como se enfatizó— requiere acciones concretas por parte de la autoridad, tanto para impedir que otros sujetos limiten la libertad individual de otros como, incluso, el diseño institucional que elimine las barreras fácticas que la impidan.

- El principio de dignidad de la persona —me parece, íntimamente ligado al de autonomía personal— que busca, ante todo, evitar las consecuencias negativas del utilitarismo, cuando, ante una visión exacerbada de la autonomía, se incrementa la de unos a expensas

[20] Esta peculiar formulación, aunque se trata de una reconstrucción propia, me parece toral para comprender bien lo que sería la posible teoría jurídica sostenida por Rodolfo Vázquez, en cuanto —en concordancia con Garzón Valdés— considera al "punto de vista interno" *hartiano* como una condición político-moral para la observancia y pretensión de legitimidad del derecho, el fenómeno político y el jurídico se relacionan, por lo mismo, sus conceptos se relacionan mutuamente, "legitimación" para la política y "validez" para el derecho conforman la simbiosis inescindible que Bobbio ilustró con la famosa frase que señala que política y derecho forman "dos caras de la misma moneda". *Cfr*. Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras morales del derecho*, *cit*., pp. 45-47; *cfr*. nota 8.

[21] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos…*, *cit*., p. 1.

[22] *Cfr*. Nino, Carlos S., *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 53-70.

[23] Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 204.

[24] *Cfr*. Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en Rivero, Ángel (ed. y trad.), *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, 2a. ed.,Madrid, Alianza, 2014, pp. 60 y 61.

de otros. Esto implica un límite claro de actuación y deliberación pública, reflejado en el principio *kantiano* de no tratar a ningún individuo como un medio sino como un fin en sí mismo, complementado por la máxima de no imponer sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio.[25] Este principio se ve reflejado en los derechos personalísimos.

- El principio de igualdad da cuenta de los derechos económicos, sociales y culturales y, conforme a la formulación de John Rawls, sostiene que todo individuo tiene derecho a valerse de los recursos necesarios o a la obtención de bienes primarios para poder llevar una vida autónoma y digna, en *igualdad de condiciones*, y respecto de todos los demás.

Este principio funciona como criterio para determinar cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas, y cuándo no.[26]

Estos principios se asumen en tanto derecho positivo, constituyendo el fundamento del "objetivismo mínimo" que compone la relación limitada entre el derecho y la moral y que, a su vez, imponen los de limitación entre uno y otro. Asimismo, funcionan como criterios de racionalidad argumentativa en la práctica jurídica.

Así, aunque Rodolfo Vázquez no determina una jerarquía entre derechos humanos, sí quedaría como una cuestión por determinar si *de facto*, en tanto criterios de racionalidad argumentativa de un Estado de derecho que se constituye en postulados liberales igualitarios, tales principios no implican una jerarquización. En este tenor, por ejemplo, Rodolfo es enfático contra los embates comunitaristas que sostienen que en caso de conflicto, los derechos liberales que se sustentan en la autonomía personal y defensa del individuo, deben ceder ante el valor holístico de los bienes de la comunidad. Para Rodolfo no existe valor intrínseco en los aspectos comunitarios, particularmente cuando éstos disminuyen la dimensión única e irrepetible del individuo.[27] En la misma línea, parece indudable que el principio de dignidad de la persona prevalece sobre el de autonomía, pues parece funcionar como su límite.

---

[25] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos…, cit.*, pp. 3 y 4.

[26] *Ibidem*, p. 5.

[27] *Cfr*. Vázquez, Rodolfo, "Jueces y filosofía", en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014, pp. 488 y 489.

IV. Cauces y límites de la moral en el derecho

Ante el desarrollo del apartado anterior, es posible observar cómo la teoría que se busca esquematizar contiene un nexo fuertemente justificado y relevante con una determinada moralidad. Sin embargo, en la postura de Rodolfo Vázquez, esto no debe significar una supraposición de la moral al derecho. En cambio, debe entenderse que los postulados morales positivizados en el derecho solamente operan como un esquema "objetivo mínimo", en el cual se sustenta la legitimidad y validez del sistema jurídico y que, en cuanto tal, funciona como parámetro para determinar cuál es la pretensión de corrección para mantener dicho estatus. Esto significa, manteniendo el parámetro de los dos niveles, que el derecho no se presta al razonamiento moral abierto, encontrando límites en las propias condiciones que positivamente ha consolidado el Estado constitucional de derecho.

Me parece que para ilustrar cómo operan los límites morales del derecho en la concepción de Rodolfo Vázquez, la mejor manera es centrarse en los argumentos que ha esgrimido respecto de la controversia vigente en la literatura jurídica sobre la operatividad y los alcances del control de constitucionalidad.

En los albores de su obra *Las fronteras morales del derecho*, Rodolfo Vázquez plantea si:

> Con el fin de garantizar la seguridad y estabilizar las expectativas ciudadanas a través de la coordinación, la disuasión y sanción de las acciones, ¿debe concebirse al derecho al margen de las valoraciones morales o, por el contrario, debe incorporar estas últimas para dar cuenta de sus propias finalidades?[28]

Como respuesta, encuentra que semejante cuestionamiento sobre el derecho y la moral evidencia los límites del primero y, al mismo tiempo, la necesidad de que exista para la institucionalización de la segunda. Para observar esto en la práctica jurídica, el campo paradigmático que muestra en su mejor luz los límites morales del derecho es el del control constitucional, pues en éste se revelan las tensiones más notables que afronta el derecho en relación con las distintas pretensiones políticas y morales que pueden concurrir en el *ágora* respecto de los distintos derechos reconocidos a diversos sectores sociales en la carta constitucional. En este tenor, en la justicia constitucional es posible observar algo más complejo que la simple toma de postura sobre el derecho vigente a proteger en un momento dado; es en

[28] Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras morales…*, *cit.*, p. 9.

ésta donde con mayor notoriedad es posible encontrar el marco de aplicación del derecho mismo. Para decirlo con Ronald Dworkin, se encuentra el prólogo silencioso de la decisión,[29] que es la teoría jurídica normativa que implícitamente conforma el derecho vigente en una sociedad. Por ende, de lo que se trataría es de vislumbrar aquellos postulados o principios inherentes a los sistemas jurídicos liberales, sobre los que se basa la operatividad del derecho vigente.

Los postulados o principios político-morales encontrados en el común de las cartas constitucionales y tratados internacionales de los sistemas jurídicos liberales, constituirían el núcleo duro de la normatividad jurídica. Asimismo, es a partir de estos principios que se encuentra tanto el fundamento moral del derecho como su imperativo de clausura al razonamiento moral abierto e indiscriminado. De tal manera, los sistemas jurídicos contemporáneos, en su pretensión de prestar fidelidad al modelo del Estado constitucional de derecho y el respeto a los derechos humanos, encuentran en sí una tensión normativa propia cualquier sistemas de reglas institucionalizado, que propugne la conjunción y la salvaguarda de distintos valores en juego, los cuales no siempre son "perfectamente armonizables" y, no obstante, para mantener con la operatividad del sistema de reglas, requieren de un mecanismo de clausura ante las controversias que se susciten. En este sentido, el esquema de teoría que buscamos abducir se concientiza de la advertencia de John Rawls, aceptando que el derecho en tanto sistema de reglas es, por antonomasia, un sistema de justicia procesal imperfecta, donde no siempre es posible garantizar que se obtendrá el resultado adecuado. No obstante, es menester destacar, que en tanto sistema de justicia procesal, proporciona un criterio independiente para la evaluación de los resultados[30] y así poder asumir correcciones en los procedimientos. Tener bien presente este factor es de suma relevancia para la teoría y, por lo mismo, la misma se asume deontológica.

Por ello, si bien los sistemas jurídicos contemporáneos han dado entrada a la incorporación de una determinada moral mediante las exigencias sustantivas de los derechos humanos, la exigencia de cumplimento de los mismos dentro de los postulados del Estado de derecho constitucional conllevan una dimensión procedimental que necesariamente introduce una estipulación de clausura que, a la vez que permite "cerrar" controversias,

---

[29] Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, p. 90.

[30] Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 89 y 90.

funge como criterio erradicar el razonamiento moral abierto que permita: juridificar "cualquier moral"[31] o, que un criterio moral juridificado se anteponga a otro desmedidamente, incluso al grado de eliminarlo.[32]

Me parece que con lo anterior en mente, es que Rodolfo Vázquez sostiene una concepción del derecho que asume una metaética objetivista mínima, bajo la concepción de que no cualquier contenido que se quiera puede ser derecho, y que las cuestiones de orden metafísico y religioso deben reservarse al ámbito de la vida privada, teniendo a los derechos humanos como límite infranqueable de lo jurídico.[33] En este sentido, la justicia constitucional y el constante revisionismo del contenido e interpretación de las normas fundamentales, constituyen el nodo central en el que el derecho se determina día a día, y en donde se concentran los principales esfuerzos por emparejar al sistema jurídico con la adecuada observancia de los derechos humanos. Semejante labor implica distintas dificultades para cualquier orden jurídico, puesto que los valores en los que se sostienen los derechos fundamentales no son *prima facie* armónicamente compatibles entre sí, entrando en conflicto constantemente ya que su positivación en preceptos normativos suele ser ampliamente abstracta, con el fin de mantener el espectro de aplicación del derecho lo más amplio posible.

Ante este panorama, hacer explícitas las vicisitudes y peculiaridades de los límites al razonamiento moral en el derecho, impuestos por sus propias exigencias morales, superaría las ambiciones del presente ensayo. Algunas de éstas son bien conocidas y propias del constitucionalismo contemporáneo, como el principio de no retroactividad de las leyes, o las condiciones del debido proceso. Otras refieren a la observancia e inviolabilidad de los tres principios ético-normativos —mencionados— en los que se sostiene el constructivismo que hace posible el Estado constitucional de derecho. Sin

---

[31] Se trataría más específicamente de evitar que las concepciones morales (moralidades) privadas o de un determinado grupo, se juridifiquen alcanzando obligatoriedad injustificada para otros ciudadanos. Tal sería el caso en donde, por ejemplo, un juez que profese una determinada fe religiosa procurase imponer tales valores como jurídicos al resto de los ciudadanos mediante sus sentencias.

[32] En este aspecto, se trataría la maximización exagerada de un valor jurídico efectivamente protegido a costa de otro. O, visto al revés, la protección de un valor cuya relevancia no se observe a primera vista ante el alto grado de posiblemente emotividad que pueda generar el otro valor en juego. Un caso usual de un valor que suele encontrarse en el segundo escenario planteado es el de la certeza o seguridad jurídica, que no pocas veces es infravalorado cuando entra en conflicto con otros principios, pero que, aunque no siempre se puede lograr una total certeza jurídica, si los jueces lo ignoraran sistemáticamente, no parece desventurado hablar de que existiría una falta de Estado de derecho *de facto*.

[33] Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras morales…*, *cit.*, p. 10.

embargo, es menester señalar que varias de sus exigencias centrales de los límites y cauces del razonamiento moral del derecho se hacen manifiestas en la función judicial y no evidentes, especialmente cuando es llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. En este tenor, *prima facie*, el primordial cauce/límite de procedimiento en la actuación judicial acorde con los principios del Estado de derecho constitucional que propugna Rodolfo se fundamenta me parece, con Carlos Nino, en el postulado epistémico de la fiabilidad, que invita en el ámbito público a poner en el plano de discusión las propias certezas[34] para, por medio de la tolerancia, asumir una actitud dialógica y se alcancen acuerdos morales. Para el caso judicial, esto significaría asumir el constructivismo que subyace en los principios rectores del Estado de derecho y los derechos humanos (autonomía, dignidad e igualdad),[35] situándose en el modelo de cultura de la legalidad argumentativo y democrático que el propio Rodolfo ha propuesto.[36] Así, cualquier decisión estará legitimada democráticamente en su ejercicio justificativo, precisamente al asumir el valor epistémico[37] dialógico propio de la denominada democracia sustantiva.

La tensión democrática que se presenta ante la dificultad contramayoritaria a la que se enfrentan los jueces en el ejercicio del control constitucional, arroja luz sobre lo toral que resulta dicha función en el desarrollo de la práctica jurídica y la pretensión del derecho moderno de proteger los derechos humanos. En este sentido, los jueces constitucionales son llamados a ser los actores principales del adecuado desarrollo de los sistema jurídicos, mas no por esto arbitrarios, sino por el contrario, exigidos a asumir un papel activo de una profunda carga axiológica que no sólo limita el juicio moral abierto, sino que incluso les exige inexcusablemente asumir un papel activo en la protección de los derechos cuando observen que no se cumplen las condiciones de su satisfacción, así como la abierta denuncia de la legislación que, habiendo sido democráticamente promulgada, invade esa esfera de lo indecidible o coto vedado, núcleo de los derechos humanos, que ningún sistema democrático está legitimado para negociar. Respecto del primer caso, en la obra de Rodolfo Vázquez el caso en el que más énfasis ha puesto es el de los derechos sociales, donde no es tímido en declarar que para su efectivo

---

[34] Nino, Carlos S., "Justicia", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 471.

[35] Atienza, Manuel, "Entrevista a…", *cit.*, p. 209; Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad…*, *cit.*, pp. 151 y 152.

[36] Véase Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras…*, *cit.*, pp. 43-63, cap. 2 "Cultura de la legalidad".

[37] *Ibidem*, pp. 32 y 33.

cumplimiento, es imperioso que los jueces se pronuncien en requerir que se garanticen los mínimos necesarios de una vida digna, a los que toda persona debería tener acceso.[38] El segundo caso, a pesar de lo paradójico, implicaría la condición de moral sustantiva misma que se ha de salvaguardar para defender a la propia democracia de algunas de sus consecuencias perniciosas, siendo la más emblemática, la denominada tiranía de la mayoría. Así, toda actuación judicial que propugne por la defensa de los derechos sociales, que permitan cierta equidad social, y que exija la defensa de la igualdad y autonomía, se encontrará debidamente legitimada, en cuanto a que en términos de Rawls, asistirá en la protección y la promoción de los valores intrínsecos de la democracia para la calidad moral de la vida cívica.[39]

V. Dos posibles críticas y una propuesta

Considero que a estas alturas, se han logrado hacer manifiestos algunos de los postulados torales que sostienen una visión general de la concepción teórica del derecho de Rodolfo Vázquez. No obstante, aunque seguramente existen múltiples críticas a esta postura, considera existen por lo menos dos embates profundos a lo que ésta debería otorgar una respuesta para sostenerse, y ante los cuales buscaré presentar una propuesta de solución.

La primera crítica, con origen en el realismo jurídico y los postulados analíticos, sería respecto de la imposibilidad de dar satisfactoria cuenta una cierta regularidad o estabilidad en la aplicación de los principios o postulados morales por parte de los jueces. Por lo que el derecho no obedecería a dicha moral crítica o ideal y, en cambio, tales principios y la exigencia de argumentación simplemente serían una excusa para un arbitrio judicial enmascarado. Siendo así, el derecho en realidad sería "lo que los jueces dicen que es", y nada más.

La segunda crítica, refiere a la inevitable similitud que se puede encontrar en la relación del "objetivismo mínimo" que respalda la legitimidad y validez del derecho, con la *inner morality* que sostiene a la teoría de Lon Fuller[40] y, por ende, no salvaguardando su pretensión de no ser una postura iusnaturalista. Comenzaré por dar respuesta a esta observación.

---

38 Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos…*, *cit.*, pp. 10 y 11; Atienza, Manuel, "Entrevista a…", *cit.*, p. 214.

39 Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras…*, *cit.*, p. 37.

40 *Cfr*. Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Virginia, Fredericksburg-Yale University Press, 1969, pp. 95-117.

Rodolfo Vázquez es muy franco al señalar que su postura encuentra un primer fundamento en las críticas de Ronald Dworkin a la teoría de H. L. A. Hart, así como afinidad con posturas similares que han sido identificadas como principialistas, neoconstitucionalistas o pospositivistas. Estas posturas han admitido un deliberado rechazo al iusnaturalismo por diversos motivos y, sin embargo, existen importantes críticas que los identifican con posturas iusnaturalistas refinadas y contemporáneas. Tal es el caso de Suri Ratnapala, quien no puede evitar encontrar profundas similitudes entre la postura de Ronald Dworkin con la del propio Lon Fuller.[41]

Siendo sinceros, tampoco es difícil encontrar semejanzas entre los postulados de Fuller y la teoría que se ha buscado abducir. Después de todo, ambas se ciñen y celebran formas específicas de ordenamientos jurídicos, el *Rule of Law* y el Estado constitucional de derecho. Igualmente, para decirlo con John Gardner, ambas presentan al derecho como una herramienta con una especificidad modal para alcanzar los fines a los que sirve.[42] Sin embargo, los *desiderata* en los que Fuller sustenta la existencia del derecho, además de enfocarse primordialmente en las exigencias morales sobre cierta forma de legislar y de estabilidad del sistema normativo, funcionan esencialmente para la existencia misma del derecho,[43] el cual, además, es compatible con grandes inequidades. La postura de Rodolfo, considero, se enfoca y compromete con los Estados constitucionales de derecho constatando que, aunque imperfectos en su realización, los sistemas jurídicos occidentales liberales coinciden en la carga moral de sus cartas constitucionales mediante el reconocimiento de derechos, pero —acorde con el postulado que mantiene de basarse en criterios empíricos racionales— bien podría aceptar como "derecho" al sistema jurídico de un régimen absolutista y que no reconozca derechos humanos. Si bien sería enfático en señalar que "ese derecho" no se corresponde con el de un Estado constitucional. Asimismo, al asumir una carga moral sustantiva, como lo son los derechos humanos, no asumiría una visión de llana compatibilidad con grandes inequidades. Es este último punto el que me permite

---

41 *Cfr*. Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 181 y 182.

42 Usualmente la teoría de Fuller había sido identificada como procedimental y formalista, incluso por su propio autor, aunque con reservas. Sin embargo, parece acertada la distinción de Gardner, quien señala que en realidad sería modal y no procesal. De ser procedimental la teoría, el derecho se distinguiría meramente por sus funciones. Sin embargo, siendo modal, el derecho, que puede tener múltiples fines, se distingue por los medios con los que procede para cumplir cualquier fin que busque. *Cfr*. Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 207.

43 Fuller, Lon L., *The Morality*…, *cit.*, p. 97.

abordar la segunda crítica, y que a su vez da entrada a explicar los elementos más complejos en los que se distingue respecto de la gran inequidad posible de la teoría de Fuller.

Respecto de la primera crítica, referente a la imposibilidad de verificar la normatividad moral del derecho, pues los criterios morales son sumamente abstractos, carentes de un criterio rígido de racionalidad interpretativa, lo que da lugar a que el derecho sea lo que los jueces dicen que es, me parece que se puede subsanar con asistencia de la *doctrina Julia Roberts* de José Juan Moreso,[44] o doctrina sobre la posibilidad conceptual del error judicial, e incluso se puede avanzar un poco más para decir algo más sobre postulados que se pueden aportar a la teoría normativa que hemos buscado abducir.

En general, todas las teorías que han buscado postular una relación con la moral o una revitalización de la razón práctica para la teoría jurídica, han sido atacadas por dos razones, desde la visión descriptiva-analítica, por supuesta imposibilidad de determinar criterios inequívocos interpretativo-argumentativos respecto de los postulados morales normativos, es decir, por su falta de racionalidad científica. La segunda está enfocada a la libertad interpretativa que el positivismo señala tiene el juez, tanto en su visión kelseniana, analítica y realista, señalando, en relación con la crítica anterior, que no existe una interpretación "debida", por lo que no hay relación del derecho con la moral y, en última instancia, lo que el juez decide para cada caso. Para las teorías principialistas —y ésta no es la excepción— esas posturas fallan en dar cuenta de las exigencias normativas del derecho, las cuales, indudablemente juegan un papel no meramente conceptual, sino también convencional y de juicio, pues presentan un parámetro de evaluación de las decisiones judiciales. En este tenor, me parece que la doctrina del "error judicial" o *Julia Roberts* propuesta por Moreso funge como un adecuado puente entre la dimensión descriptiva que sostienen posturas como la de Vázquez, Nino y el propio Moreso, así como la firme pretensión de buscar dar cuenta de la dimensión normativa moral del derecho, no obstante ésta no siempre se cumpla conforme al "deber ser" incorporado en sus preceptos.

La *doctrina Julia Roberts* señala que es necesario distinguir la definitividad de la decisión judicial de la infalibilidad.[45] De modo que la definitividad se da como forma de clausura de las controversias, lo que no significa que la

---

[44] Véase Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009, pp. 175 y ss. (La doctrina *Julia Roberts* y la objetividad del derecho.)

[45] Moreso, José Juan, "La doctrina Julia Roberts y los acuerdos irrecusables", en Moreso, José Juan *et al.*, *Los desacuerdos en el derecho*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2013, pp. 61 y 62.

decisión necesariamente sea correcta. No obstante, los principios morales incorporados mediante los derechos, fungen como criterio o patrón de revisión sobre las decisiones pasadas, con lo cual existe la posibilidad de corrección[46] para la adecuación del sistema de decisiones en futuros casos. En este sentido, para Moreso los principios fungirían como criterios objetivamente epistémicos para la aplicación del derecho, lo que es completamente compatible con una teoría jurídica como la que hemos buscado abducir, que da cuenta de la dimensión moral del derecho como algo verificable a partir del contenido moralmente normativo de las cartas constitucionales y los tratados internacionales. El puente que se tiende entre las dos dimensiones que hemos buscado señalar en esta teoría del derecho, refiere a la distancia entre identificar, como un hecho, la dimensión moral de las proposiciones normativas y la concordancia performativa de obtener un resultado consonante. De este modo, a una decisión errónea no se le privaría de la calidad de "jurídica", pero se mantendría latente en el sistema jurídico la exigencia de corrección para futuros casos, cuando se evalué el resultado insatisfactorio a la luz de los criterios (principios) argumentativos formales y sustantivos, que sustentan al Estado constitucional de derecho. En este sentido, la dimensión moral del derecho no estaría sustentada en una lógica analítica, sino dialógica, que exigen identificar los preceptos normativos a la luz de las necesidades sociales y una evaluación crítica de la moral vigente. Esto asistiría para explicar también la dimensión práctica y evolutiva del derecho, que cuando logra efectivamente promover la cooperación pacífica de la sociedad, legitima al propio sistema. De tal manera, a la solución de conflictos jurídico-sociales mediante observación de los principios de justicia del Estado constitucional de derecho, que permiten la mejor cooperación social y que se sustente la adopción de criterios adecuados y funcionales para la resolución de conflictos futuros, la denominaré doctrina de la corrección judicial o doctrina *Emma Roberts.*[47]

---

[46] *Supra* nota 30; Ferrer Beltrán, Jordi, "Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso", en Moreso, José Juan *et al.*, *cit.*, p. 151.

[47] Aunque la doctrina Julia Roberts está inspirada en la película *El Informe Pelicano*, en el que actúa la misma actriz, y cuyo personaje enfatiza que los jueces se equivocan, Juan José Moreso suele contar que la verdadera razón para denominar así a su doctrina se basaba en la esperanza de que fungiera como excusa para conocer algún día a Julia Roberts. Emma Roberts es sobrina de Julia, continuadora del legado de su tía en Hollywood, y en mi propuesta, representa la siguiente etapa a la doctrina de Moreso, sin embargo, admito, mi excusa para denominar así a mi propuesta no es mejor que la de él.

VI. A manera de conclusión

La exposición realizada en el presente ensayo fue simplemente un ejercicio realizado por quien suscribe el mismo, con el objeto de trazar algunos postulados para elucidar una teoría jurídica concorde a la filosofía de Rodolfo Vázquez. Sin embargo, es importante destacar que no se trata de una teoría completa, pues indubitablemente aún existirían varias cuestiones por responder para ello, que tampoco ello significa que sea la teoría que Rodolfo sostiene, sino simplemente una interpretación de lo que he abducido sostiene a partir de la lectura de su obra y, finalmente, en consonancia con el punto anterior, es de suma importancia hacer hincapié en que cualquier crítica a las deficiencias que se encuentren en la exposición de este texto, definitivamente son atribuibles sólo a mi persona.

Así, en consonancia con el espíritu crítico y de retroalimentación que Rodolfo siempre ha promovido, me gustaría simplemente plantear alguna cuestión para algún futuro debate. En gran parte de su obra, Rodolfo es un arduo crítico al positivismo jurídico y se suma al reclamo que exige superarlo para poder dar una adecuada cuenta de la dimensión moral del derecho contemporáneo con los derechos humanos. Sin embargo, no estoy seguro de que necesariamente aceptar la posibilidad de una fundamentación racional de las proposiciones morales normativas signifique abandonar al positivismo, solamente por el hecho de que varias posturas positivistas niegan esta posibilidad (*i. e.* positivismo lógico y realismo). Incluso, probablemente aceptar la posibilidad de fundamentar racionalmente las normas morales signifique muchas cosas, pero no necesariamente abandonar el positivismo. Incluso, a partir de la lectura de Lorenzo Córdova sobre la concepción *kelseniana* del control constitucional, Rodolfo ha llegado intuir la posibilidad de aceptar algo similar, al decir que "un positivismo jurídico bien entendido nunca ha estado reñido con una concepción valorativa de la Constitución, ni nunca ha negado que junto al control de la validez formal de las normas existiera un control de validez material".[48] Entonces, ¿en verdad es necesario abandonar el positivismo jurídico, o es mejor estudiar sus posibilidades más a fondo?

Finalmente, es imperioso cerrar este escrito agradeciendo profundamente a Rodolfo Vázquez por toda su labor, filosófica, docente y editorial. De un modo u otro, sin necesariamente haber sido estudiante del ITAM, al interesarme por la filosofía jurídica, es imposible no sentirme de algún

[48] Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012, p. 97.

modo alumno suyo, ya sea por sus publicaciones, su ardua difusión editorial, sus ponencias, por haber formado a quienes me formaron, e incluso por el solo hecho de siempre mantener las puertas de su oficina abiertas a un muchacho inquieto y con ánimos de profundizar en temas filosóficos. Y en este tenor, agradecerle por las enseñanzas que en diversas formas me ha llegado de su persona, de entre las cuales creo ante todo merece destacarse su ejemplar actuar ético, consonante como pocos con los valores que predica.

VII. Bibliografía

Alexy, Robert, "La doble naturaleza del derecho", en Bernal Pulido, Carlos (ed.), *La doble dimensión del derecho*, Lima, Palestra, 2011.

Atienza, Manuel, "Entrevista a Rodolfo Vázquez", *Isonomía*, México, núm. 45, 2016.

Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en Rivero, Ángel (ed. y trad.), *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 2014.

Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

Ferrer Beltrán, Jordi, "Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso", en Moreso, José Juan *et al.*, *Los desacuerdos en el derecho*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2013.

Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Virginia, Yale University Press-Fredericksburg, 1969.

Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Hare, Richard M., "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", en Olivé, León (comp.), *Racionalidad*, México, Siglo XXI-UNAM, 1988.

Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.

———, "La doctrina Julia Roberts y los acuerdos irrecusables", en Moreso, José Juan *et al.*, *Los desacuerdos en el derecho*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2013.

Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2007.

———, "Justicia", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2000.

———, *Ocho lecciones sobre ética y derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

RATNAPALA, Suri, *Jurisprudence*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

ROBLES, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012.

———, *Derechos humanos*, México, ITAM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

———, *Entre la libertad y la igualdad*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2010.

———, "Jueces y filosofía", en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014.

———, *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009.

OBJETIVISMO MORAL *VERSUS* ABSOLUTISMO DE LOS VALORES. RODOLFO VÁZQUEZ Y SAMUEL RAMOS: DOS FILÓSOFOS COMPROMETIDOS CON SU ÉPOCA

Ramón Ortega García*

Sumario: I. *Planteamiento general*. II. *Liberalismo igualitario y objetivismo moral*. III. *Ramos y el nuevo humanismo*. IV. *El compromiso social del filósofo*. V. *Balance conclusivo*.

I. Planteamiento general

Si me atrevo a escribir sobre un tema que supera mis capacidades es por la gran admiración que siento por mi antiguo maestro, mi amigo, Rodolfo Vázquez. Celebro, desde luego, la iniciativa de las instituciones convocantes de rendir un merecido homenaje a nuestro máximo filósofo del derecho contemporáneo. Sirvan estas breves líneas para tal fin, no sin antes disculparme por los errores que pueda cometer al interpretar su pensamiento.

He decidido tratar esa cuestión que, desde mi óptica, constituye uno de los fundamentos de la filosofía de Vázquez: el objetivismo moral. Y he querido contrastarlo con la postura filosófica de otro gran filósofo mexicano que muchos no recuerdan, pero que dejó honda huella en las generaciones que nos antecedieron: Samuel Ramos, aquel alumno destacadísimo de don Antonio Caso, el Maestro, del que luego, por distintas razones, terminaría distanciándose.

Autor de ese maravilloso libro, el primer ejercicio serio por dilucidar la naturaleza del alma mexicana: *El perfil del hombre y la cultura en México*, publicado por primera vez en 1934, dieciséis años antes que *El laberinto de la soledad*, de Octavio Paz, el cual, a diferencia del anterior, no resultó en un estudio filosófico, sino, en palabras del insigne poeta, en un ejercicio de imaginación crítica por despojar al mexicano de su "máscara" o "máscaras".

* Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial, México.

Decía que he querido contrastar el objetivismo moral de Vázquez con la postura de Ramos, tal como éste la expone, no en el libro citado más arriba, sino en ese bello ejemplar que lleva por título: *Hacia un nuevo humanismo*, de 1940. Aquí, me parece, Ramos sintetiza su pensamiento más íntimo, deudor, en muchos sentidos, de la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann, pero también de otras concepciones y de muchos otros autores.

Más allá de la distancia en el tiempo que separa la vida y obra de Vázquez y Ramos, hay en ellos diferencias notabilísimas, tantas, que parecen colocarlos en extremos opuestos. Sin embargo, hay algo que los identifica (o, al menos, eso creo): ambos fueron (son) filósofos que han tratado de contribuir, con su pensamiento, a la mejora del mundo en que habitaron (o habitan) desde bases éticas firmes (aunque diametralmente opuestas: de un lado, el objetivismo moral y el constructivismo ético, del otro, la filosofía de los valores).

Pero, pese a este acercamiento, late en ellos una diferencia fundamental (más allá de cualquiera otra) que da pie al título de este trabajo: mientras Vázquez defiende una posición objetivista en asuntos controvertidos de alcance moral, Ramos, fiel a la ortodoxia de la teoría de los valores, termina defendiendo el absolutismo de los mismos. ¡Menuda diferencia!

Lo que sigue es un esfuerzo (modesto) por resaltar los aspectos más sobresalientes de la filosofía de uno y otro. Y si he asumido el compromiso de realizar este ejercicio comparativo, ello se debe a que Ramos y Vázquez son, en mi opinión, dos de los más grandes filósofos en la historia de las ideas de nuestro país.

II. Liberalismo igualitario y objetivismo moral

Sabido es que una parte fundamental de la obra de Rodolfo Vázquez, quizá la más fundamental, consista en la defensa de una ética liberal-igualitaria, herencia del pensamiento de distintos autores de variada estirpe (particularmente Rawls, pero también Nino y Garzón Valdés).

El liberalismo igualitario se funda en la combinación de la libertad, como valor sustancial de carácter agregativo, y la igualdad, en tanto valor adjetivo y distributivo, para de ahí construir la premisa que lo distingue: "maximizar la autonomía personal sin poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos".[1]

[1] Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Paidós, 2001, p. 31; *id.*, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006, p. 128.

Surge de ahí a su vez una idea de justicia, que en palabras de Vázquez equivaldría a "una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía están justificadas si la mayor de autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos autónomos y no produce ningún efecto negativo en la de estos últimos".[2]

Está claro que de esta idea de justicia se derivan varias consecuencias de orden práctico como, por ejemplo, los deberes positivos a cargo del Estado (y de instituciones supraestatales) para promover la autonomía de los menos autónomos.

Derívase, también, en el plano de la ética normativa, la exigencia de justificar ciertos principios de justicia propios de esa ética liberal; la de establecer un concepto de persona como ente moral y, por si lo anterior fuese poco, la defensa de esta suerte de liberalismo frente a otras expresiones aparejadas: liberalismo libertario, liberalismo perfeccionista, etcétera.

Pero lejos de ocuparme de este tipo de implicancias del liberalismo igualitario, quiero centrarme en la fundamentación misma que esa postura ética exigiría, según el propio Vázquez.

El liberalismo igualitario no podría sostenerse sin asumir, en el ámbito de la metaética, un objetivismo moral:

> En relación con los fundamentos éticos, y específicamente desde el punto de vista de la metaética —dice Vázquez—, el liberalismo igualitario descansa sobre una concepción objetivista de la moral. A diferencia de otras concepciones posibles, como el subjetivismo y el absolutismo moral, el objetivismo parte de la idea de que los principios morales se apoyan en consideraciones que, *prima facie*, cualquier individuo podría aceptar.[3]

Aquí se aprecia la influencia de los autores citados anteriormente de los que Vázquez es deudor. También ellos fueron (son) objetivistas, si bien, llegados a este punto, habría que conceder que existen distintas teorías objetivistas: como el autor señala, cabría distinguir (al menos) el objetivismo descriptivista que deriva en los principios normativos de ciertas propiedades fácticas de los seres humanos (incurriendo en la falacia naturalista); el que se basa en el consenso fáctico propuesto por Luhmann (y el cual, sin la guía de un criterio objetivo para formar el consenso, conduce a la imposición de puntos de vista), y el que pretende fundarse en la idea del constructivismo.

---

[2] *Ibidem*, p. 32; *ibidem*, p. 128.

[3] *Ibidem*, p. 33; *ibidem*, p. 129.

Es este último el que adhiere Vázquez. La defensa del mismo le lleva a:

> la aceptación de premisas normativas a partir de la práctica social de la discusión moral, asumiendo la perspectiva moral de la universalidad y de la imparcialidad. Las premisas obtenidas —dice— que se apoyan también en condiciones empíricas, deben ser aceptadas sin justificación ulterior. Pero, en tanto fruto de un acuerdo discursivo moral, siempre podrán ser racionalmente cuestionables, por lo que los principios morales tendrán, entonces, una validez *prima facie* y no absoluta.[4]

El constructivismo ético supone, pues, un acuerdo entre los participantes, fruto de un procedimiento discursivo en el que, como sabemos, se observen ciertas reglas (predominantemente) formales. Claro que también hay otro tipo de criterios empíricos (una teoría de necesidades básicas de los seres humanos y otra de sus capacidades) que condicionan el desarrollo de la práctica discursiva.

Lo que importa resaltar ahora apunta a dos cuestiones elementales: la primera es que la participación en dicha práctica es voluntaria (no se podría obligar a nadie a participar en ella); y la segunda es que el acuerdo sobre los principios morales al que se llegaría como resultado de esa práctica tendría una validez *prima facie*. Aquí se encuentra patente el rasgo antidogmático del objetivismo y lo que lo distingue del absolutismo en esta materia. No se trata de defender principios o valores totalizantes, sino de hallar su justificación a la luz del discurso práctico racional.

No puedo detenerme en la importancia que tiene este tipo de ética constructivista para la democracia, donde las decisiones más fundamentales (aquellas que versan sobre lo que la sociedad considera correcto, bueno o decente) tienen que ser entendidas como estando justificadas mediante una práctica de esta naturaleza. Si no fuese así, ¿cómo deberíamos entender esas decisiones? ¿Serían solamente el fruto de simples preferencias subjetivas de la mayoría políticamente representada en el Congreso?

Varios críticos del objetivismo moral han alertado sobre el riesgo que esta teoría supone al consentir (en forma más o menos encubierta) alguna forma de imperialismo moral: desde el enfoque objetivista, se sostiene, los principios morales justificados por vía discursiva serían imponibles (y oponibles) aun a aquellos que no participaron en la práctica.

El argumento crítico señala que si los valores y juicios que se refieren a ellos son objetivos, es decir, verdaderos, entonces los demás no tendrían más remedio que aceptarlos; de lo contrario, su postura sería irracional. Pero

---

4 *Ibidem*, pp. 34 y 35; *ibidem*, p. 130.

este argumento (en realidad) parte de un error: objetividad no es lo mismo que verdad (al menos si entendemos por esta última, la verdad científica).

Lo que el objetivismo supone es que las razones y los juicios que en ellas se fundan tienen una pretensión de corrección, y esas razones y juicios de valor poseen validez *prima facie*, por lo que son revisables apenas las condiciones de la práctica discursiva cambien. De ahí que la crítica al objetivismo, al menos en este apartado, sea infundada.

Vázquez se ha mantenido fiel al objetivismo ético hasta sus últimos escritos, lo que prueba su coherencia y honestidad intelectuales. Éstos, más que rasgos del filósofo, son propios del hombre detrás de las ideas.

III. Ramos y el nuevo humanismo

La historia de la filosofía en México está salpicada por unos cuantos nombres ilustres: Fray Alonso de la Veracruz, Benito Díaz de Gamarra, algunos humanistas de los siglos XVI y XVII; y ya en el época contemporánea: Antonio Caso, José Vasconcelos, Leopoldo Zea y Emilio Uranga, por mencionar sólo algunos. Hay al menos otro que merece ser recordado: Samuel Ramos Magaña (1897-1959).

Nacido en Zitácuaro y fallecido en la ciudad de México a los 62 años de edad, cursó sus primeros estudios en el Colegio de San Nicolás de Hidalgo. Su contacto inicial con la filosofía se debió a José Torres, uno de los discípulos más cercanos del "Solness" constructor, don Gabino Barreda; fue Torres quien introdujo a Ramos al positivismo, la ideología oficial de los Científicos.[5]

Luego, en 1916 y estando ya en la capital, abrevaría de la cátedra de Caso en la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de México y llegaría a ser uno de sus alumnos más brillantes, si bien con el tiempo seguiría un camino diferente, alejándose del romanticismo y del pragmatismo casistas.[6]

En una tercera etapa de su carrera, en plena década de los 30, se volcaría de lleno sobre la filosofía de la vida; los grandes maestros de este periodo que nunca más dejarían de acompañarlo serían Scheler, Hartmann,

---

[5] Un extraordinario estudio sobre la vida y obra de Ramos es el de Hernández Luna, Juan, *Samuel Ramos (su filosofar sobre lo mexicano)*, México, UNAM, 1956.

[6] Se considera a Ramos el primer hereje del casismo. Su crítica al maestro provocó la airada respuesta de éste en un breve pero sustancioso opúsculo que constituye su propia apología y recuerda a la de Sócrates: Caso, Antonio, *Ramos y yo (un ensayo de valoración personal)*, México, Editorial Cultura, 1927.

Husserl, Heidegger y Ortega y Gasset. De hecho, en la obra de Ramos hay tintes de todas estas filosofías: desde la teoría de los valores hasta el historicismo alemán, pasando por la fenomenología y el existencialismo.

Desde un punto de vista cronológico, Ramos pertenece a la generación fundadora de 1915, intermedia entre la del Ateneo de la Juventud, cuyos miembros nacieron en los años ochenta del siglo XIX, y la de sus herederos, la "Inteligencia" mexicana que despuntó en los veinte y treinta del siglo pasado.[7]

Bajo esta tesitura, es verdad que una parte importante de su pensamiento va a estar determinada por la influencia de nuestro "Ulises Criollo", don José Vasconcelos, y por la idea de crear una filosofía nacionalista.[8] Es más, la línea que va desde los ateneístas y se prolonga con Ramos, es considerada un antecedente directo de la filosofía de lo mexicano que tenazmente impulsaría, a finales de los años cuarenta, el grupo filosófico Hiperión.[9]

Está claro que el pensamiento de Ramos, rico en ideas y sugerencias, no es fácil de resumir en unas cuantas líneas. Su obra más conocida, *El perfil del hombre y la cultura en México*, publicado en 1934, es un estudio mitad filosófico, mitad sicoanalítico. A ella le seguirían otras publicaciones sobre temas diversos, de entre las cuales *Hacia un nuevo humanismo*, de 1940, es la más destacada, y que habré de analizar aquí brevemente.

Una teoría del hombre, una antropología filosófica, es lo que se propone ofrecer Ramos en este libro como respuesta a la crisis espiritual de la humanidad. "Vivimos en la actualidad —dice— una época de crisis que alcanza todos los órdenes de la existencia humana y que en el campo del espíritu ha determinado una confusión de ideas y valores".[10]

El filósofo se refiere al hecho de que, en la época moderna, el hombre vive sometido a los valores materiales, al dinero, a la técnica y a la máquina, convertidos en fines en sí mismos. Como resultado, en la época en que vive

---

[7] *Cfr*. Guy, Alain, "Samuel Ramos y humanismo filosófico en México", *Diánoia*, vol. 6, núm. 6, 1960, pp. 163-169. Por otro lado, si aceptamos lo dicho por Krauze, Ramos pertenecería a la misma generación de hombres nacidos entre 1891 y 1906, esto es, a la de los Siete Sabios de México y a la de los miembros del grupo Contemporáneos. *Cfr*. Krauze, Enrique, "Cuatro estaciones culturales", *La historia cuenta. Antología*, México, Tusquets Editores, 1998, pp. 139-186.

[8] Sobre el paralelismo entre el pensamiento vasconcelista y el de Ramos, *cfr*. Zea, Leopoldo, "Vasconcelos y Ramos en la filosofía mexicana", *Diánoia*, vol. 6, núm. 6, 1960, pp. 115-126.

[9] *Cfr*. Santos, Ana, *Los hijos de los dioses. El grupo filosófico Hiperión y la filosofía de lo mexicano*, México, Bonilla Artigas Editores, 2015.

[10] Ramos, Samuel, *Hacia un nuevo humanismo*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 20.

(¿vivimos?), la del capitalismo y materialismo de la burguesía en el poder, la materia ha reprimido al espíritu, los valores humanos han sido rebajados y el hombre ha perdido su autonomía moral.

Lo interesante en este punto es reconocer que la crisis conlleva una inversión en el orden de los valores: los del hombre han sido socavados y por encima se han colocado los materiales. La solución propuesta es la reforma espiritual para recuperar la armonía y el equilibrio del ser.

En este sentido, el nuevo humanismo se presenta como un ideal para alcanzar aquel fin. Se propone devolver al hombre su dignidad y su libertad moral, y en aras de ello, como primer paso, procede a definir la esencia *a priori* del hombre, "es decir, aquel conjunto de notas que pensamos lógicamente inseparables de la idea general del hombre y cuya evidencia sea tal que no necesite del apoyo de la realidad, de la verificación empírica".[11]

Se trata de un ensamble de ideas sobre el hombre que forman una axiomática de la antropología filosófica en la que consiste el punto de partida del nuevo humanismo. Para este enfoque, el hombre es, antes que nada, un ser moral, un ser que se plantea y persigue fines a los que estima valiosos. Se muestra así la conexión esencial entre el hombre y su conciencia, por un lado, y el mundo de los valores, por el otro. "El hombre tiene que ser comprendido en función de los valores que son los fines de su actividad".[12] De ahí que éste sea, en esencia, un ente axiológico.

El nuevo humanismo y todo su discurso se desarrolla, pues, alrededor de los valores. Su meta última es rescatarlos del lugar oscuro en que los sumió la crisis moderna de la civilización y devolverlos a su sitio ideal. Aquí radica la diferencia entre este nuevo humanismo y el que le antecedió en el tiempo: el renacentista.

> Las concepciones del hombre han descrito varias curvas a lo largo de la historia con ascensos y caídas alternativas cuyos grados extremos voy a señalar a continuación. A partir del momento del equilibrio que caracteriza la concepción griega, los valores del hombre toman vuelo hacia arriba hasta culminar en la idea cristiana que le atribuye un rango sobrenatural. El humanismo renacentista fue un movimiento para atraer los valores del hombre del cielo a la tierra. Si la curva asciende de Grecia a la Edad Media, con el Renacimiento inicia un giro descendente. El humanismo se limitó a llevar la concepción del hombre y sus valores al nivel del equilibrio en que la habían dejado los griegos. La ciencia natural moderna toma los valores del hombre y los precipita hacia abajo hasta el grado de convertirlos propiamente en infrahu-

[11] *Ibidem*, p. 38.

[12] *Ibidem*, p. 45.

> manos; aquí la curva inicia una vuelta hacia arriba que señalaría el esfuerzo de la filosofía más reciente para rescatar los valores humanos y ponerlos en su sitio. Este último momento podría llamarse un Nuevo Humanismo cuya dirección es de abajo hacia arriba, a diferencia del humanismo renacentista que se orientó en sentido contrario. Además, este humanismo era simplemente una vuelta a la concepción griega, mientras que el nuevo humanismo tiene una conciencia más justa, más bien documentada de los valores originales del hombre y de sus relaciones cósmicas.[13]

En este pasaje transcrito está la clave, según creo, para comprender la propuesta humanista de Ramos. Toda su concepción descansa en la idea de redimir los valores del hombre.

El filósofo mexicano afirma entonces que cada época histórica ha tenido una tabla ideal de valores de las que el hombre ha derivado las normas que regulan su conducta. Pero debido a la crisis, esa escala universal ha dejado de existir: "Sería aventurado afirmar, señala, que ésta o aquélla escala valorativa es la más universalmente aceptada. Parece más bien que sobre la jerarquía de los valores no hay acuerdo ninguno y reina la confusión y el caos".[14]

Denuncia luego al subjetivismo como principal signo de los tiempos que corren. Los valores, según esto, serían puras apreciaciones con sentido sólo para el individuo que los acepta. Se sigue de ello la anarquía valorativa: la única verdad existente en esta y otras materias sería la enunciada por el sofista de la antigüedad, Protágoras: "el hombre es la medida de todas las cosas".

El remedio para la anarquía, según Ramos, es la defensa de un orden de valores que, al igual que la naturaleza, esté sujeto a leyes rigurosamente objetivas. Su tesis fundamental enuncia que "existen valores intrínsecos en la vida humana que nuestra conciencia puede reconocer o ignorar, pero cuya realidad es inalterable y no depende de nuestros puntos de vista relativos".[15]

Ramos llega así, por esta vía, a proponer la existencia de un orden de valores universalmente válido, con lo cual, sin percatarse, contrapone al subjetivismo (moral) la naturaleza absoluta y totalizante de aquéllos. Ésta es una consecuencia directa de la teoría a la que adhiere, que es la ética hartmaniana. Para ella, los valores morales que dependen de la intención del agente son los valores supremos y terminan desplazando al resto. Por eso,

---

[13] *Ibdem*, pp. 48 y 49.

[14] *Ibidem*, p. 59.

[15] *Ibidem*, p. 60.

una vez que se parte de estas premisas, no hay más remedio que aceptar dicha jerarquía.

El nuevo humanismo desemboca, de tal suerte, no sólo en el rechazo del subjetivismo, sino en la idea de que los valores son absolutos, de que existen por sí mismos y en forma totalmente incondicionada.

IV. El compromiso social del filósofo

Habiendo expuesto sumariamente las posiciones de Vázquez y Ramos, quisiera destacar qué tanto difieren entre sí y qué tanto se asemejan. Comenzaría por resaltar una primera diferencia notable relativa a la justificación de los valores.

Si éste es un tema central en la teoría de Vázquez, habiendo en él una genuina preocupación por hallar el fundamento filosófico de los principios normativos de una ética liberal igualitaria, en el discurso de Ramos, por el contrario, la justificación de los valores no parece ser un verdadero problema o, en el mejor de los casos, es un problema que ha sido zanjado de antemano y que no figura más en la órbita de sus intereses.

Esto es un corolario (me parece) de la teoría moral de la que cada uno parte: si Vázquez adhiere al constructivismo ético como recurso apto para justificar los juicios de valor que derivan de razones morales últimas que compartimos, Ramos es partidario de la teoría de la justicia de Nicolai Hartmann, la cual, como se sabe, hace del valor absoluto la noción central de la ética.

La segunda diferencia se desprende directamente de la anterior y se refiere a la idea de libertad. Si en Vázquez, la autonomía personal es uno de los tres principios fundamentes de la ética liberal igualitaria, un valor que 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...[16]

Es decir, una noción de libertad negativa que le lleva al rechazo de posiciones perfeccionistas y paternalistas; Ramos, en cambio, quien sigue

[16] Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo*…, *cit.*, p. 43.

la idea hartmaniana de libertad, afirma que ésta es determinación de la voluntad humana que no riñe ni con el determinismo mecánico ni con el determinismo axiológico; una noción de libertad positiva que retomará, por cierto, García Máynez en algunos de sus primeros escritos.[17]

Pero más allá de estas diferencias genuinas, creo que Vázquez y Ramos mantienen una proximidad entre sí sumamente relevante (algo que ya señalé). Me parece que ambos comparten el interés y la preocupación por contribuir al mejoramiento de la sociedad en la que vivieron (viven) desde su concepción filosófica específica.

Vázquez, como es obvio, apela al liberalismo igualitario (y al objetivismo moral) para dar respuesta a los problemas más acuciantes relacionados con la bioética y plantear una postura en el tema de laicidad;[18] Ramos, por su lado, desde la teoría de los valores, una de las más influyentes de aquellos años, buscó aliviar la crisis espiritual del hombre proponiendo un nuevo programa humanista. Es evidente, por tanto, el compromiso social de ambos filósofos.

Y creo que ésta debería ser la función de toda filosofía: si aceptamos lo dicho por Leopoldo Zea,[19] entonces se le concibe como una respuesta a nivel ideológico a los problemas que plantea la realidad. Si en Vázquez esa realidad está determinada por el pluralismo de valores y modos de vida (y donde los derechos humanos son el principio y fin de toda la acción gubernamental), en Ramos está caracterizada por la pérdida del sentido de la existencia del hombre. Ambos filósofos, por tanto, han cultivado filosofías con orientación práctica y han militado a favor del progreso humano.

V. Balance conclusivo

En la historia de cada país hay un número más o menos reducido de filósofos que dejan su legado en obras y escuelas. Ramos es parte de esa corriente dedicada a meditar sobre el sentido de lo mexicano; una línea de pensamiento que comienza con los filósofos del Ateneo de la Juventud,

---

[17] *Cfr*. García-Máynez, Eduardo, "Libertad, como derecho y como poder" (1939); reimpreso en *Los principios de la ontología formal del derecho y su expresión simbólica*, México, Imprenta Universitaria, 1953, pp. 103-162.

[18] *Cfr*. Vázquez, Rodolfo, "Laicidad y razón pública", *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012, pp. 137-155.

[19] *Cfr*. Zea, Leopoldo, *La filosofía en México*, México, Editora Ibero-Mexicana, 1955, t. I, p. 9.

continúa y se prolonga con Leopoldo Zea y culmina con la generación de los hiperiones.[20]

Vázquez, por su lado, ha formado escuela entre sus alumnos dentro y fuera del ITAM. Es el campeón mexicano de una filosofía liberal que trasciende el ámbito de lo privado *stricto sensu*. De las dos filosofías, sin embargo, el objetivismo ético y el absolutismo de los valores, la primera es la única compatible con la democracia constitucional que ahora es parte de nuestro abecedario social básico. Pienso que sólo si aceptamos que es posible debatir cuestiones controvertidas de alcance moral conforme a cánones racionales sin caer en posturas dogmáticas, podremos zanjar las diferencias que naturalmente se presentan en nuestras sociedades abiertas y plurales. De ahí que no tenga reparos en decantarme por el objetivismo como Vázquez ha hecho.

[20] *Cfr*. Villegas, Abelardo, *La filosofía de lo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1960.

PERIODISMO, UN MERCADO INTERVENIDO POR EL ESTADO

Fausto PRETELIN MUÑOZ DE COTE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Periodismo y derechos humanos*. III. *¿A quiénes benefician los medios de información?* IV. *Las redes sociales como controles de opinión*.

I. INTRODUCCIÓN

Gracias a Rodolfo Vázquez por su amistad. Invalorable su dedicatoria en su libro *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, como también lo son las charlas que sostenemos.

Para mí, cuya formación profesional es muy lejana al derecho, su libro me resulta algo más que ilustrativo. Sin embargo, si me hubiera encontrado el libro en algún lugar público sin la cubierta, es decir, sin su nombre, lo hubiera descubierto a través de la lectura.

Revelo que mi texto no será ortodoxo, y quizá corra el riesgo de lanzarme al vacío al cometer el atrevimiento de llevar algunos planteamientos de Rodolfo hacia un sector que conozco y lastima por su condición de simulación: la prensa.

En México, el sector periodístico ha vivido al menos 40 años en la simulación porque la información no ha sido considerada un derecho, y su distribución ha sido discrecional. De liberal, poco. De igualitaria, nada.

II. PERIODISMO Y DERECHOS HUMANOS

Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria, resulta ser un recorrido por una civilización que, al parecer, se encuentra cada vez más lejos de nuestra cotidianidad.

* *El Economista* y Bloombsberg TV, México.

El sentido que lleva el flujo de la humillación actúa desde las instituciones hacia los ciudadanos, pero también entre éstos. Sociedades indecentes e incivilizadas conforman un entorno preocupante.

Me permití *anclar* mi lectura analítica en la siguiente reflexión que plantea Rodolfo Vázquez:

> Pienso que resulta difícil y políticamente incorrecto poner en duda las bondades de un Estado de derecho, la denuncia y crítica de toda forma de totalitarismo, de crueldad y de humillación, la necesidad de un mercado adecuadamente regulado, la construcción de una democracia representativa acotada por los límites infranqueables que establecen los derechos humanos en el marco de un Estado constitucional.

Y para reforzar su idea sobre la crisis que vive el modelo político de la social democracia, Rodolfo Vázquez remata: "Todo esto suena bien".

Al parecer lo políticamente correcto ha desvirtuado el ecosistema de la socialdemocracia pero también lo ha hecho en el ejercicio de la libertad de opinión publicada, es decir, en la prensa.

Para alguien como yo, que se sumerge laboralmente en el periodismo, resulta tentador transportar las luces conceptuales de Rodolfo Vázquez hacia el sector de los diarios, porque en el mapa sobre derechos humanos que presenta en su libro, coloca una especie de construcción en la que subyacen algunos valores cívicos como son el pluralismo y la imparcialidad, entre otros.

Escribe Rodolfo Vázquez, "…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". Sin embargo, y en el ámbito de la crítica periodística, el Estado mexicano ha tenido como obsesión la construcción del monopolio del pensamiento crítico. Si el pluralismo se concibe como ecosistema en el que se desarrolla la crítica, entonces el Estado lo identifica como enemigo al que hay que extinguir.

La información en una sociedad plural permite la existencia de un amplio espectro ideológico de los medios de comunicación donde la opción de identidad de cada uno de ellos puede elegir dos caminos: un conglomerado de medios con varias ideologías —cada uno de ellos— o múltiples medios con una sola ideología.

En el ámbito de la imparcialidad, escribe Rodolfo Vázquez: "Uno de los postulados más recurrentes del liberalismo es su defensa de la neutralidad. Un liberal congruente debe ser neutral o permisivo con respecto a los valores". Con miedo hacia la crítica, el Estado mexicano generó una

estructura periodística parcial en contra de sus propios principios fundacionales, es decir, en contra de la misión de ser: fungir como contrapeso del poder político. Actualmente, y de acuerdo con la tesis de Ignacio Ramonet, los poderes mediático y político se encuentran con menores fuerzas que el poder económico.

La imparcialidad de los medios de comunicación impacta en la demografía de la opinión. Al convencimiento también se puede llegar a través de la manipulación.

Al parecer, lo *políticamente correcto* se ha convertido en un sinónimo polisémico donde lo mismo significa autocensura o renuncia a la crítica; reverencia o aplauso asegurado; inteligencia del demócrata o espiral del silencio. En fin: una simulación que mantiene herido de muerte al sector de los periódicos mexicanos.

El mercado de la información periodística se encuentra intervenido por el Estado desde 1976, año del golpe planeado y ejecutado por el presidente Luis Echeverría al periódico *Excélsior*. Cuarenta años después, la transición hacia la democracia no ha llegado a los despachos de los dueños de los periódicos. Sin embargo, y a diferencia de lo sucedido en 1976, la revolución de la tecnología se ha encargado de revelar casos de censura. Algunos medios de comunicación globales han hecho perder el control de información a las áreas de comunicación social de la Presidencia y de las secretarías de Estado, sin embargo, su resistencia a abandonar la regulación del sector, continúa.

No es la mercadotecnia ni múltiples análisis concienzudos, por ejemplo, a través del *big data,* quienes se encargan de acercar los periódicos a los lectores de acuerdo a un conglomerado de variables que van desde la educación hasta los códigos deontológicos de los medios de comunicación. La misión de informar ha mutado a terrenos dominados por el espectáculo de la simulación.

III. ¿A QUIÉNES BENEFICIAN LOS MEDIOS DE INFORMACIÓN?

¿Para quién o quiénes se elaboran los periódicos mexicanos? ¿Medios de comunicación masivos o canales de comunicación entre élites de los poderes económico y político?

Por ejemplo, y bajo un análisis riguroso sobre la sensibilidad de periódicos frente al humor del presidente Enrique Peña Nieto, la dirección del grupo empresarial Imagen tomó la decisión de prohibir a los trabajadores del periódico *Excélsior* incluir en sus textos, juntas, las palabras *casa* y *blanca.*

Asimilándolas en una especie de metáfora moderna, las palabras *casa* y *blanca* es el *hashtag* que revela la derrota ética del presidente frente a la sociedad que gobierna.

Con la intención de generar un efecto cosmético, la dirección del *Excélsior* sólo le permite al columnista Leo Zuckermann ejercer el derecho de crítica en el caso *Casa Blanca*.

Bajo la cultura de empresa familiar, Francisco Ealy Ortiz, presidente ejecutivo y del Consejo de Administración del periódico *El Universal*, ordenó al director del mismo, es decir a su hijo, no llevar en primera página la noticia sobre la detención del político priista Humberto Moreira en enero de 2016, por la anémica razón de la existencia de una amistad entre ambos. Bajo rigor periodístico, la noticia contaba con todas las características del género para ser desplegada en la primera página del diario.

Un caso peculiar es el periódico gratuito *24 Horas*. El presidente del Consejo de Administración, Antonio Torrado Monge, harto de la distancia editorial que le marcaba el director del diario, Raymundo Riva Palacio, decidió separarlo del cargo dejando a la deriva un proyecto con proyección interesante por innovador. Sin mayor rigor profesional, el propio Torrado Monge asumió las tareas de la dirección editorial, entre las que destacan: dirigir juntas editoriales, definir la portada del diario, introducir temas a la agenda del medio, entre otras. Lejos de confrontar la noticia con algo cercano a un código deontológico, Torrado Monge decidió convertir al periódico en un seductor espejo donde la vanidad política puede colocarse frente a él. Es el caso, por ejemplo, del gobernador del estado de Morelos, Graco Ramírez. Una encuestadora desconocida decidió revelar que el gobernador tiene 53% de aprobación, cifras que "le dan vuelta a los números". La nota no aparecía en interiores del periódico sino que fue la principal noticia, mejor conocida en el medio como de "ocho columnas".

> ¿Puede obligarse a un médico a practicar la interrupción del embarazo, la eutanasia activa, la experimentación en embriones y la fecundación asistida si tales acciones contradicen sus convicciones ideológicas, por ejemplo, con respecto al valor absoluto de la vida desde el momento de la fecundación y hasta la muerte natural?

Se pregunta Rodolfo cuando escribe sobre la objeción de conciencia entre dignidad y autonomía. En un sentido similar, ¿puede obligarse a un periodista apoyar la candidatura de X y denigrar la imagen pública de Y?

IV. Las redes sociales como controles de opinión

En redes sociales es notorio el control de opinión que generan dueños y directivos de medios a sus empleados. Por ejemplo, "tuits a título personal" revelan distanciamiento de posiciones editoriales dirigidas.

Cuando Rodolfo escribe sobre democracia deliberativa cita a Roberto Gargarella a través de varias preguntas fundamentales para comprender la distancia entre la prensa con sus lectores: "¿Por qué tanta gente siente indiferencia o directamente rechazo hacia la política? ¿Por qué es tan habitual la desconfianza hacia la clase dirigente? ¿Por qué los partidos políticos encuentran cada vez más difícil el motivar a la ciudadanía a participar en cuestiones públicas?"

Rodolfo agrega:

> A estas interrogantes habría que añadir algunos hechos: la discrecionalidad de gobernantes, políticos y de poderes fácticos frente a la opinión pública; la creciente influencia de los medios en los procesos electorales y el impacto en la personalización de la política; la quiebra de la cohesión social por el uso de la violencia no institucional, etcétera.

En efecto, la prensa ha colaborado a incentivar la desconfianza de la sociedad en los políticos, pero algo peor, en ella misma. Pensar que lectores no logran identificar las noticias de los "debes", hoy es un acto de cinismo.

Los "debes" son notas pagadas por políticos. Una concupiscente estrategia que viola los códigos de ética que, por cierto, se encuentran en extinción. Los "debes" forman parte de la burla de los periódicos a sus lectores.

Se les conocen como "debes", porque "deben de ir obligatoriamente" en las ediciones de los periódicos. Son aquellas fotografías en las que aparece un gobernador inaugurando una escuela, entregando diplomas, en compañía de ancianos, regalando computadoras, y un largo etcétera.

Los "debes" son una fuente de ingreso para los periódicos que día a día pierden venta en los puestos de periódicos. Es la forma más rápida de denigrar a los lectores, pero también a los trabajadores de los medios.

De los "debes" se habla poco. Recurren a ellos aquellos periódicos que presumen caminar sobre un enfoque editorial ético. Lo mismo *La Jornada* que *El Universal*; *Reforma* o *El Financiero*. Todos han elegido el camino más seguro para alimentar sus finanzas: el Estado mexicano.

La sociedad informada y reflexiva abandona los periódicos harta de su simulación. La globalización ha permitido a diarios como *The New York Times*, *The Economist* o *Financial Times* informar a lectores mexicanos actos de corrupción de autoridades mexicanas.

De continuar la tendencia, muy pronto los periódicos mexicanos desaparecerán. Aunque es posible que la ceguera de sus directivos les lleve a continuar en el sector. Periódicos para no lectores. Por ejemplo, *La Razón*. Un periódico que tiene precio en la portada pero se regala.

Gracias a Rodolfo por sus libros. Pero sobre todo, por su amistad.

MOTIVACIÓN, FRATERNIDAD Y ESTADO DE DERECHO: UNA PROPUESTA FUNCIONALISTA (Y QUIZÁ MORAL)

Alberto PUPPO*

> Personne ne peut rester en soi: l'humanité de homme, la subjectivité, est une responsabilité pour les autres, une vulnérabilité extrême.[1]

> Le sessioni de' tribunali sono pubbliche. I giudici deliberano in segreto. Le sentenze si pronunziano ad alta voce, e sono motivate sul fatto, e sulla legge, e non mai sull'autorità, né su gli esempi.[2]

> Publicity therefore draws with it, on the part of the judge,—as a consequence if not algether necessary (since in conception at least it is not inseparable,) at any rate natural, and in experience customary, and at any rate altogether desirable—the habit of giving reasons from the bench.[3]

> La motivation de l'arrêt litigieux ne permet donc pas d'établir si cette question a été considérée comme non pertinente, ou comme relative à une disposition claire ou déjà interprétée par la CJUE, ou bien si elle a été simplement ignorée... Ce constat suffit pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.[4]

---

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

1 Lévinas, Emmanuel, "Sans identité", *Humanisme de l'autre homme*, París, Fata Morgana, 1972, p. 109.

2 Artículo 222. *Costituzione del popolo ligure*, sancionada el 2 de diciembre de 1797.

3 Bentham, Jeremy, "The Introductory View of the Rationale of Evidence, and Rationale of Judicial Evidence", *The Works of Jeremy Bentham*, Nueva York, Bowring, 1962, p. 357.

4 Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Dhahbi c. Italia*, 8 de abril de 2014.

SUMARIO: I. *Introducción: había un escéptico genovés y un maestro…* II. *Reflexiones preliminares sobre libertad e igualdad.* III. *Fraternidad: ¿el cerdito con la casa de ladrillos?* IV. *Estado de derecho: una propuesta minimalista*. V. *La práctica social de dar razones y la institucionalización del primer juez*. VI. *La práctica de dar razones (buenas o malas) como buena razón*. VII. *Razones no censurables, jueces últimos y riesgo de arbitrariedad*. VIII. *Dar y exigir razones: el fundamento cooperativo de las decisiones no arbitrarias*. IX. *Conclusión: Estado de derecho y fraternidad.*

I. INTRODUCCIÓN: HABÍA UN ESCÉPTICO GENOVÉS Y UN MAESTRO…

La obra de Rodolfo Vazquez toca una infinidad de aspectos centrales tanto para la filosofía del derecho como para la filosofía política y moral. Estos aspectos han sido tratados tanto en su dimensión analítica como en su dimensión genuinamente normativa. Entre los conceptos analizados en varias de sus contribuciones destaca la noción de Estado de derecho, ésta relacionada, por los menos indirectamente, con la noción de dignidad humana, ella también objeto de un acercamiento magníficamente analítico.

En términos normativos, para decirlo de forma burda, Estado, derecho y dignidad humana son valores fundamentales, ambos dignos de ser fomentados, el primero, y protegidos, el segundo. Fomentado porque el Estado de derecho es algo que se construye, mientras, según opiniones algo comunes, la dignidad es una característica que define al ser humano por ser humano, más allá e independientemente de sus actuaciones.

Dadas estas premisas, esto es, dos conceptos fundamentales, Estado de derecho y dignidad, y una atractiva postura normativa, el liberalismo igualitario, resulta tentador contribuir a este homenaje para el maestro Rodolfo haciendo hincapié en la relevancia que han tenido sus contribuciones.

Pero, más allá de las contribuciones sentadas en libros están las contribuciones, tal vez más valiosas, que surgen de conversaciones. Al respecto, entre las muchas conversaciones, una de ellas creo merezca ser erigida en homenaje. Fue una conversación, algo sorprendente dado el escepticismo de quien escribe, sobre valores, en particular sobre la fraternidad, una conversación en materia de ética, un sujeto que normalmente, en quien escribe, suscita consideraciones cínicas cuando no claramente sarcásticas. Prueba de ello, al leer la magnífica reconstrucción ofrecida por Rodolfo del concepto de dignidad, mi simpatía siempre fue hacia el bando de los escépticos.

Tales cinismo y sarcasmo, con los cuales Rodolfo me ha conocido, a mi llegada a Mexico, en 2008, casi siempre han suscitado su sonrisa benévola

para decirme: más allá de tal actitud, late un corazón hambriento de valores, profundamente ético…

Obviamente, nadie, entre los filósofos del derecho, comete el error (salvo quizá algunos ingenuos), de correlacionar las posturas filosóficas de alguien con las creencias personales, en materias de derecho, política y moral, de aquel que las defiende. Quiero decir, un integrista religioso, al momento de escribir en materia de metaética podría sin dificultad suscribir a una metaética no descriptivista, es decir, alguien puede ser objetivista moral en su vida privada y escéptico en su vida pública: no significaría ser incoherente, como no es incoherente el boxeador que en su vida privada milita en contra de la violencia.

El escepticismo que me caracteriza obviamente se vuelve corrosivo frente a los encantadores discursos, como dicen los franceses, de los ingenuos —u obtusos— "derechosdelhombristas". En guisa de justificación moral para mi escepticismo, me gustaría decirle a mi maestro Rodolfo, puedo invocar el mal gusto de la retórica *derechosdelhombrista*. Como decía en otro contexto el gran Gaetano Mosca: no estoy en contra de la democracia, sino de los teóricos de la democracia, ya que, se lee en un correo, la "igualdad política sin la igualdad económica es una mentira demasiado grande".

Quizá es precisamente la importancia dada a la igualdad, así como a su hermana decimonónica, la libertad, el punto sobre el cual resulta interesante plantear un desacuerdo, por lo menos aparente.

II. Reflexiones preliminares sobre libertad e igualdad

No diré nada sobre las concepciones de la libertad y la igualdad, tema del cual nunca me he ocupado. Me limitaré a algunas reflexiones estructurales.

1. *Personas libres e iguales*

El primer punto es una obviedad. Puede existir un acuerdo sobre la necesidad de tratar a todos los X de manera igual o de respetar la libertad de todos los X. En 1789, los X eran ambiguamente tanto los hombres como los ciudadanos. Los más atroces crímenes del pasado han sido precedidos por un artificio semántico, esto es, el uso de una palabra especial (muy a menudo con una connotación negativa, como cucaracha en Ruanda) para referirse a una subclase de los X. La conclusión es tanto obvia como atroz:

dado que parte de la población ya no es X, deja por lo tanto de ser libre y no ontológicamente diferente. La noción de persona, o de nacional (tal definición fue el origen del conflicto en Costa de Marfil) o de ciudadano resulta la etapa —muy a menudo ontológica— preliminar para cualquier uso de los conceptos de libertad e igualdad.

El primer punto que quiero destacar es el compromiso ontológico sobre el cual se basa el uso, incluso el más elemental, de las nociones de libertad e igualdad y, por supuesto, de las tesis normativas construidas a partir de ellas.

Las cuestiones ontológicas preliminares son a menudo capturadas por los mismos participantes del discurso "derechosdelhombrista" cuando hablan de la dignidad humana como de una propiedad en un sentido más importante que todos los derechos y libertades. Las metáforas han surgido por todas partes y en todos los idiomas, con algo en común: la irreductibilidad de la dignidad a cualquier otra propiedad, lo más cercano a la *sustancia* de los antiguos, la *esencia* de lo que es humano, la propiedad de la cual todos los humanos somos portadores.

Rodolfo, en varios de sus trabajos ha llamado la atención sobre la complejidad de esta noción y sobre su carácter central en cualquier teoría de los derechos humanos. Obviamente para un constructivista antimetafísico —así quiero caracterizar a Rodolfo— las nociones de *sustancia* y *esencia* deben parecer anacronismos, salvo si son usadas metafóricamente. La dignidad humana, como cualquier valor moral, en una óptica niniana, que Rodolfo compartiría, son artefactos humanos. Pero, hablar de artefacto humano ya está presuponiendo la noción de humanidad. Así que parece que no es tan fácil renunciar a un sólido fundamento que escape a las prácticas humanas, ya que sin él no podríamos reconocer la humanidad misma en tales prácticas.

Al mismo Nino se le ha reprochado el reingreso subrepticio de un *a priori* kantiano al momento de definir las precondiciones de la democracia, esto es —con algo de libertad (mía) interpretativa— las precondiciones para la construcción de una moral objetiva.

Así las cosas, por lo menos desde el punto de vista de aquellos que no quieren, *sic et simpliciter,* renunciar a hablar de derechos humanos, hay que fundamentar este discurso sobre una base que no sea ontológica. Como explicaré más adelante, este fue precisamente el proyecto de Emmanuel Lévinas, cansado de lo que en su momento los franceses habían bautizado "personnalisme", esto es, la proliferación de ontologías dirigidas a definir el concepto de persona. Como lo sentenció un célebre texto de Paul Ricour, llegó el momento en la historia de la filosofía, por lo menos de corte francés,

en que muere el personalismo, y vuelve la persona. Quizá no precisamente "vuelve", sino por fin "aparece".

Lo mismo me gustaría decir —aunque sí con una fonética algo áspera— de los derechos humanos: muere el "derechosdelhombrismo", aparecen los derechos humanos. Lejos de mi humilde contribución (la arrogancia de tal tarea). Quizá, en el contexto de esta conversación ideal, entre Rodolfo y el cínico genovés, casi como justificación, el propósito de este trabajo es justificar la desconfianza hacia los profesionistas de los derechos humanos, precisamente por la seriedad con la cual, *malgré moi*, experimento los derechos humanos.

Por lo mismo, mi intuición siempre había sido que no era un fenómeno del cual pudiese hablarse sin mancharlo con *a priori* o ideologías baratas, todo entre cuatro paredes de cristal, que aun cuando permiten elucubrar plácidamente sobre el concepto, también protegen infaliblemente de la experiencia de la humanidad y empezamos a usar el término.

Dejando para después este desarrollo, hay que mencionar la segunda dificultad relativa los conceptos de libertad e igualdad.

2. *Libertad e igualdad: juegos de suma cero*

La libertad y la igualdad son valores que funcionan perfectamente en el universo del individualismo metodológico. Mi libertad, mi no discriminación: todos podemos fácilmente pretender el respeto de nuestra libertad, de vestir, de expresarnos… de no ser detenidos arbitrariamente, así como la igualdad ante la ley.

La primera dificultad, relativa a la libertad, es que como los enseñan los clásicos, mi libertad tiende en forma fatal a entrar en colisión con la libertad de los demás. Mi libertad de vestirme con un uniforme nazi o de desvestirme puede entrar en conflicto con la libertad del vecino de enfrente de no verme vestido de oficial nazi o de no ver mi cuerpo desnudo. Por cada pedacito de cuerpo que tendré la obligación de cubrir, mi libertad se verá limitada, y la de mi vecino incrementada. Este ejemplo algo tosco ilustra, aun burdamente, que la libertad no es un bien que se pueda incrementar sin más. Los defensores de la libertad son muy a menudo los defensores de *ciertas libertades de ciertos sujetos.* Como lo recordaba sarcásticamente Carl Schmitt, la libertad de los mares la inventaron los ingleses para poder bombardear libremente a los turcos… O peor aún: los derechos de los participantes a un conflicto armado, en opinión de las mentes más humanistas de finales

del siglo XIX y principios del XX, manifiestamente no aplicaban a los salvajes, esto es, las poblaciones colonizadas.

En este sentido hay que entender, creo, la preocupación igualitaria de algunos liberales, como Rodolfo. La libertad sola no es suficiente: hay que inscribirla en un contexto en donde la igualdad sea por lo menos el valor orientador de la distribución de libertades.

Pero la igualdad sufre del mismo defecto: salvo en el estado de naturaleza, en donde la igualdad jurídica es asegurada por la ausencia de derecho, desde que se instaura la primera sociedad civil, desde el primer acto constituyente se crea una división entre grupos, por lo menos entre gobernantes y gobernados. Y a partir de allí los gobernantes no paran de ejercer esta actividad propia de los humanos que consiste en crear categorías. El ejemplo de la adopción, para tomar uno reciente, es magnífico. Sin importar a quién se reconozca el derecho de adoptar, siempre habrá un residuo discriminatorio, siempre habrá alguien que reivindique su estatus de igualdad respecto de otro al cual se reconoce el derecho, o alguien escandalizado por compartir el mismo destino normativo con otro manifiestamente (en su opinión) diferente.

Si la igualdad es meramente formal, obviamente se evita esta crítica, ya que sólo existe el compromiso de tratar a todos los X de la misma forma. Pero desde esta perspectiva recaemos en el problema señalado: incluso el peor de los genocidios podría ejecutarse respetando el principio de igualdad.

Las prácticas sociales de la libertad y de la igualdad pueden así fácilmente transformarse en juegos de suma cero, en donde lo que se gana por un lado se pierde por el otro; en donde la igualdad alcanzada entre dos grupos implica una discriminación entre alguno de los grupos "iguales", y un tercer grupo excluido, en donde la afirmación y la protección de la libertad de mi vecino implica una amenaza para mi propia libertad, etcétera.

Esta predisposición facilita el uso demagógico de estas nociones, lo que quizá explica el éxito —casi universal— de los discursos políticos (fórmulas políticas diría Gaetano Mosca), por lo menos desde finales del siglo XVIII.

El punto de partida para una nueva exploración de la fundamentación ética tanto de los derechos humanos —para los que tengan interés en ello— como del Estado de derecho, puede buscarse en la misma época, en el mismo lema que desde la Revolución Francesa ha animado tantas ideologías: *liberté*, *égalité*, *fraternité*.

III. Fraternidad: ¿el cerdito con la casa de ladrillos?

¿Cuál es el carácter distintivo de la fraternidad? ¿Qué debe hacer una persona, o de hecho hace, con un "hermano o hermana", y no necesariamente con otra persona? No tratamos de igual manera a nuestros hermanos o hermanas, y a menudo no se respeta su libertad. O asumimos la igualdad y la libertad sin realmente respetarlas. ¿En qué se distingue una práctica social fraterna? Quizá con valores como la igualdad o la libertad, la brecha entre el mundo ideal y el mundo real puede ser enorme. Es bastante fácil pretender que una situación cumple con los estándares de igualdad o de libertad, pero una mirada más profunda podría demostrar que es falsa. Con la fraternidad, en un sentido, es más difícil de fingir. La fraternidad es real o no es, parece difícil imaginar una relación fraternal *prima facie* que después de un análisis más profundo revela la ausencia de fraternidad.

De aquí la imagen del cerdito: la libertad es como la casa de paja del primer cerdito; no cuesta casi nada edificar las libertades, pero —el caso de los atentados de París lo demuestra— basta con que sople fuerte el miedo y la casa de la libertad desaparece en cuestión de segundos, para que se instale el Estado policiaco. La igualdad no se construye tan fácilmente, pero por lo menos en el siglo XIX la homogeneidad de la clase burguesa (en la Europa liberal), fomentó la construcción de un (frágil) sentimiento igualitario (ante la ley), amén de la ausencia de voto para las mujeres, de la reducción en esclavitud de las poblaciones colonizadas, etcétera. Pero con las primeras crisis económicas, o simplemente con el fortalecimiento de la clase obrera, la casa de madera de la igualdad fue igualmente destrozada. Para terminar con la metáfora, podríamos decir que desde la Revolución Francesa la casa de la fraternidad todavía no termina de construirse, pero —hay que esperarlo— una vez terminada, estará para durar.

Saliendo de la metáfora: un ejemplo paradigmático de la fraternidad podría ser la relación uno-a-uno entre un *boat-people* y alguien que le brinda ayuda. Como sugiere la obra de Lévinas,[5] es en el contexto de algunas interacciones humanas especiales que podríamos reconocer en el otro nuestra humanidad, y permitir que el otro se perciba como ser humano a pesar del trágico destino que está viviendo. Ambas personas están compartiendo una fuerte experiencia humana en la que pueden, ambos, ganar o perder su humanidad. En resumen: no puedo ser fraternal por mí mismo. Ciertamente

[5] No pretendo en este contexto ofrecer una reconstrucción precisa de las ideas de Lévinas, sino sólo apoyarme esencialmente en algunas intuiciones del gran filósofo francés.

tal experiencia no es lo habitual, pero es sólo un ejemplo extremo para capturar la dinámica de la práctica social de la fraternidad.

Es más que legítimo sospechar que el derecho no es el contexto social natural para experimentar este tipo de fraternidad. Pero tal vez alguien podía recordar una película, *Guten Tag Ramón*, en el que dos personas (un migrante mexicano y una señora burguesa alemana) que millones de razones separan, terminan construyendo una fuerte relación humana —hay que destacar: sin hablar el mismo idioma, esto es, sin poder construir una semántica común— que probablemente merezca ser llamada *fraternidad*. Por cierto, estamos todavía bastante lejos del derecho. No estoy negando algo obvio, esto es, que tal concepto fuerte de fraternidad resulta ausente en nuestras prácticas jurídicas tradiciones; pero sí estoy sugiriendo que algunos de los temas más delicados a los cuales el derecho y los Estados contemporáneos se enfrentan y no logran solucionar; tiene que ver precisamente con los refugiados, quizá llegando en condiciones similares a los *boat-people*, y la migración internacional, perfectamente representada por la situación de Ramón en la película citada.

En otras palabras: existen dos razones fuertes que obligan a repensar temas viejos en términos de fraternidad. La primera es histórico-filosófico-política: la fraternidad aparece desde el principio, al lado de la libertad y de la igualdad, pero el mundo occidental se ha construido insistiendo sobre estos dos últimos valores y el resultado, a más de dos siglos de distancia, es precisamente la realidad a las cuales se enfrenta la sociedad contemporánea: guerras, y los flujos de refugiados que éstas generan, pobreza extrema y los migrantes que ésta provoca. No es mi intención defender una tesis fuerte, según la cual, la cultura liberal produce inexorablemente guerras y pobreza extrema. Sólo me limito a señalar que, si es el caso —como espero que sea para los defensores de los derechos humanos—, que existe una genuina preocupación por la situación de migrantes y refugiados (o desplazados internos), entonces hay que replantear el fundamento mismo de los derechos humanos. Para los que desconfían de la retórica basada en los derechos humanos y se limitan a conceptualizar y/o a promover el Estado de derecho, tendría el mismo mensaje: para conceptualizarlo, y *a fortiori,* para promoverlo hay que introducir en nuestra etapa preteórica una intuición en términos de fraternidad.

Volviendo a la razón histórica: el tercer término de la fórmula asociada a la Revolución Francesa, "*égalité, liberté, fraternité*", se ha popularizado más en los términos de la solidaridad social a la Duguit que de fraternidad a la Lévinas. Si el concepto de solidaridad ha entrado en el *mainstream* del discurso jurídico-político y, de acuerdo con Duncan Kennedy, ha contribuido

a la segunda globalización del pensamiento jurídico, el de fraternidad, incluso si es de alguna manera relevante en la ética del discurso político, es por lo demás ausente en el discurso jurídico. Aunque sería suficiente aclarar que no estoy interpretando la fraternidad como solidaridad, creo importante dar algunas ideas acerca de la profunda diferencia entre ambos conceptos. Esto es importante, a la luz de la obra de Rodolfo, ya que él mismo atribuye un papel muy importante a la solidaridad, aunque, es su caso, en la línea —aunque no directa— de la tradición republicana y socialista francesa, esto es el la línea de Duguit, conecta de forma clara la solidaridad con la igualdad: "existe real y efectiva solidaridad cuando ésta se justifica a partir de un principio más radical, como es el de igualdad".[6] El mismo Rodolfo recuerda, citando a Peces-Barba, que mucho antes de la Revolución Francesa, y por cierto de Duguit, ya se distinguían por lo menos dos grandes concepciones de la solidaridad, la de los antiguos y la de los modernos:

> una "solidaridad de los antiguos" y una "solidaridad de los modernos". La primera estaría inspirada en un modelo clásico que parte desde la *filia* (amistad) aristotélica… 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.[7]

Ni la concepción clásica ni la moderna se acercan, como veremos, al núcleo de la fraternidad. Aquí de todas formas sólo me interesa contextualizar la solidaridad al interior de una perspectiva liberal-igualitaria; a pesar de insistir sobre el hecho de que "se es solidario con quienes se encuentran en peligro o desventaja", lo que podría hacer pensar a algo similar a la fraternidad, "la solidaridad para un liberal igualitario debe entenderse como la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de las necesidades básicas comunes". La desigualdad es lo que se supone la solidaridad podrá reconducir a la igualdad, esto, como lo anticipé, no es sino el *humus* de cualquier política socialista de corte liberal, en donde el derecho interviene para disminuir la desigualdad en la distribución o el goce de los derechos individuales. Estos derechos son derechos humanos, así que la solidaridad intervienes *después* de los derechos.

---

6 Vázquez, Rodolfo, "Principios, derechos y valores", *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 18.

7 *Ibidem*, pp. 18 y 19.

Otra forma, no tan liberal, de retomar el último eslabón de la cadena que caracteriza la concepción moderna de la solidaridad, esto es, Durkheim (y Duguit), su portavoz en el ámbito de la teoría francesa del servicio público, quizá podría acercarlo a la solidaridad. Si el discurso de Duguit se interpreta y utiliza en clave ontológica, es decir, para proporcionar una base objetiva a las obligaciones legales, o traducido en el lenguaje de la igualdad: la solidaridad como valor fundamental que permite la disminución de las desigualdades, caemos en lo que justamente Lévinas quería evitar: un discurso esencialista. Más precisamente, tal interpretación presupone una concepción demasiado fuerte y organicista de la sociedad (derivada de Durkheim), en la cual el concepto de grupo es fundamental.

Sin descartar la importancia de dicha concepción, voy a adoptar una concepción no ontológica de la fraternidad, en el que la fraternidad no es un valor trascendente sobre el cual se construye un concepto de derecho, en el que la fraternidad no presupone la existencia de un grupo social con una pretensión identitaria o republicana o igualitaria (y con derechos oponibles a los individuos). Creo que una propuesta útil en términos de fraternidad no puede basarse en fuertes supuestos ontológicos. Mi supuesto ontológico es bastante escéptico: los seres humanos no son una gran familia en la que la fraternidad es una forma obvia de interacción. Sin embargo, esto no significa que algunas prácticas sociales no puedan ofrecer un contexto favorable para el desarrollo de algunas virtudes fraternales.

Lo que asumo es bastante escéptico: los seres humanos no son una gran familia en la que la fraternidad es una forma obvia de interacción. Sin embargo, esto no significa que algunas prácticas sociales no puedan ofrecer un contexto favorable para el desarrollo de algunas virtudes fraternales. Mi tesis en este trabajo es que podemos reconstruir la práctica social de la motivación de los actos jurídicos que afectan las vidas de sus destinatarios en la cual "algo de fraternidad", entendida de una manera minimalista, podría surgir. Decir que la fraternidad podría surgir de la práctica de la motivación no presupone ninguna fraternidad previa: la fraternidad puede surgir como resultado de causas no fraternales.

Mi objetivo es reconocer un papel activo a cualquier sujeto que interactúa con un sistema casi-judicial, incluso en un derecho primitivo. Por supuesto, no soy ingenuo, y no estoy comprometiéndome con una afirmación empírica acerca de cómo funciona en realidad dicha interacción. Como se dijo anteriormente, sólo estoy señalando un contexto social potencial para la aparición de las virtudes y prácticas fraternales, a saber, virtudes que en mi opinión son centrales en la noción de Estado de derecho.

Parte de la pertinencia del enfoque de Lévinas para la comprensión de la práctica de la motivación, es la desigualdad que a menudo caracteriza la relación entre los jueces y las personas frente a ellos. Probablemente, la metáfora del *boat-people* es demasiado fuerte para basarse útilmente en ella, pero de alguna manera es una situación que podría terminar rápido frente a una autoridad jurídica, donde se discutirá alguna cuestión sobre la ley de refugiados o de inmigración. Es obvio que no todas las personas son vulnerables frente a los jueces: una gran corporación multinacional no comparte nada con los *boat-people*. Pero sociológicamente creo que la mayoría de la gente, en casi todos los países, se parece más al *boat-people* que a la multinacional. Una pareja en espera de una adopción, un trabajador luchando por su trabajo, un joven acusado injustamente que lucha por su inocencia, o los millones de personas luchando en asuntos banalmente civiles unas contra otras —probablemente en pie de igualdad entre ellas, pero vulnerables con respecto a la autoridad—.

Una última precisión; cuando se piensa a la práctica de dar razones es inevitable imaginarse una práctica esencialmente lingüística. Esta circunstancia vuelve sospechoso mi apoyo levinasiano: la relación con el *otro*, la experiencia ética de la alteridad no es una experiencia verbal, ni verbalizable. Un gesto que paradigmáticamente puede generar este destello de humanidad es, según Lévinas, la caricia que puede recibir o dar un individuo que se está muriendo, sin palabras, sin intenciones, sin significado aparente. Nada verbal o verbalizable, sólo el contacto físico entre una mano y una mejilla, un gesto sencillo mediante el cual ambos —el que hace y el que recibe la caricia— se reconocen como humanos, en donde la vulnerabilidad del que se está muriendo alcanza la vulnerabilidad del que, por ejemplo, un médico, aparentemente representa la solidez y la seguridad del conocimiento. Sus palabras dejan de protegerlo, pero también de distanciarlo de la humanidad del otro, y es esa caricia que rompe, como dice Lévinas, las máscaras, las cuales se construyen a través del lenguaje, durante toda nuestra vida; la máscara que, sin sorpresa, representa uno de los primeros significado del término persona; una máscara, podríamos decir, hecha de una pasta algo curiosa, una mezcla de sustancia metafísica y decoraciones sociales, una pasta que con el tiempo se hace dura, impenetrable.

Ahora bien, la práctica de dar y recibir razones, como lo explicaré en detalle más adelante, no cuenta por el contenido de las razones que se dan, sino por la relación que se establece entre los participantes; lo que importa más no es que se entiendan las razones del otro, sino que —como si fuera una caricia— se tienda el oído y se busque la voz, en donde el tono de la voz y la postura corporal contarían más del propio contenido hablado y oído.

IV. Estado de derecho: una propuesta minimalista

La noción de Estado de derecho se ha transformado en una de las más exitosas, ya que teóricos y actores políticos, de varios horizontes y con distintas finalidades, tienden a hacer un uso obsesivo de esta noción, unos para definir el concepto, otros para justificar su importancia, otros, en fin, querrán medir el estado de salud de los Estados alrededor del mundo.

Desde el punto de vista filosófico, la cuestión de la naturaleza del ideal que constituye el Estado de derecho ha caracterizado un conocido debate entre Hart y Fuller;[8] según la política internacional contemporánea, el enunciado "hay que restablecer el Estado de derecho", tiende a funcionar como un *mantra* neoimperialista.[9]

Que se hable de la naturaleza del ideal o de su realización social y política en cada Estado, el rasgo saliente es que existe un desacuerdo extremadamente alto sobre las propiedades definitorias del concepto, no sólo sobre cuáles son (de manera nominal), sino también sobre lo que significan (tómese como ejemplo la democracia o la independencia judicial). Esto implica, por un lado, que la cuestión sobre la naturaleza, moral o funcional, del ideal tiende a generar un diálogo entre sordos; por otro lado, implica que la empresa que consiste en medir el Estado de derecho tiende a generar conclusiones casuales, que pueden ser inocentes o en clara subordinación a un juicio moral, de aprobación o condena, sobre el Estado objeto de las mediciones.

Dado este diagnóstico, el propósito de mi trabajo es doble y recoge, creo, dos intuiciones de Rodolfo. Por un lado, hay que darle toda su importancia a aquellas características que suelen denominarse formales o procesales, inspiradas en la noción de moralidad interna del derecho de Fuller; por otro lado, hay que relacionar de manera más sustantiva el ideal del Estado de derecho con el respeto de los ciudadanos o, más optimistamente, de todos los seres humanos, sobre todo los que por no ser ciudadanos parten en situación de desventajas, los que presentan un grado mayor de vulnerabilidad. Mi propuesta tiene —espero— por lo menos una ventaja: se trata de una propuesta sencilla, leída en un primer nivel. Sólo me concentraré sobre un aspecto, la motivación de las decisiones que de modo potencial

---

8 Véase Bennett, Mark J., "Hart and Raz on the Non-instrumental Moral Value of the Rule of Law", *Law and Philosophy*, núm. 30, 2011, pp. 603-635; Vazquez, Rodolfo, "Moral y derecho en Herbert Hart", *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, Mexico, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 20-32.

9 Mattei, Ugo y Nader, Laura, *Plunder: When the Rule of Law Is Illegal*, Oxford, Blackwell, 2008.

afectan la situación de sus destinatarios. En este sentido es una propuesta minimalista ya que, en lugar de construir una definición basada en una lista larga de propiedades definitorias, sólo analizaré una. Pero se trata también de una propuesta exigente, casi idealista, ya que sugeriré que a través de la motivación se hace patente lo que resulta fundamental en las concepciones sustantivas del Estado de derecho: el respeto de la dignidad humana. En palabras de Rodolfo: "aceptar que los individuos deben ser considerados seres autónomos y dignos es aceptar que el Estado de derecho requiere ser entendido no sólo desde un punto de vista formal sino también sustantivo".[10]

A la luz de lo expuesto, sugeriré que la práctica social de la motivación puede ser reconstruida como práctica social fraternal, no porque los participantes entren en esta práctica como "hermanos", sino porque de ella pueden generarse destellos de fraternidad, y a partir de ella puede construirse todo lo demás; o, viéndolo desde otra perspectiva, en su interior se consolida la base de todo lo demás, esto es, la humanidad de gobernantes y gobernados. En esto difiero, creo, de Rodolfo quien, siguiendo a Nino y en último análisis a Kant, piensa en los jueces como "custodios de la autonomía de los individuos". Desde una perspectiva levinasiana, que adopto, el sujeto emergería en la relación entre quien da y quien recibe razones, no habría sujetos autónomos merecedores de razones, sino dos entes que de la práctica fraternal de dar y recibir razones saldrían elevados al rango de sujetos. En palabras sencillas: no hay nada que custodiar, ya que tal custodia presupondría alguna esencia prexistente, la autonomía como característica definitoria, como rasgo ontológico del ser humano.

Sugeriré también que mi propuesta, que concibe a la motivación como una práctica social que consiste en dar razones, permite dar cuenta de la cuestión sobre la naturaleza del ideal del Estado de derecho tanto en su versión funcional (a la Raz) como moral (a la Fuller), y potencialmente permite mediciones más precisas que brindan información relevante sobre el Estado de derecho en (entendido como estado de salud de) los Estados.

Considero inútil dedicar una sección a demostrar la ambigüedad y vaguedad de la expresión "Estado de derecho". Asumiré que se me conceda este punto.

Asumiendo esto ya se tiene un argumento sólido para practicar una operación de reducción radical de los elementos definitorios. Esta operación, en sí misma, no elimina la ambigüedad y la vaguedad, pero delimita el campo en el cual moverse para reducirla de manera eficaz. Un primer

---

[10] Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Paidós-UNAM, 2001, p. 89.

acercamiento al concepto de motivación invita a tomar una situación particularmente sencilla, en donde la práctica de dar razones resulta esencial para la institucionalización de un hipotético primer juez, entendido como órgano primario de un sistema jurídico primitivo. Por "sistema jurídico primitivo", expresión que, dada una cierta lectura de Hart,[11] podría parecer autocontradictoria —ya que la existencia de un sistema jurídico se refiere al momento en que del derecho primitivo se pasa a un derecho desarrollado— entiendo la situación que sigue de inmediato a la decisión de introducir, o la convergencia espontánea hacia la introducción, de la primera (pero no necesariamente la única) norma secundaria.

La elección de este primer paso podría parecer extraña, en la medida en que el concepto de motivación resulta central en el derecho positivo, en particular a través de la obligación de motivación, característica en los sistemas jurídicos contemporáneos, por lo menos de corte liberal y garantista, y muy a menudo constitucionalizada. Sin embargo, como señala Taruffo, la práctica de la motivación ha precedido la formalización generalizada, por el derecho positivo —influenciado, como fue el caso de la República de Génova, por el ejemplo francés— de finales del siglo XVIII, de la obligación de motivar.[12] Aún más, si la precedente afirmación es verdadera para algunos Estados europeos continentales, el caso del derecho inglés apoya de modo inexorable mi intuición: allí la motivación de las decisiones judiciales se ha impuesto consuetudinariamente y su centralidad en el sistema judicial[13] —y en general, diría yo, en el constitucionalismo y el *rule of law* inglés, como resulta por lo menos de la obra de Dicey—[14] hace que sea inútil la introducción de una regla que obligue a motivar.[15]

---

[11] Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Clarendon Press-Oxford University Press, 1994.

[12] Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil,* trad. de L. Córdoba, México, TRIFE, 2006, p. 302, evoca por ejemplo las sentencias pisanas del siglo XII "en las que, a veces, encontramos una motivación que va más allá del rígido formalismo que se ha consolidado en la práctica".

[13] *Ibidem*, p. 317, es probable que "embrionariamente, se advirtiera la exigencia, intrínseca al sistema de la *common law*, de precisar la *ratio decidendi* de la solución del litigio". Por otro lado "es evidente que el sistema del *stare decisis* es posible en tanto el precedente no sea constituido por un *dictum inmotivado*, sino por uno que contenga la individualización expresa por la *ratio decidendi* sobre la que se funda la decisión.

[14] Dicey, A. V., *"Introduction" to the Study of the Law of the Constitution*, 8a. ed., Londres, Macmillan & Co., 1915.

[15] Véase Taruffo, Michele, *La motivación…*, *cit.*, pp. 302 y 316, en donde subraya que en el derecho inglés "la práctica relativamente generalizada de la motivación convive con la ausencia de una obligación impuesta al juez", y esto desde el siglo XII.

La no coincidencia entre la práctica de la motivación y la obligación de motivar implica que "los acontecimientos históricos relativos a la motivación como elemento de la práctica judicial... representan un campo autónomo, digno de un estudio específico",[16] un campo al cual dedicaré la próxima sección.

V. La práctica social de dar razones y la institucionalización del primer juez

Si el derecho positivo se define como derecho puesto por los hombres, no parece exagerado exigir para aquellos que pertenecen al mismo género (los humanos que han puesto el derecho) un cierto tipo de respeto. La noción de respeto tiene una fuerte connotación moral. Sin embargo, las razones para respetar pueden ser meramente estratégicas. Si el respeto no pudiera darse salvo por razones morales, toda mi propuesta, probablemente, tendería a confundirse con la teoría de la moralidad interna de Fuller, basada, en último análisis, en el deber moral de respetar la dignidad humana. Por el momento sólo necesito postular que esta forma de respeto no se debe en virtud de la naturaleza humana, sino de un banal fenómeno social (sólo en la conclusión sugeriré una versión fuerte, genuinamente moral, de mi propuesta, basándome en la noción de fraternidad de Lévinas).

En un grupo pequeño, aquellos que han sido encargados de decir el derecho —o más probable e inicialmente— de establecer sanciones —o, para evitar un innecesario reductivismo imperativista, de determinar autoritativamente los derechos y obligaciones de las partes—, no habrían podido mantener su competencia (y/o su poder) sino muy poco tiempo, y tal vez no bastante tiempo para institucionalizarse, sin tratar a los destinatarios de las sanciones con un mínimo de respeto.[17]

Dicho en otras palabras, en la medida en que sociológicamente se acepta la existencia de un grupo, que no es otra cosa sino el grupo no más espe-

[16] *Ibidem*, p. 303.

[17] O, por lo menos, si imaginamos una sociedad de castas (admitiendo que las castas existan independientemente del derecho, lo que puede dudarse), un mínimo de respeto para aquellos que pertenecen a la misma casta. Esta última precisión tiene la finalidad de aclarar un punto esencial: así como entiendo el concepto de motivación y su relación con el Estado de derecho, resulta perfectamente concebible afirmar, por un lado, la presencia de un Estado de derecho y, por el otro, simultáneamente, un contexto de extrema injusticia, por ejemplo, en el caso de una sociedad de castas —negación paradigmática del principio de igualdad—.

cificado del cual habla Hart,[18] dentro del grupo, los que hacen el derecho deben respeto a aquellos que lo sufren.[19] Y esto no por razones morales, por ejemplo paternalistas, sino porque no podríamos hablar de (Estado de)[20] derecho si, en algún momento histórico, alguna expresión de este respeto no hubiera permitido, en términos por lo menos estratégicos, la institucionalización de las autoridades jurídicas —que en un primer momento sólo debían de ser consideradas personas que toman decisiones arbitrarias pero necesarias para poner un término a una controversia cuya persistencia es quizá percibida por el grupo como más dañina que la sumisión a las decisiones potencialmente arbitrarias de ciertas personas miembros del grupo.[21]

Si llegan a institucionalizarse órganos primarios como los jueces, es porque en el grupo han encontrado algún tipo de apoyo, y necesariamente el apoyo mismo de aquellos que han sufrido algún tipo de sanción o decisión desfavorable. Imaginemos el caso en que haya existido un conflicto entre A y B. Los jueces del grupo determinan que A es responsable y lo condenan a ocho horas de trabajo forzado en beneficio de la comunidad. Si A está

---

[18] Hart, H. L. A., *The Concept…*, *cit.*

[19] Esta afirmación podría ser asociada a la idea de Raz, "The Rule of Law and its Virtue", *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009, cap. 11, según la cual (el ejercicio de) la virtud del Estado de derecho tiende a limitar los daños inevitablemente provocados por el derecho, en particular —añado yo— la aplicación arbitraria de la fuerza.

[20] Es prudente referirse como a dos opciones posibles, ya sea a "derecho" o a "Estado de derecho", pues dependiendo de la perspectiva teórica que se adopte, el concepto de derecho utilizado puede ser más o menos *casual*. Un concepto *casual* permite una tajante distinción con el concepto de Estado de derecho, pero un concepto más robusto de derecho tiende a confundirse con un concepto de Estado de derecho. Para decirlo en términos claros: en Fuller, por ejemplo, la moralidad interna del derecho define el concepto de derecho. Para autores positivistas, que retoman la obra de Fuller, la moralidad interna del derecho define el Estado de derecho, pero no el derecho, lo que permite decir, por ejemplo, que un derecho retroactivo, secreto, etcétera, sigue siendo derecho, aunque manifiestamente no cumpla con los requisitos más mínimos de un Estado de derecho (esto es, los requisitos formales y procesales típicos de la moralidad interna del derecho de Fuller o de la recién propuesta teórica de Waldron). Sobre el positivismo casual, véase Waldron, Jeremy, "The Concept and the Rule of Law", *NYU Law School*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, working paper, núm. 08-50, noviembre de 2009, disponible en: *http://ssrn.com/abstract=1273005*.

[21] Una situación similar es reconstruida por Llewellyn, Karl N., "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930, p. 436, nota, cuando, acercándose a la idea de derecho como *remedies*, afirma que está asumiendo la existencia de por lo menos una regla jurídica, esto es la existencia del derecho como "a semi-specialized activity of control distinguished from other mechanisms of control; and also presupposing generalization to have set in". Se trata, en particular, de imaginar una "special assembly held for the purpose of adjusting disputes, by say village elders otherwise without official position or authority... as one instance of its presence".

convencido que no hizo nada para merecer tal castigo y, como él, ciertos miembros influyentes del grupo, lo más probable es que con las buenas o con las malas, los jueces dejen de ser jueces. La institucionalización supone un cierto éxito social en la tarea de juzgador. Como es imposible, frente a una controversia real, tomar una decisión sustancialmente favorable a ambas partes, la única forma de lograr el éxito es satisfacer de algún modo a la parte perdedora. Una técnica puede consistir en convencer a la parte sancionada que la sanción no es arbitraria, y que aunque las cosas hubieran podido ir de otra manera, la forma en que una cierta decisión ha sido tomada puede considerarse aceptable. Esto supone hacer el esfuerzo, en sentido amplio argumentativo, que consiste en dar razones, que parezcan buenas razones para aceptar la sanción. Estas razones no deben necesariamente ser las razones reales (si es que existen)[22] de la decisión sino "aquellos elementos que sean relevantes con la finalidad de volver aceptable la decisión".[23]

Estas buenas razones no solamente pueden apaciguar a la víctima de la sanción, sino también pueden permitir a los demás miembros del grupo de aprender algo sobre las posibles consecuencias de ciertas conductas.[24] Esto genera expectativas, y la institucionalización puede depender de la capacidad de no traicionar arbitraria (o repetidamente) estas expectativas.

---

[22] La intuición sobre la naturaleza *ex post* de la motivación y la no correspondencia entre las razones allí mencionadas y las razones que han realmente operado en el proceso sicológico que ha llevado a la decisión, si por un lado puede ser considerado un manifiesto del realismo estadounidense, ha sido compartida por juristas de otros horizontes, como en Italia por Calamandrei. Sobre este punto, véase Taruffo, Michele, *La motivación*…, *cit.*, pp. 108 y ss.

[23] *Ibidem*, p. 111. Respondiendo a una aguda observación de Paolo Comanducci, es necesario especificar que no estoy asumiendo que por detrás de toda decisión hay ciertas razones que las justifican, y menos que éstas sean morales. Desde otro punto de vista, es importante distinguir la razón como justificación y el hecho de dar una razón justificativa. La autoridad, siguiendo en esto, creo, a Raz, la tiene el hecho social de dar razones y no la razón en cuanto tal. Tampoco quiero reducir el derecho a una forma de argumentación. La relevancia de la argumentación, la importancia de dar razones que puedan persuadir a los involucrados es mayor durante el proceso de institucionalización del primer juez. Pero, una vez instituido, y proporcionalmente a la solidez de la institución, es de esperarse que la "bondad" de la práctica de dar razones ceda terreno frente a otros objetivos y/o valores.

[24] *Ibidem*, pp. 24 y 25, esto significa que los destinatarios de la motivación no son nada más las partes sino también el público en general. Para que esto sea así, hay que introducir obviamente la exigencia de publicidad (no sólo en las leyes sino incluso en las motivaciones), fundamental por ejemplo para Bentham.

VI. La práctica de dar razones (buenas o malas) como buena razón

He hablado, en la sección anterior, de "buenas razones". Al respecto es necesario precisar una distinción importante de cierta forma filosófica y/o sicológica de entender lo que es una razón. Como lo recuerda Schauer,[25] desde un punto de vista filosófico, existe la tendencia de pensar que tener una razón para una decisión significa *ispo facto* tener una buena razón para una decisión. Esta tendencia no aplica, por lo menos, a la motivación como práctica consistente en dar razones.

Hay que distinguir la razón de la decisión y la motivación de la decisión como razón. La razón de la decisión, si existe, es una razón para el juez. La motivación de la decisión, en cambio, no es una razón para el juez que ha tomado la decisión, sino para sus destinatarios. Más allá de las razones de la decisión y de la motivación como razón, hay que destacar la actividad misma de motivar, entendida como actividad que consiste en dar razones, como razón. Esta razón que es la motivación se compone de un conjunto de razones,[26] cada una de las cuales, desde la perspectiva de los destinatarios, puede ser buena o mala. En pocas palabras, los adjetivos "bueno" y "malo" aplican en cuatro momentos distintos. Aplican a las razones del juez, a la motivación como razón, a cada una de las razones cuyo conjunto constituye la motivación, y a la motivación como actividad que consiste en dar razones.

Si se acepta la crítica realista, y la no necesaria identidad entre las razones de la decisión, esto es las razones que llevan el juez a tomar la decisión que toma, y las razones que se expresan en la motivación, desde el punto de vista adoptado en este trabajo, las razones reales del juez son irrelevantes. La motivación como razón puede ser, como veremos más adelante, más o menos buena, en el sentido que puede, desde un punto de vista lógico y/o retórico, convencer en mayor o menor medida. Esta relatividad depende de dos factores, uno interpretativo y el otro valorativo. Aunque en este contexto no sea necesario introducir la noción de *ratio decidendi*, referirse a ella me permite expresar con más brevedad una idea sencilla. En la motivación, como razón *oficial* de la decisión, se esconde la *ratio decidendi.* Se esconde en el sentido en que cuál sea la *ratio decidendi* depende de su identificación por parte de los intérpretes que deben, por así decirlo, buscarla; entiendo aquí

[25] Schauer, Frederick, "Giving Reasons", *Stanford Law Review*, 47, núm. 4, 1995, p. 635.

[26] Estas razones, siguiendo a Schauer, *ibidem*, p. 638, pueden ser entendidas como "propositions of greater generality than the conclusions they are reasons for".

"intérprete" en sentido meramente semiótico y no jurídico: es intérprete cualquier sujeto que perciba a la motivación como signo de algo, así que las partes y el público en general son tan intérpretes como el jurista especialista de la cuestión objeto de la decisión. Ahora bien, intérpretes distintos pueden identificar diversamente la *ratio decidendi*. Una vez identificada la *ratio decidendi* pueden considerarla buena o mala, a partir de una infinidad de criterios, no necesariamente morales.

De la misma forma, cada una de las razones que componen la motivación puede ser buena o mala, y esto dependiendo de la interpretación y valoración de cada destinatario. Más allá de la diversidad individual entre destinatarios, hay que subrayar la diversidad categorial entre las clases de destinatarios (los demás jueces, la doctrina, las partes, el público en general, etcétera); una razón que tiene que ver con el sentido común tendrá más éxito entre el público general y menos entre los especialistas, etcétera.

En virtud de lo comentado, parece legítimo descartar la relevancia de la bondad con respecto a estos tres primeros elementos. Lo que permanece es entonces la actividad misma de dar razones. Independientemente de las razones que se den, de su correspondencia con las razones reales y de la capacidad real de persuasión de la motivación en su conjunto; el punto que quiero subrayar es que la actividad de motivar es buena en sí misma.

Como lo he hecho refiriéndome a la palabra "respeto", en este caso también quiero precisar que "bueno" puede ser entendido moral o funcionalmente. Motivar es bueno como cocinar es bueno, aunque lo que se cocine no resulta ser bueno, o si a pesar de una genérica bondad algún elemento no nos resulta digerible. Cocinar puede ser bueno en virtud de un deber moral o de un simple instinto de sobrevivencia (hay que cocinar la carne para eliminar bacterias) o, como agudamente señaló Bentham, tanto por probidad como por prudencia.[27] Dar buenas razones es como cocinar un buen plato; por ello no hay que confundir la bondad inherente en la actividad con la bondad, contingente, del resultado.

Una última observación puede ser útil no para eliminar la ambigüedad que afecta mi uso de la palabra "bondad", sino para distinguir con claridad dos significados, uno funcional, otro genuinamente moral. Lo que es esencial desde un punto de vista funcional en un momento (inicial) puede perder su relevancia (funcional) pero permanecer relevante desde un punto

[27] Bentham, refiriéndose a la actividad de dar razones, afirma: "In neither case, therefore, does a man exempt himself from a function so strongly recommended as well by probity as by prudence". Bentham, J., "The Introductory View of the Rationale of Evidence, and Rationale of Judicial Evidence", *The Works of Jeremy Bentham*, Nueva York, Bowring, 1962, VI, cap. 10, p. 357.

de vista genuinamente moral. Lo que podría ser definitorio de cualquier sistema jurídico, en el sentido que sin tal elemento no podría alcanzarse el desarrollo necesario para poder hablarse de sistema jurídico (una institución primaria de adjudicación), deja de ser definitorio del sistema jurídico, pero se vuelve definitorio de lo que puede considerarse un sistema jurídico virtuoso (o Estado de derecho).

VII. Razones no censurables, jueces últimos y riesgo de arbitrariedad

Ahora bien, como destacó hace mucho Bentham,[28] la actividad de dar razones resulta inseparable de la responsabilidad de ciertos agentes, no solamente en las actividades políticas o judiciales, sino incluso en cualquier actividad humana. Esta actividad, sea cual sea el ámbito social, resulta más necesaria cuando se trata de autoridades cuyas decisiones o acciones no pueden ser revisadas por una autoridad superior, esto es, cuando el riesgo de arbitrariedad (y sus consecuencias) son más importantes.

En efecto, un punto muy a menudo planteado por los teóricos del (Estado de) derecho se refiere a la ausencia de control judicial sobre las decisiones del juez supremo.[29] En la medida en que el control judicial es considerado una garantía en contra de la arbitrariedad y, por lo tanto, un requisito del Estado de derecho,[30] la ausencia de tal control parecería dejarnos en las

[28] "In legislation, in judicature, in every line of human action in which the agent is or ought to be accountable to the public or any part of it —giving reasons is— in relation to rectitude of conduct, a test, a standard, a security, a source of interpretation", *ibidem*, p. 357.

[29] Endicott, Timothy A. O., "The Impossibility of the Rule of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 19, 1999, pp. 9 y ss.

[30] La intuición según la cual el Estado de derecho significa ausencia de arbitrariedad puede atribuirse a Dicey, y sigue siendo un punto firme en las teorías contemporáneas. Dicey afirmó que *rule of law* significa "the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government", p. 198. Endicott, Timothy A. O., "Adjudication and the Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, núm. 2, 2007, pp. 311-26, ha señalado que "rule of law is opposed to arbitrary government", y "(i)n each case of arbitrariness, the defect in the law is that it is failing to control the life of the community in a way that can be distinguished from what Aristotle called the rule of people"; Waldron, por su parte, se refiere al "requirement that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms rather than on the basis of their own preferences or ideology". Waldron, Jeremy, "Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?", *European Journal of International Law*, núm. 22, 2011, pp. 316 y 317.

manos de las decisiones arbitrarias del juez supremo. Una solución posible, aunque no ideal, desde este punto de vista, sería la situación en que existen dos jurisdicciones cada una de la cual puede revisar las decisiones de la otra. Es decir, que no es necesario un regreso *ad infinitum*, en donde siempre habría, por así decirlo, una jurisdicción última.[31]

Admitiendo que en una situación embrionaria —como la que he reconstruido en este trabajo— el juez del grupo es por definición un juez supremo, el análisis de su relación con el resto del grupo puede sugerir algo interesante sobre la relación entre los jueces supremos y el grupo social en los sistemas jurídicos sofisticados. La potencial arbitrariedad de sus decisiones encuentra un límite en la reacción del pueblo, directamente o a través de sus representantes (esta segunda posibilidad presupone por cierto un cierto desarrollo de las instituciones políticas).

En último análisis, resulta ineliminable una relación que puede ser cooperativa, de franco apoyo, o de oposición entre los jueces supremos y el grupo social destinatario de sus decisiones. Tal situación está presente en la situación de nuestro ejemplo rudimentario, en el cual un grupo social confía a algunos sujetos la tarea de tomar decisiones para resolver controversias. Existen, de ambas partes, expectativas.[32] Por un lado, la de los jueces relativa al acatamiento de sus decisiones (esto es, al éxito de su tarea); por el otro, la de los destinatarios de las decisiones, aquellos mismos que atribuyeron el Poder Judicial a los jueces, de no sufrir algún tipo de arbitrariedad. Ésta es, a menudo, identificada con la creación de normas por parte de los jueces que serían, luego e ineluctablemente, aplicadas de modo retroactivo.

En lo que sigue intentaré demostrar, retomando las intuiciones desarrolladas en la sección III, que entre los que deciden y el resto del grupo, o por lo menos una parte relevante de él (cuando se trata de grupos de millones

---

[31] Endicott, Timothy A. O., *The Impossibility*…, *cit.*, p. 9. "It is impossible for a community to have an infinite number of courts. But an infinite *hierarchy* of courts is not impossible: that would only take two courts, each of which has power to reverse the decisions or to control the process of the other".

[32] Volveré sobre este juego de expectativas recíprocas en la última parte del trabajo, invocando, en particular, la teoría de Bratman, Michael E., "Shared Cooperative Activity", *The Philosophical Review*, 101, núm. 2, 1992, pp. 327-341, sobre las actividades cooperativas compartidas. La aplicaré, sin embargo y contrariamente a lo que hizo Coleman. Coleman, Jules L., *The Practice of Principle: in Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2001, no a la práctica judicial que caracteriza la regla de reconocimiento hartiana, sino a la práctica social que consiste en dar y recibir razones, práctica que involucra, por un lado a las autoridades jurídicas en general —y a los jueces en particular— y, por el otro, a sus destinatarios.

de personas), directa o indirectamente destinatarios de las decisiones puede o debe establecerse lo que Bratman ha llamado una actividad cooperativa compartida.

VIII. Dar y exigir razones: el fundamento cooperativo de las decisiones no arbitrarias

Bratman define la noción de actividad social cooperativa a partir de tres elementos:[33]

1. Una responsabilidad o sensibilidad recíproca, esto es la capacidad de reaccionar a partir de las intenciones y acciones de otros agentes;
2. Un compromiso respecto de la actividad conjunta, y
3. Un compromiso de mutuo apoyo.

La actividad que en mi opinión cumple con los tres requisitos es la actividad que consiste en dar y recibir razones. Cuando dos partes, frente a una controversia que opones sus intereses, deciden acudir a una tercera parte para que ella decida, empiezan por comunicar ciertas razones, obviamente a favor de su pretensión. La autoridad que decide es, en un primer momento, destinataria de las razones dadas por ambas partes. Estas razones apoyan el desarrollo del razonamiento del juez. Puede ser que algunas razones sean descartadas y otras tomadas en cuenta. Cuando el juez decide, en la medida en que formula, en la motivación, un discurso que justifica la decisión, devuelve a las partes ciertas razones. Es posible que una razón invocada por la parte perdedora sea utilizada, en la motivación, en contra de ella. Por ejemplo, la parte perdedora invoca el hecho A como fundamento posible para una decisión que le sea favorable. La autoridad invoca A, pero con el fin de constatar su ausencia y por lo tanto el efecto no es el esperado por la parte perdedora. Sin embargo, la situación es distinta respecto de aquella en que el juez decide en contra de una parte sin que en la motivación se encuentren rastros de las razones invocadas por la parte perdedora. Que se trate de una razón relativa a los hechos o de una razón relativa a las normas aplicables, la actitud del juez puede ser, por así decirlo, sensible o insensible. Es insensible cuando ignora las razones presentadas por la parte. Es sensible cuando, después de haber tomado en cuenta dichas razones, descarta su relevancia. Un hecho invocado puede resultar ausente, en virtud de ciertos medios de

[33] Bratman, Michael E., "Shared Cooperative…", *cit.*, pp. 328 y ss.

pruebas cuya legitimidad es aceptada por la parte, y una norma invocada puede no ser aplicada porque, por ejemplo, ha sido derogada o nunca ha existido formulada por la parte, etcétera.

Lo que precede satisface la primera y la tercera condiciones. Las autoridades que deciden y las partes, cuando ofrecen y reciben razones, en un caso particular, muestran una clara sensibilidad recíproca. En el curso de un mismo proceso es posible que las autoridades soliciten aclaraciones a partir de las razones invocadas, por ejemplo, pueden solicitar que se introduzcan elementos de prueba que apoyen ciertas alegaciones respecto de los hechos, o ciertas proposiciones normativas, esto es ciertas aserciones acerca del derecho aplicable.

Esta visión se limita a un caso particular pero, como hemos visto en la sección III, las razones dadas en el primer caso —decidido por un hipotético primer juez— generan expectativas para el conjunto del grupo, mismas que ejercen una presión sobre la actividad decisoria y en particular sobre las razones que pueden motivar futuras decisiones de tal forma que nadie termine considerando que sus expectativas han sido arbitrariamente traicionadas.

Como subraya Bratman, la primera condición es fácilmente satisfecha, porque también dos enemigos durante una guerra desarrollan,[34] de manera estratégica, una gran capacidad de reaccionar frente a las intenciones y a las acciones del enemigo. No es necesario, por lo tanto, detenerse más sobre este primer aspecto. Lo que no hacen los soldados, claro está, es prestarse ayuda de modo recíproco.

¿En qué sentido se apoyan recíprocamente los participantes en la actividad de dar y recibir razones? La respuesta es implícita en lo que he dicho. Cuando las partes dan razones apoyan la actividad que consiste en motivar. Si, por ejemplo, en el contexto del derecho contemporáneo, los abogados de ambas partes son muy buenos, la tarea del juez resulta más fácil. Al mismo tiempo, si las razones que constituyen la motivación son buenas razones, y si la motivación en su conjunto resulta clara, ordenada, coherente y convincente, será más fácil para las partes, sobre todo la perdedora, aceptar la decisión o, si no la acepta, buscar razones adecuadas para solicitar la revisión y la eventual anulación de la primera decisión.

Queda por demostrar que también se satisface la segunda condición, esto es, que se trate realmente de una actividad conjunta respecto de la cual los participantes se comprometen. Esto presupone la existencia de un objetivo común, que no existe, por ejemplo, en el caso de los enemigos du-

[34] *Ibidem*, pp. 328 y 329.

rante una guerra. Antes de proponer una respuesta, hay que recordar dos precisiones importantes que hace Bratman. Por un lado, hay que evitar la circularidad que consistiría en exigir que la actividad cooperativa resulte de una intención cooperativa por parte de todos los participantes: la ejecución conjunta puede ser cooperativamente neutral;[35] por otro lado, hay que admitir la existencia de un desacuerdo, hasta profundo, entre los subplanes de cada agente.[36]

El compromiso respecto de la actividad conjunta no depende, por lo tanto, de una convergencia de intereses previa al comienzo de la misma actividad. Si así fuese, se trataría de una cooperación preconfeccionada.[37] No tendría ningún sentido, por ejemplo, imaginar a autoridades y otros miembros del grupo social que, habiendo decidido construir un Estado de derecho, empiezan a exigir y rendir decisiones motivadas etcétera. Puede ser que las autoridades busquen inicialmente poder y prestigio, y las partes un cierto tipo de ventaja de corto plazo, como ganar una causa, obtener una decisión favorable. Retomando lo que dije en las primeras líneas, no hay que suponer la existencia de razones morales que motiven el respeto. Éste, sin embargo, resulta en el momento en que los participantes se dan cuenta de que la actividad social cooperativa (o que cooperar en cierta actividad) resulta ser la mejor forma para conseguir cada uno sus objetivos, hasta probablemente percatarse de que el objetivo último de la actividad social cooperativa —en mi ejemplo: mantener un Estado de derecho basado en la toma de decisiones motivadas y en su cumplimiento voluntario, esto es, una situación en donde crear y seguir reglas son actividades apoyadas en razones, aunque falibles— supera cualquier otro objetivo concurrente, por constituir una condición necesaria (aunque no suficiente) para realizarlos.

IX. Conclusión: Estado de derecho y fraternidad

Las últimas palabras de la introducción anunciaban una gran ambición: decir algo sobre la naturaleza del ideal del Estado de derecho, y mejorar las técnicas de su medición.

El Estado de derecho como lo he definido, a partir de la actividad que consiste en dar y recibir razones y que se concretiza a través de las motivaciones de las decisiones jurídicas, ¿constituye un valor funcional o un valor

[35] *Ibidem*, pp. 329 y 330.
[36] *Ibidem*, pp. 331 y 332.
[37] *Ibidem*, p. 339.

moral? Mucho depende de cómo se entienda la noción de respeto que ha aparecido en diversas ocasiones. Depende también de lo que entendemos por funcionamiento. Un cuchillo puede no ser funcional (no cortar), cortar o cortar bien. Dando por sentado que todo lo que he dicho respecto del Estado de derecho no interfiere con la cuestión de la existencia de sistemas relativamente organizados para ejercer el monopolio de la fuerza, parecería que el derecho puede funcionar muy bien sin que se motiven las decisiones. Puede funcionar muy bien sin que exista la menor participación por parte de los destinatarios, reales o potenciales, de las decisiones jurídicas. Esto, sin embargo, no significa que un derecho que sea, también, un Estado de derecho, no funcionaría mejor. Pero esta mejoría tal vez dependería del hecho que los participantes, autoridades y súbditos, una vez alcanzado este mejor funcionamiento, terminarían teniendo, más allá de razones prudenciales relacionadas, directa o indirectamente, con el buen funcionamiento de la *máquina del derecho*, genuinas razones morales para motivar las decisiones y respetar la confianza legítima de los súbditos, por un lado, y cumplir con lo jurídicamente obligatorio (esto es, acatar las decisiones jurídicas), por el otro. Aunque el valor del Estado de derecho no fuera un ideal moral, su realización generaría razones morales para cultivarlo.

El mismo Hart, navegando en los mares tempestuosos agitados por sus metáforas médico-biológicas, se ha percatado que existe una diferencia entre un derecho no patológico (esto es, que funciona bien), y el derecho de una sociedad que goza de una perfecta salud.[38] Necesitamos funcionar, pero valoramos como algo bueno tener una perfecta salud.

En cuanto a la cuestión de la medición, la respuesta me parece obvia. Se trata de una respuesta doble. Por un lado, si medir el Estado de derecho significa medir las motivaciones, resulta claro que el dato empírico es bastante accesible, y cuando no lo es, se trata ya de una medición. Por otro lado, leer las motivaciones, desde una perspectiva realista que es la mía, es la única forma de medir todo los demás. Es decir, aun admitiendo que existan cosas importantes, como la democracia o el debido proceso, hay que preguntarse: ¿cómo podemos medir todo esto? Solamente un ingenuo diría que se cumple con el valor de la democracia porque un artículo constitucional afirma

[38] Hart, en efecto, después de haber recordado cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico, añade: "The first condition is the only one which private citizens need satisfy: they may obey each 'for his part only' and from any motive whatever; though in a *healthy society* they will in fact often accept these rules as common standards of behaviour and acknowledge an obligation to obey them, or even trace this obligation to a more general obligation to respect the Constitution". Hart, H. L. A., *The Concept*…, *cit.*, pp. 116 y 117 (énfasis añadido).

que tal o cual país es una República democrática. Igualmente ingenuo sería quien pensara que la democracia existe en donde existen elecciones con sufragio universal, etcétera. En países como México en donde existen, a la vez, autoridades administrativas y judiciales en materia electoral, la calidad de la democracia debe medirse a partir de las lecturas de las motivaciones, en casos de pluralismo de la información, de financiamiento de campañas electorales, de otorgamiento o supresión del registro a un partido político, etcétera. Lo mismo con todos los demás valores que según las distintas concepciones constituyen requisitos del Estado de derecho.

Por cierto, la constatación de que analizar las motivaciones puede permitir acceder a información sobre otros elementos no implica, en mi opinión, que existan otros elementos importantes. La participación del pueblo en la actividad social cooperativa que constituye la fábrica de motivaciones, es más importante que cualquier elección política. La motivación como tal, también es la manifestación más clara del debido proceso, y probablemente de la independencia judicial.

En otras palabras, insistir sobre la motivación no tiene su razón de ser en el rol de *medium* que juega la motivación. Se trata de un fin en sí mismo, definitorio de un Estado de derecho que, de hecho, una vez alcanzado, probablemente conlleva la realización de muchos otros fines valiosos. Pero sus externalidades positivas no deben confundirse con sus propiedades definitorias.

Una genuina lectura moral de la motivación como definitoria del Estado de derecho puede sugerir volver a la lectura de Emmanuel Lévinas y a su concepción de fraternidad. Si la casa de paja y la de madera, la libertad y la igualdad, más allá de seguir seduciéndonos ya ha sido destruida por la intemperie o por los lobos del momento —crisis económicas, guerras, terrorismos—, no queda de otra que armarnos de paciencia y contribuir a la construcción de la casa de la fraternidad. Esta construcción seduce poco, porque el tiempo para construirla resulta ser excesivo. Y sobre todo el tamaño de los ladrillos es tan pequeño como son breves las interacciones cotidianas entre administradores y administrados, o entre administrados. Como es fugaz e imperceptible el destello de humanidad que de cada interacción puede generarse.

EPISTEMOLOGÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UN TRAZO DE LAS PRETENSIONES TEÓRICAS*

Benjamín Ruiz García**

Sumario: I. *Introducción*. II. *Paradigmas del análisis económico del derecho*. III. *Teorías jurídicas y modelos*. IV. *Las teorías acerca de la naturaleza del derecho del análisis económico del derecho*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

El propósito del presente trabajo consiste en determinar en qué medida el "análisis económico del derecho" constituye una "teoría acerca de la naturaleza del derecho". Para lograrlo hay que precisar cuál es o cuáles son los propósitos de los estudios designados a partir de la expresión *derecho y economía*.[1] Por otro lado, dado que no existe un acuerdo acerca de las características de las teorías generales que adoptan como objeto de estudio al denominado *fenómeno jurídico*, la tarea central de este trabajo requiere la construcción de un *metadiscurso* que permita dar cuenta de la estructura de las teorías acerca de la naturaleza del derecho. La importancia de determinar si el análisis económico del derecho constituye una teoría acerca de la naturaleza del mismo radica en que, al utilizar fundamentos de la *economía* —*e. g.* la teoría de precios, el análisis costo-beneficio, la teoría de juegos y los criterios de eficiencia de Pa-

* Este artículo retoma y expone, de manera actualizada, algunas ideas que forman parte de la tesis defendida en noviembre de 2013 para obtener el grado de licenciado en derecho por el ITAM. Agradezco a Jorge Cerdio, Rodolfo Vázquez, Juan González Bertomeu, Germán Sucar y Ricardo Caracciolo sus comentarios y observaciones en el estudio de las aportaciones del análisis económico del derecho a la filosofía del derecho.

** Instituto Tecnológico Autónomo de México.

[1] Las expresiónes "derecho y economía" y "el derecho y la economía" se utilizarán como sinónimo de "análisis económico del derecho".

reto o Kaldor-Hicks—,[2] este movimiento ha contribuido de forma notable a la revisión del fenómeno jurídico. Sin embargo, los autores partidarios del uso de herramientas económicas para el estudio del derecho no se han ocupado de exponer la estructura de sus pretensiones teóricas, lo que ha generado una ambigüedad persistente en la *epistemología* del análisis económico del derecho.

La naturaleza del derecho es uno de los objetos temáticos más importantes en el campo de la filosofía del derecho; pero, ¿qué es la *filosofía del derecho*? De acuerdo con Rodolfo Vázquez —quien sigue la arquitectura conceptual de Norberto Bobbio—,[3] esta rama del conocimiento puede definirse como una disciplina con carácter trifronte:

> En un sentido amplio, y siguiendo la propuesta de Norberto Bobbio, la filosofía del derecho puede entenderse como aquella disciplina que se ocupa: *a)* de la determinación del concepto de derecho a partir de una reflexión de normas y el ordenamiento jurídico (teoría del derecho); *b)* de la metodología que adoptan los juristas para comprender, interpretar e integrar las normas de tales ordenamientos, y del mismo estatuto científico del derecho (teoría de la ciencia jurídica); y *c)* de las relaciones del derecho con los principios de justicia y, en general, con los valores básicos que cohesionan normativamente una sociedad: libertad, igualdad y bienestar, por ejemplo (teoría de la justicia o ética jurídica).[4]

De este modo, la *teoría del derecho* es la rama de la filosofía del derecho que adopta como objeto de estudio el fenómeno jurídico y tiene como propósito explicar qué es, precisamente, el derecho. Al conjunto de teorías que integran la genérica teoría del derecho se les denomina *teorías acerca de la naturaleza del derecho*. En una opinión compartida, los autores señalan que estas teorías tienen como propósito responder a la pregunta "¿qué es el derecho?" mas no son construcciones que: *a)* den cuenta de las causas y efectos de un

---

[2] *Cfr*. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law & Economics*, 6a. ed., Boston, Pearson Education, 2012, *Derecho y economía*, 3a. ed., trad. de Eduardo Suárez L., México, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 27-84; García García, A. y Zavala Rubach, D., *Derecho y economía*, México-Oxford, 2009, p. 17.

[3] *Cfr*. Bobbio, N., "Naturaleza y función de la teoría del derecho", 1962, pp. 105-107, en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, 3a. ed., México, Cajica, 2006, pp. 99-108, título original: "Nature et fonction de la philosophie du droit", *Archives de Philosophie du Drit*, 7, pp. 1-11, también incluido en versión italiana: "Natura e funzione della filosofia del diritto", en Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunitá, 1965; en español: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, y revisión técnica de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp. 37-51.

[4] Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, México, Trotta-Colofón, 2010, p. 11.

evento, *b)* respondan a la pregunta "¿por qué?" mediante modelos de explicación científicos, y *c)* sean susceptibles de verificación o falsación.[5]

El análisis económico del derecho ha contribuido de forma notable al estudio de las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas. En un principio, éste se confinaba al estudio de las leyes antimonopólicas, la regulación industrial e impuestos. Para la segunda mitad del siglo XX, la aplicación de las herramientas económicas se expandió hacia materías jurídicas no vinculadas con actividades de mercado, como el derecho civil y el derecho penal.[6] Desde ya hace algunos años, los estudios agrupados en el campo del derecho y la economía se han diversificado y es posible encontrar cuatro enfoques de investigación: *a)* tradicional, *b)* neoinstitucional, *c)* elección pública, y *d)* economía del comportamiento.[7]

En contraste, el debate en torno a las características epistemológicas del análisis económico del derecho ha contado con un obstáculo central: el aparente poco interés por discutir lo que es o no es este movimiento.[8] Uno de los autores que se han separado de esta tendencia generalizada en la bibliografía es Vázquez, quien ha utilizado parte de su obra para examinar cuál es el lugar que ocupa el análisis económico del derecho en la filosofía del derecho.

Para Vázquez, el análisis económico del derecho no puede ser comprendido a partir de una concepción de *neutralidad epistemológica*. Por un lado, porque contrario a lo señalado por Robert D. Cooter —autor que entiende

---

[5] *Cfr*. Bix, B., "Conceptual Questions and Jurisprudence", *Legal Theory*, 1, 1995, pp. 465-479, trad. de L. Manrique, "Interrogantes conceptuales y teoría del derecho", 2006, pp. 28-30; Sucar, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 144.

[6] *Cfr*. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &…*, *cit*., pp. 13-15.

[7] Véase Roemer, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994. En relación con la economía del comportamiento, véase Sunstein, C. R., "Behavioral Analysis of Law", *University of Chicago Law Review*, 4, 64, 1997, pp. 1175-1195.

[8] Véase Kitch, E. W., "The intellectual Foundations of Law and Economics", *Journal of Legal Education*, 1988; en español: "Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho", trad. de H. Garduño, M. A. González y J. Trejo, 2000, pp. 55. Sin embargo, es posible encontrar algunas propuestas de caracterización del "derecho y la economía" en Kornhauser, L. A., *The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives*, en Mercuro, N. (comp.), *Law and Economics*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1989; en español: "El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos", en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, trad. de F. Maya y E. Domínguez, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 19-50; Cossio Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

al análisis económico del derecho "en sus propios términos"—[9] es viable identificar a esta escuela con referencia a diferentes tradiciones filosóficas —*e. g.*, el *realismo jurídico estadounidense*—. De otro, porque los estudios del derecho y la economía contemplan diferentes categorías conceptuales que forman parte de su metodología de análisis.[10] En este sentido, Vázquez rechaza que el análisis económico del derecho sea sólo un instrumento de revisión de reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas —como lo estipula Andrés Roemer, quien afirma que: "El análisis económico del derecho es simplemente eso: análisis puro de economía neoclásica, en este caso aplicada al derecho—",[11] y sugiere que su propósito epistemológico es el de constituir una teoría. En palabras de Vázquez:

> Si se aceptan estas críticas a la pretendida neutralidad del principio y del propio AED, entonces habría que admitir que éste debería constituirse en una teoría por derecho propio, con su propio arsenal conceptual y una metodología *ad hoc*, y dejar de concebirse como una especie de supra-teoría acrítica como parece desprenderse de Cooter, o como un instrumento de análisis puro de economía neoclásica aplicada al derecho, como ha sugerido no hace mucho Richard Posner.[12]

En este artículo centraré mi atención en la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho con el propósito de determinar si esta corriente de estudio del fenómeno jurídico brinda algún tipo de construcción teórica que responda a la pregunta "¿qué es el derecho?". Dicho de otra forma, revisaré el enfoque clásico del análisis económico del derecho con el objetivo de establecer si su estatus epistemológico alcanza a constituir una teoría acerca de la naturaleza del derecho.

La exposición se estructura de la siguiente forma: en la sección II se describe la metodología que emplea el análisis económico del derecho para examinar los comportamientos regulado y regulatorio —*ciencia jurídica*—. En la sección III se ofrece una presentación de las teorías acerca de la naturaleza derecho como formas modelo. En la sección IV se emplea el metadiscurso sugerido en la sección previa para reconstruir las teorías jurídicas

---

[9] Cooter, R. D., "The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law", *Notre Dame Law Review*, 1989, trad. de Garduño, H., Robles, J. y Velandia, N., "Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho", en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, *cit.*, p. 133.

[10] *Cfr.* Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad…*, *cit.*, pp. 109-111.

[11] Roemer, A., "Réplica a los comentarios de Rodolfo Vázquez", *Isonomía*, núm. 5, 1996, p. 159.

[12] Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad…*, *cit.*, p. 111.

generales con propósitos explicativos acerca del derecho propuestas desde el análisis económico del derecho —*teoría del derecho*—. En la sección V se trazan algunas conclusiones.

II. Paradigmas del análisis económico del derecho

1. *Definición de "análisis económico del derecho"*

Cuando un autor define una palabra, término o expresión lingüística, lo que hace es dar cuenta de las reglas que determinan sus condiciones de uso o aplicación.[13] En este trabajo se construirá la definición de *análisis económico del derecho* a partir de dos criterios de uso que ya cuentan con carta de ciudadanía en el campo de la económía aplicada al estudio del fenómeno jurídico.[14]

Por un lado, Charles K. Rowley define análisis económico del derecho como "la aplicación de la teoría económica y métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas".[15] Por otro lado, Richard A. Posner define análisis económico del derecho como "el conjunto de estudios económicos apoyados en un conocimiento detallado de cierta área del derecho".[16] Además, apunta que:

> …el único criterio posible para dar una definición de *derecho y economía* es la utilidad y no la precisión. El propósito de crear un campo separado y llamarlo derecho y economía (o mejor, *análisis económico del derecho*) es identificar el área de investigación económica para la cual un conocimiento sustancial del derecho, tanto en su aspecto doctrinario como institucional, es pertinente.[17]

Así, en este trabajo, el *análisis económico del derecho* designa el conjunto de estudios que, con un conocimiento profundo de la ley, se caracterizan por el uso y la aplicación de herramientas económicas para examinar las reglas

---

[13] *Cfr*. Hospers, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1967; en español: *Introducción al análisis filosófico*, trad. de J. C. Armero San José, y revisión de N. Miguenz, Madrid, Alianza Universidad, 1980, 2 vols., p. 39.

[14] La definición empleada en este artículo es "estipulativa". *Ibidem*, p. 51.

[15] Rowley, C. K., "Public Choice and the Economic Analysis of Law", en Mercuro, N. (comp.), *cit*., p. 125.

[16] Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1973, p. 226.

[17] *Ibidem*, p. 225.

jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas que conforman la estructura del derecho e influyen en la conducta de sus destinatarios.

Como movimiento, el análisis económico del derecho tiene dos facetas. La primera, con antecedentes en los estudios realizados por Adam Smith, es el análisis económico de las leyes que regulan las actividades del mercado. La segunda, cuyo origen puede identificarse en los trabajos elaborados por Jeremy Bentham, es el análisis económico de las leyes que regulan las actividades ajenas al mercado.[18]

La primera faceta surgió con el progreso de la economía como disciplina científica y la expansión de la regulación gubernamental. En este tópico, los aportes de Smith —quien se enfocó en las conspiraciones que se gestaban para restringir el comercio— favorecieron la creación y aplicación de leyes antimonopolio en diversos sistemas jurídicos.[19] Cabe decir que en esta primera faceta, el análisis económico del derecho se expandió en dirección de las leyes que regulan el intercambio de bienes y servicios en una estructura de oferta y demanda, hasta encontrar en ellas un objeto de estudio tradicional.

La segunda faceta ha tenido una evolución singular; de acuerdo con Posner, parte de tres premisas básicas, a saber:

1. Las personas buscan maximizar su bienestar en actividades ajenas al mercado.
2. Las reglas jurídicas son instrumentos que se implementan para establecer precios o beneficios (subsidios o recompensas)[20] en relación con las actividades ajenas al mercado.
3. En bastantes ocasiones, las decisiones judiciales se pueden entender como instrumentos que los jueces aplican con el propósito, consciente o no, de lograr resultados eficientes conforme a los criterios de Pareto o Kaldor-Hicks.[21]

---

[18] *Cfr*. Posner, R. A., "Some Uses and Abuses of Economycs in Law", *The University of Chicago Law Review*, 2, 4, 1979b; en español: "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho", trad. de M. Vargas y M. Macías, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, *cit*., p. 66.

[19] *Ibidem*, p. 67.

[20] Para la distinción entre subsidios y recompensas como incentivos positivos, véase Shauer, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, pp. 114-123.

[21] *Cfr*. Posner, R. A., "The Law and Economics Movement", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 2, 77, 1987; en español: "El movimiento del análisis económico del derecho", trad. de F. Maya y J. Coarasa, en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, *cit*., p. 227.

Bentham fue uno de los primeros autores en caracterizar a las personas como agentes maximizadores de su bienestar en cualquier tipo de actividad. Con respecto a Bentham, Posner dice que:

> …asumió que, debido a que las personas son maximizadoras racionales respecto a la decisión de cometer un delito o de vender un caballo, el problema del control de la delincuencia radica en establecer un conjunto de "precios" por cada delito, manipulando las dos variables que determinan el costo de la sanción impuesta al delincuente (en potencia): la severidad del castigo y la probabilidad de que sea infringido.[22]

Después de Bentham, fue hasta la segunda mitad del siglo XX cuando el análisis económico de las leyes que regulan actividades ajenas al mercado recobró importancia e, incluso, acaparó la atención de gran parte de los autores que conforman el movimiento del análisis económico del derecho. En este resurgimiento de la segunda faceta del análisis económico resaltan las investigaciones de tres autores: Gary S. Becker[23] —discriminación y comportamiento criminal—, Guido Calabresi[24] —daños— y Ronald Coase[25] —propiedad privada—.[26]

Finalmente, los estudios del análisis económico del derecho se clasifican en *positivos* y *normativos*. Los estudios positivos explican las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas tal y como son. Los estudios normativos postulan cómo deben ser en términos de eficiencia las reglas e instituciones jurídicas y los procedimientos legales.

2. *Análisis económico positivo del derecho*

Posner, uno de los precursores y autores más influyentes del enfoque positivo del análisis económico del derecho, señala que la "distinción entre

---

[22] Posner, R. A., "Some Uses…", *cit.*, p. 67.

[23] Véase Becker, G. S., *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1959; *id.*, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 3, 76, 1968, trad. de E. Lozano y R. Galván, "Crimen y castigo: un enfoque económico", en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, *cit.*, pp. 383-436.

[24] Véase Calabresi, G., "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, 4, 70, 1961, pp. 499-553.

[25] Véase Coase, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960, pp. 1-44.

[26] *Cfr*. Posner, R. A., "Some Uses…", *cit.*, pp. 67 y 68.

positivo y normativo, entre explicar el mundo como es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es básica para entender el movimiento del AED".[27]

El análisis económico positivo del derecho tiene dos vertientes. Por una parte, el estudio del *comportamiento regulado* por el sistema jurídico, primer enfoque en el que se estudia la conducta afectada por las leyes. Por la otra, se tiene el estudio del *comportamiento regulatorio* en el sistema jurídico, segunda vertiente en la que el análisis económico positivo estudia la dinámica de creación e implementación de instrumentos jurídicos.[28]

A. *Comportamiento regulado*

La primera vertiente del análisis económico positivo del derecho adopta como objeto de estudio el *comportamiento regulado*. Los estudios del análisis económico de este comportamiento dan por hecho el sistema jurídico —la estructura de las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas— y explican cómo las personas que interactúan con éste responden ante las restricciones y beneficios que establece la ley.[29]

Es importante mencionar que los estudios del análisis económico del comportamiento regulado rechazan los postulados de las *teorías ingenuas del comportamiento*. Éstas plantean que la incorporación de una directriz en las reglas jurídicas ofrece una razón o motivo suficiente para actuar conforme a la conducta prescrita. De acuerdo con ello, estas teorías responden a la pregunta "¿por qué *A* lleva a cabo la conducta prescrita (c) por la regla jurídica?" en la forma del siguiente enunciado: "*A* realiza la conducta prescrita (c) por la regla jurídica porque ésta exige el cumplimiento del acto especificado".[30]

En contraste, el análisis económico del comportamiento regulado emplea la teoría de precios para: *a)* dar cuenta del contenido de las reglas jurídicas, y *b)* explicar la conducta —cumplimiento o incumplimiento— de sus destinatarios. En este sentido, los estudios del análisis mencionado parten de dos premisas básicas, a saber:

---

27 *Ibidem*, p. 69.

28 *Ibidem*, pp. 69 y 70.

29 *Ibidem*, p. 72.

30 *Cfr*. Kornhauser, L. A., *The New*…, *cit*., pp. 19, 20 y 36.

1. Las reglas jurídicas establecen precios o beneficios (subsidios o recompensas) dirigidos a las personas que actualizan la acción u omisión prescrita.[31]
2. Las personas modifican su conducta con el propósito de evitar los costos u obtener los beneficios de la ley.[32]

Los estudios del análisis económico del comportamiento regulado distinguen tres componentes de las reglas jurídicas: contenido, protección y clasificación legal. Por un lado, el contenido determina la conducta exigida a los destinatarios de las reglas jurídicas. Por otro, la protección establece el tipo de sanción que se imputa por un posible incumplimiento. Por último, la clasificación legal determina el estatuto de la regla jurídica: civil, penal, mercantil, fiscal, entre otros.[33]

B. *Comportamiento regulatorio*

La segunda vertiente del análisis económico positivo del derecho adopta como objeto de estudio el *comportamiento regulatorio*. Los estudios del análisis económico acerca de este tipo de comportamiento explican la estructura de las reglas e instituciones jurídicas y procesos legales que conforman el sistema jurídico.[34]

La eficiencia como objeto temático ocupa un lugar relevante en los estudios del análisis económico del derecho. En el enfoque positivo no es la excepción, y como lo señala Posner en relación con los estudios del comportamiento regulatorio:

> Los estudiosos comprometidos con esta rama del análisis económico del derecho han adelantado la hipótesis de que las reglas, los procedimientos y las instituciones del derecho consuetudinario o de jurisprudencia —en agudo contraste con muchos diseñadores de normas legislativas y constitucionales— promueven la eficiencia.[35]

En el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio, las ideas que se han propuesto para demostrar que las reglas jurídicas, proce-

---

31 *Cfr*. Kitch, E. W., "The Intellectual…", *cit*., p. 56.

32 *Idem*.

33 *Cfr*. Kornhauser, L. A., *The New*…, *cit*., p. 40.

34 *Cfr*. Posner, R. A., "Some Uses…", *cit*., p. 72.

35 *Idem*.

dimientos legales e instituciones jurídicas favorecen la eficiencia incluyen mecanismos diferentes. A decir de Roemer, destacan los siguientes tres mecanismos:

1. Las autoridades jurisdiccionales buscan la eficiencia cuando resuelven las disputas jurídicas.
2. Las reglas jurídicas ineficientes se litigan con mayor frecuencia que las reglas jurídicas eficientes; por tanto, las reglas jurídicas ineficientes dejan de ser válidas en el sistema jurídico con el paso del tiempo, mientras que las reglas jurídicas eficientes subsisten.
3. Las partes que se benefician con las eficientes invierten más en la preparación de los litigios con el propósito de ejercer presión hasta lograr la eficiencia del derecho[36].

3. *Análisis económico normativo del derecho*

Los estudios del análisis económico normativo del derecho establecen que las reglas jurídicas, los procedimientos legales y las instituciones jurídicas deben ser eficientes.[37] En este artículo ya se ha expuesto que el enfoque positivo del análisis económico del derecho se caracteriza por explicar: *a)* la relación entre el sistema jurídico y la conducta de los destinatarios de las reglas jurídicas, o *b)* la estructura de las reglas e instituciones jurídicas, así como de los procedimientos legales. En contraste, el enfoque *normativo* de ese análisis se caracteriza por: *i)* postular que los procedimientos, reglas e instituciones señalados en *b)* deben ser eficientes, y *ii)* establecer los instrumentos jurídicos (reglas jurídicas, políticas públicas o decisiones judiciales) que deben implementarse o aplicarse para lograr la eficiencia. De acuerdo con lo dicho, ambas facetas conforman el análisis económico *normativo* del *comportamiento regulatorio*.

Entre los exponentes paradigmáticos del análisis económico normativo del derecho se puede nombrar a Calabresi[38] en el ámbito de la responsabilidad civil y accidentes, además de Cooter y Thomas S. Ulen[39] en materia de propiedad privada, contratos, derecho penal y derecho procesal.

---

[36] *Cfr*. Roemer, A., *Introducción al*…, *cit*., p. 36.

[37] *Cfr*. Posner, R. A., "Some Uses…", *cit*., p. 69; Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &*…, *cit*., pp. 16 y 17.

[38] Calabresi, G., *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Nueva Heaven, Yale University Press, 1970.

[39] Véase Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &*…, *cit*.

La teoría económica aplicada al estudio de la relación entre fines y bienes escasos es útil en cuanto establece qué sistema de producción de bienes o servicios es eficiente. En relación con el fenómeno jurídico, desde una perspectiva normativa, la teoría económica es útil en cuanto postula qué instrumento se debe implementar o aplicar para lograr la eficiencia requerida. Así, por ejemplo, si se asume que la eficiencia es un valor deseable en el derecho y se comparan dos instrumentos jurídicos *A* y *B*, los estudios del análisis económico normativo del derecho establecen qué instrumento jurídico (*A* o *B*) debe ser implementado o aplicado con base en los criterios de eficiencia de Pareto o Kaldor-Hicks.

A. *El análisis económico normativo del derecho y la eficiencia de Pareto*

En la eficiencia de Pareto[40] son importantes dos elementos: la asignación de recursos y las preferencias individuales. Conforme a este supuesto, Cooter y Ulen caracterizan el criterio de eficiencia de Pareto, o eficiencia de la asignación, de la siguiente forma:

> …[la] eficiencia de la asignación, se refiere a la satisfacción de las preferencias individuales. Decimos que una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto o de la asignación si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación).[41]

En relación con el derecho, un instrumento jurídico *P* es eficiente en el sentido de Pareto si no es posible elegir o aplicar otro instrumento jurídico en virtud del cual por lo menos una persona mejore su situación sin que el resto empeore. Ahora bien, siguiendo con este criterio, es importante distinguir entre la optimalidad de Pareto (como también se le llama a la eficiencia de Pareto) y la superioridad de Pareto. Como lo explica Roemer:

> …*P* es superior en términos de Pareto a *Q* si nadie prefiere *Q* a *P*, y si por lo menos una persona prefiere *P* a *Q*. Un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore.[42]

---

40 Vilfrido Pareto fue quien construyó la estructura de la *eficiencia de Pareto*.

41 Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &…*, *cit.*, pp. 30 y 31.

42 Roemer, A., *Introducción al…*, *cit.*, p. 27.

De acuerdo con esta cita, el instrumento jurídico *P* actualiza la eficiencia de Pareto si su cambio implica que, como mínimo, una persona empeore.

B. *El análisis económico normativo del derecho y la eficiencia Kaldor-Hicks*

Ahora bien, el análisis económico normativo del derecho también utiliza el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks[43] para postular qué instrumento jurídico debe ser preferido sobre otro. Roemer establece que: "Un estado de cosas *P* es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado, *Q*, si después de moverse de *Q* a *P*, los ganadores pueden compensar a los perdedores".[44] Conforme a la idea anterior, el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks se caracteriza por incluir una variable que el criterio de eficiencia de Pareto no toma en cuenta. Esta variable es la *compensación potencial* en un cambio de estado o situación.

En contraste con el criterio de eficiencia de Pareto, el de Kaldor-Hicks incluye la posibilidad de que en el cambio de *Q* a *P* haya perdedores, sólo que los beneficios que perciben los ganadores *podrían*[45] compensar los costos que enfrentan los perdedores (compensación potencial).

Cooter se refiere a este criterio como "de Pareto potencial" y lo explica en términos de costo-beneficio de la siguiente forma:

> Un análisis recomienda cambios en los cuales la suma de los beneficios exceda a la suma de los costos. Siempre que los beneficios sean mayores que los costos hay un superávit que, con una redistribución adecuada, podría mejorar a algunos sin empeorar a otros. De esta manera, el criterio elegido en el análisis costo-beneficio es de hecho el criterio de Pareto potencial.[46]

En el derecho, la idea anterior se ejemplifica, entre otros supuestos, cuando se actualiza un cambio de instrumento jurídico. Por ejemplo, si en un sistema jurídico se deroga un instrumento jurídico *Q*, y en su lugar se implementa o aplica otro instrumento jurídico *P*, este último es eficiente en términos de Kaldor-Hicks si: *a)* la suma de los beneficios que experimentan los ganadores es mayor a la suma de los costos que enfrentan los perdedores,

---

[43] La estructura del criterio de eficiencia Kaldor-Hicks la construyeron Nicholas Kaldor y John Richard Hicks. Véase Kaldor, N. y Hicks, J. R., "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, 1939, p. 549.

[44] Roemer, A., *Introducción al…*, *cit.*, p. 27.

[45] El criterio de eficiencia Kaldor-Hicks no requiere que, de hecho, se actualice la compensación.

[46] Cooter, R. D., "The Best Right…", *cit.*, p.144.

y *b)* el superávit *puede* ser redistribuido de tal forma que los perdedores sean compensados y los ganadores conserven todavía un excedente.[47]

III. Teorías jurídicas y modelos

1. *Teorías jurídicas explicativas*

Las teorías con propósitos explicativos no se pueden quedar en una mera descripción. Es importante distinguir entre *descripción* y *explicación* como herramientas empleadas en cualquier teoría con propósito explicativo. Una teoría de este tipo "no puede consistir en un mero sumario de hechos observados y debe, además, poder dar cuenta también de hechos no contemplados o desconocidos inicialmente".[48] Por un lado, porque la descripción por sí misma no permite alcanzar el propósito explicativo. Por el otro, debido a que se pueden encontrar trabajos normativos y teorías morales con grandes dosis de descripción.

El reporte de datos es el primer paso en la actividad teórica acerca del fenómeno jurídico. El segundo paso es la descripción de lo ocurrido. Esta descripción permite comprender qué significa el hecho.[49] El tercer paso consiste en hacer manifiesta la comprensión: responder por qué tuvo lugar lo ocurrido, explicar un objeto temático; *i. e.*, explicar aquello que se ha descrito.

De acuerdo con esto, se puede estipular que una *teoría jurídica explicativa* es aquella que dota de significado a prácticas o hechos relacionados con el fenómeno jurídico —*descripción*— y, posteriormente, hace manifiesta la comprensión de un segmento del derecho[50] o de la totalidad del mismo —*explicación*—.

---

[47] *Cfr*. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &…*, *cit*., pp. 67 y 68.

[48] Sucar, G., *Concepciones del…*, *cit*., p. 144.

[49] *Cfr*. Wright, G. H. von, *Explanation and Understanding*, NuevaYork, Cornell University Press, 1971; en español: *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñon, Madrid, Alianza, 1980, p. 160.

[50] Entre los objetos temáticos de las teorías jurídicas explicativas que se enfocan en un segmento del derecho destacan: la adjudicación judicial, la actividad legislativa y el funcionamiento de instituciones jurídicas. Conforme al objetivo de este trabajo, en los siguientes apartados me enfocaré en las teorías jurídicas explicativas que adoptan como objeto de estudio la totalidad del derecho.

2. *Modelos interpretativos del fenómeno jurídico*

Las teorías generales con propósitos explicativos acerca del derecho suelen denominarse en la bibliografía como *teorías acerca de la naturaleza del derecho*. Este tipo de teorías jurídicas adoptan como objeto de estudio la totalidad del fenómeno jurídico y, conforme a este supuesto, la tarea del teórico consiste en explicar qué es el derecho como fenómeno global. Éstas son generales y valorativamente neutras; además, se refieren a los sistemas jurídicos estatales y dan cuenta del derecho como un objeto temático relacionado con un tipo de conocimiento o saber creado, desarrollado y debatido por juristas. Por otra parte, las teorías acerca de la naturaleza del derecho proveen o adoptan el significado de términos jurídicos —"sanción", "obligación", "responsabilidad", "obligación" y "hecho ilícito", entre otros— y explican rasgos centrales del derecho, como: positividad, dimensión social, carácter normativo, dimensión institucional, estructura sistemática y conexión con el lenguaje.[51]

Es oportuno mencionar que estos rasgos u objetivos teóricos *no* son propiedades esenciales o definitorias de las teorías acerca de la naturaleza del derecho. Algunos de esos objetivos pueden no ser considerados por el teórico que adopta como objeto de explicación el fenómeno jurídico. En este caso, los autores suelen dar cuenta de las razones por las que omiten ciertos rasgos como parte del arsenal explicativo de la teoría jurídica.[52] En relación con esta idea, es importante precisar que la inclusión o exclusión de los objetivos de las teorías acerca de la naturaleza del derecho tiene que ver con el tipo de explicación que ofrecen.

Las teorías generales con propósitos explicativos acerca del derecho o teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos que *interpretan* el fenómeno jurídico. La diferencia entre un modelo interpretativo *A* y otro *B* está dada por los datos que constituyen el *juicio de relevancia* del modelo, además de las piezas y variables que, relacionadas entre sí, configuran la *estructura* de la representación.

Un modelo es una representación minimalista de un segmento de la realidad.[53] Por ejemplo, en las ciencias formales, las fórmulas matemáticas son modelos que representan abstracciones y fenómenos físicos o químicos.

---

[51] En la presentación de los objetivos teóricos o rasgos de las teorías acerca de la naturaleza del derecho sigo a German Sucar. *Cfr*. Sucar, G., *Concepciones del…*, *cit.*, pp. 149-153.

[52] *Ibidem*, p. 153.

[53] *Cfr*. Guibourg, R. A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue Universidad, 2004, p. 57.

En las ciencias sociales, las gráficas se utilizan, entre otras cosas, como modelos para representar aumentos o disminuciones en la producción de bienes y servicios. En el arte, la imagen de una fotografía es un modelo de aquello que el artista ha querido captar con su lente. En el futbol, el dibujo de una cancha con once puntos distribuidos a lo largo y ancho de ésta es un modelo que representa la estrategia táctica de un equipo.

En cualquier caso, cuando el modelo representa de manera adecuada un segmento de la realidad *X*, decimos que hemos aprendido en relación con *X* o que hemos comprendido *X*.[54] En este punto, es importante mencionar que la calificación de una representación como adecuada o no depende de la utilidad del modelo. La utilidad tiene relación directa con los objetivos que persigue la representación. En este sentido, si se considera que el modelo no cumple con el objetivo de la representación, se rechaza. Por el contrario, si se acepta que cumple con dicho objetivo, se dice que es una buena representación de la realidad y que con él *comprendemos* el segmento de la realidad al que se refiere.[55]

Todo modelo se compone de tres elementos: juicio de relevancia, estructura y soporte. El *juicio de relevancia* designa el conjunto de características o datos que se consideran relevantes a fin de representar un segmento de la realidad. La *estructura* la integran las piezas y variables que, como elementos relacionados entre sí, conforman el modelo. Por último, el *soporte* no es más que el material en el que se expone la representación.[56]

Los modelos se clasifican, conforme al uso, en modelos descriptivos o modelos especificativos. Los modelos cuya representación trata de corresponder con un segmento de la realidad son modelos *descriptivos*. En relación con este primer tipo, la dirección de ajuste apunta del modelo al segmento de la realidad elegido para la representación. Los modelos cuya representación establece cómo debe de ser un segmento de la realidad son *especificativos*. En relación con este segundo tipo de modelos, la dirección de ajuste apunta de un segmento de la realidad al modelo. Es importante mencionar que si un modelo descriptivo o uno especificativo representa un objeto o hecho con referencia empírica, se dice que el modelo es *interpretable*.[57]

Un ejemplo de modelo descriptivo lo encontramos en la película *Modern Times*. La película es un modelo que representa la Gran Depresión; creado

---

54 *Idem.*

55 *Ibidem*, p. 59.

56 *Cfr.* Cerdio Herrán, J. A., "Modelos, las revoluciones y teoría jurídica a propósito del libro del profesor Ulises Schmill", *Isonomía*, núm. 34, 2011, pp. 176 y 177.

57 *Cfr.* Seidewitz, E., "What Models Mean", *IEEE Software*, 5, 20, 2003, p. 27.

por Charles Chaplin y Paulette Goddard, es descriptivo en tanto que la representación trata de corresponder —a través de la historia de un vagabundo y una hermosa joven que no encuentran cabida en la dinámica de una ciudad industrial— con la forma de vida de hombres y mujeres en Estados Unidos en la década de 1930. En este caso, la dirección de ajuste apunta de la película —modelo— al segmento de la realidad elegido para la representación —Gran Depresión—.

Por otra parte, la partitura del *Adaggieto* de la Quinta Sinfonía de Gustav Mahler constituye un ejemplo de modelo especificativo; representa las operaciones y parámetros a seguir por el director, las cuerdas y el arpa de una orquesta. En este sentido, la partitura especifica cómo debe ejecutarse el cuarto movimiento de la Quinta Sinfonía de Mahler. Por ejemplo, si Gustavo Dudamel, las cuerdas y el arpa de la Orquesta Juvenil Simón Bolívar ejecutan la partitura, el resultado será el *Adaggieto* que Mahler creó inspirado en su esposa Alma Schindler.[58] En este caso, la dirección de ajuste apunta de un segmento de la realidad al modelo.

Pues bien, las teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos interpretativos del fenómeno jurídico, en tanto que representan este fenómeno conforme a la selección de datos que el teórico califique como relevantes en relación con el propósito explicativo del derecho. Es importante decir que, aunque el objeto de estudio sea el mismo (en este caso el fenómeno jurídico), una teoría general *A* puede calificar ciertos datos como relevantes y que son desechados por otra general *B*. A su vez, *B* puede calificar otros datos como relevantes y que no son tomados en cuenta por *A*. Dicho de otra forma, las teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos interpretativos del fenómeno jurídico con juicios de relevancia distintos.

La estructura de una teoría acerca de la naturaleza del derecho designa el conjunto de piezas y variables que, como elementos relacionados entre sí, constituyen el modelo interpretativo del fenómeno jurídico. Conforme a este supuesto, la estructura de la representación proporcionada por una teoría general *A* es distinta a la dada por otra teoría general *B*, en tanto que utilizan variables y elementos diferentes; o utilizan las mismas variables y elementos, pero se relacionan de forma distinta.

Las teorías acerca de la naturaleza del derecho son modelos interpretativos cuya representación trata de corresponder con el fenómeno jurídico. En este sentido, las teorías generales con propósitos explicativos acerca del

---

[58] Véase Lebrecht, N., *Why Mahler? How One Man and Ten Symphonies Changed the World*, Londres, Faber & Faber, 2010, trad. de B. Zitman Roos, *¿Por qué Mahler? Cómo un hombre y diez sinfonías cambiaron el mundo*, Madrid, Alianza, 2011, p. 173.

derecho son modelos descriptivos e interpretables.[59] La dirección de ajuste apunta del modelo interpretativo al segmento de la realidad seleccionado como objeto de estudio, que es el fenómeno jurídico.[60]

Para dar cuenta de algunos ejemplos de teorías acerca de la naturaleza del derecho como modelos interpretativos del fenómeno jurídico, en primera instancia, expondré las ideas de H. L. A. Hart —*jurisprudencia analítica*—, y después daré cuenta de algunos puntos temáticos en Karl Lewellyn —*realismo jurídico norteamericano*—, autor que interpreta el fenómeno jurídico con un modelo de distintas características a las del autor inglés.

A. *Hart y su modelo interpretativo del fenómeno jurídico*

Como preámbulo a la reconstrucción del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece Hart, considero idóneo citar el siguiente pasaje

---

[59] La caracterización de las teorías acerca de la naturaleza del derecho como modelos interpretativos del fenómeno jurídico no sugiere que el derecho sea una *práctica interpretativa* en el sentido que plantea Ronald Dworkin. Para Dworkin, el derecho se entiende como un proceso de *interpretación constructiva*. La interpretación constructiva consiste en atribuir un propósito a una práctica —en este caso el derecho— con el objetivo de hacer de ella un ejemplo ideal de la categoría a la cual pertenece. *cfr*. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; *id*., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 52; *id*., *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006; en español: *La justicia en toga*, trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina; *id*., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

[60] El presente artículo está centrado en el análisis de la estructura de las teorías acerca de la naturaleza del derecho. Uno de los rasgos de las teorías de este tipo es que tienen un propósito eminentemente explicativo. No obstante, con base en la regla de uso común de la palabra "teoría" en el campo de la "filosofía del derecho", considero oportuno señalar que el término también designa el conjunto de estudios que tienen como propósito postular lo que debe ser en el derecho. Las teorías que comparten dicho propósito se conocen como "teorías jurídicas normativas". Al respecto, la normatividad de una teoría jurídica se entiende de tres formas diferentes; es decir, las teorías jurídicas normativas se caracterizan porque: *a)* postulan lo que debe ser en el derecho en términos valorativos —normatividad valorativa—, *b)* establecen los pasos técnicos para alcanzar un fin en el derecho —normatividad técnica—, o *c)* indican los criterios para que un elemento, hecho o situación jurídica se adecue a un estándar —normatividad estándar— (la distinción de los tres sentidos de normatividad se presenta sobre la base de la clasificación de reglas de Wright, G. H. von, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, cap. I. Así, el análisis económico normativo del derecho se relaciona con las teorías *a)* (*cfr*. Cooter, R. D., "The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law", *Notre Dame Law Review*, 1989; en español: "Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho", trad. de H. Garduño, J. Robles y N. Velandia, en Roemer, A. (comp.), *cit*., especialmente pp. 146 y 147), y *b)* (para un ejemplo en materia de propiedad privada véase Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &…*, *cit*., cap. IV).

de Vázquez, mismo que da cuenta de los elementos definitorios de la jurisprudencia analítica que emplea el autor inglés, como arquetipo de ciencia jurídica, para elaborar una teoría jurídica general con propósitos explicativos acerca del derecho:

> El concepto de derecho de Hart, la noción de textura abierta del lenguaje jurídico, su modelo de positivismo jurídico, así como la particular forma de concebir la separación conceptual entre el derecho y la moral, constituyen el punto a partir del cual podemos intentar reconstruir su concepción de la ciencia jurídica… La atención de Hart se centra en la "práctica social", esto es, en la forma en que las personas actúan en situaciones *reguladas por el derecho* y el lenguaje de que se valen para referirse a ellas.[61]

El juicio de relevancia del modelo interpretativo que ofrece Hart lo constituyen las reglas jurídicas. Para este autor, la primera característica definitoria de las reglas es que la conducta a la que se refieren es general. La segunda es que la desviación respecto de la pauta de conducta que establecen tiene como consecuencia una crítica o presión en favor de la conformidad. La tercera característica es que la crítica o presión tiene su fundamento o justificación en la desviación respecto de la pauta de conducta. Por último, Hart sostiene que las reglas, además de contar con un aspecto externo que consiste en la conducta regular que un individuo puede describir, cuentan con un aspecto interno en virtud del cual por lo menos algunas personas identifican la conducta a la que se refieren como un criterio general de comportamiento.[62]

La estructura del modelo interpretativo que propone Hart se conforma por dos tipos de reglas: primarias y secundarias. Las *reglas primarias* imponen deberes y obligaciones,[63] esto es, prescriben una conducta como prohibida, permitida u obligatoria. Las *reglas secundarias* confieren potestades, ya sean públicas o privadas, en cuanto establecen los criterios de verificación, creación, eliminación y cambio de las reglas primarias.[64] A su vez hay tres tipos de reglas secundarias: regla de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. La *regla de reconocimiento* establece los criterios que cualquier regla ha de cumplir para ser considerada como válida en el sentido de per-

---

[61] Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008 (el subrayado es mío).

[62] *Cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961; en español: *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 69-71.

[63] *Ibidem*, p. 101.

[64] *Idem*.

tenencia a un sistema jurídico. Las *reglas de cambio* facultan a determinadas personas para crear y eliminar otras reglas. Por último, las *reglas de adjudicación* facultan a un grupo de individuos para que, mediante un procedimiento a seguir, determinen cuándo una regla primaria no ha sido obedecida.[65]

La representación del modelo interpretativo que ofrece Hart trata de corresponder con su objeto de estudio, que es el fenómeno jurídico. En este sentido, el modelo hartiano es descriptivo e interpretable. La dirección de ajuste apunte del modelo al segmento de la realidad elegido para la representación.

B. *El modelo interpretativo del fenómeno jurídico de Lewellyn*

El realismo jurídico estadounidense, como arquetipo de ciencia jurídica, se distingue a partir de dos características: *a)* la renuncia al uso de insumos analíticos propios del derecho para explicar el fenómeno jurídico, y *b)* el rechazo a las construcciones teóricas conforme a la jerarquización de categorías jurídicas.[66] Como lo señala Vázquez, en la bibliografía es posible encontrar los antecedentes de esta metodología de estudio del derecho en la obra de Oliver W. Holmes,[67] quien influyó en otros autores representativos de la filosofía del derecho estadounidense, entre ellos Lewellyn. Expone Vázquez:

> En su libro *The Common Law* (1881) —probablemente el más renombrado de la filosofía del derecho en Estados Unidos—, Holmes rechaza la idea de que el derecho es un sistema coherente de reglas de conducta, y favorece una visión más pragmática de lo que los jueces hacen y los abogados predicen… Las ideas de Holmes tuvieron un gran impacto en la Escuela del Realismo Jurídico Norteamericano, especialmente en autores como Karl Lewellyn (1893-1962)…[68]

Para explicar las características del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece Llewellyn, tomaré en cuenta tres planteamientos defendidos por él, a saber: *a)* las reglas jurídicas, por sí solas, son insuficientes para explicar el fenómeno jurídico; *b)* para dar cuenta del derecho, es necesario desviar la atención de las reglas jurídicas a la conducta de las personas

---

65 *Ididem*, pp. 116-120.

66 *Cfr*. Sucar, G., *Concepciones del…*, *cit*., p. 200.

67 Vease, Holmes, O. W., "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897.

68 Vázquez, Rodolfo, *Teoría del…*, *cit*., p. 142.

encargadas de aplicarlas, y *c)* el objetivo de la ciencia jurídica es establecer la relación entre las reglas de papel y la práctica judicial.[69]

Con base en los planteamientos *a)* y *b)*, se puede afirmar que el juicio de relevancia del modelo interpretativo lewellyniano designa la conducta de las personas encargadas de aplicar el derecho. De acuerdo con Lewellyn,[70] lo referente a *a)* es así porque en la práctica jurídica pueden manifestarse opiniones en contra del contenido de las reglas jurídicas, y en muchas ocasiones las personas tienen que interpretar su sentido; asimismo, porque las reglas jurídicas son interpretadas y utilizadas de formas distintas de acuerdo con las diversas tareas que desempeña un jurista. Con base en lo anterior, el autor realista postula que es necesario desviar la atención de las reglas jurídicas a la conducta de las personas encargadas de aplicarlas.[71]

La estructura del modelo que ofrece Lewellyn se identifica con el planteamiento *c)*. La estructura de este modelo se configura a partir de la distinción entre *a)* reglas y derechos reales, y *b)* reglas y derechos de papel. Las *reglas* y *derechos reales* tienen relación directa con la práctica judicial, mientras que las *reglas* y *derechos de papel* tienen relación directa con el contenido de los códigos penales, civiles y mercantiles, entre otros.[72] En este sentido, cuando un juez resuelve una controversia de derecho, se pueden actualizar tres supuestos: 1) que el juez no haga caso a la regla aplicable, 2) que el juez haga caso de forma parcial o aparente a la regla aplicable, o 3) que el juez haga caso total a la regla aplicable.[73] De acuerdo con lo anterior, Lewellyn arguye que para entender el comportamiento judicial efectivo es necesario analizar la relación entre las reglas de papel y la práctica judicial: determinar cuándo las reglas de papel coinciden con las reglas reales (de forma total, parcial o aparente) y cuándo las reglas de papel no coinciden con las reglas reales.[74]

---

69 Para la exposición de las ideas de Llewellyn he tomado en cuenta la caracterización que ofrece Sucar en relación con el realismo jurídico norteamericano. *Cfr*. Sucar, G., *Concepciones* del…, *cit*., pp. 201-203.

70 *Cfr*. Lewellyn, K. N., "Law and the Social Sciences: Especially Sociology", *Harvard Law Review*, 8, 62, 1949, pp. 1286-1305.

71 *Cfr*. Lewellyn, K. N., "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930, pp. 431-465; reimp. *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, University Chicago Press, 1962; en español: "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", trad. de P. Casanovas, en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 257.

72 *Ibidem*, p. 262.

73 *Ibidem*, p. 264.

74 *Ibidem*, p. 265.

Dado que el modelo propuesto por este autor trata de corresponder con el fenómeno jurídico como objeto de estudio, se puede afirmar que el modelo es descriptivo e interpretable. En tal caso, la dirección de ajuste apunta del modelo al segmento de la realidad elegido para la representación.

IV. Las teorías acerca de la naturaleza del derecho del análisis económico del derecho

1. *El modelo interpretativo del comportamiento regulado*

Los estudios del análisis económico del comportamiento regulado dan por hecho el sistema jurídico —la estructura de las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas— y explican cómo las personas físicas y morales que interactúan con éste responden ante las restricciones y beneficios que establece la ley.[75]

El análisis económico del comportamiento regulado sugiere un modelo interpretativo del fenómeno jurídico que representa al derecho como un sistema de restricciones y beneficios. Las características del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que propone el análisis económico del comportamiento regulado se pueden reconstruir y analizar con base en el siguiente pasaje de Edmund W. Kitch:

> El objeto de estudio se debe concebir como un sistema de restricciones y recompensas que interactúa con los individuos. Un objetivo central en el saber del AED ha sido analizar la interacción entre un sistema de reglas y la conducta de los individuos, con la intención de determinar los efectos de aquél. Esta concepción en la agenda del saber jurídico estuvo en el corazón del realismo legal, pero la economía, con su desarrollada manera de pensar en términos de costos, beneficios y maximización individual del bienestar proveyó un elegante marco adaptable a esta tarea.[76]

De acuerdo con esta consideración, el juicio de relevancia del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que sugiere el análisis económico del comportamiento regulado designa un conjunto de reglas jurídicas y la conducta de sus destinatarios. La estructura del modelo interpretativo que proporciona el mencionado análisis se conforma de tres ideas, a saber: *a)* los

---

[75] *Cfr*. Posner, R. A., "Some Uses…", *cit*., p. 72.

[76] Kitch, E. W., "The Intellectual Foundations of Law and Economics", *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, junio de 1983, p. 55.

destinatarios de las reglas jurídicas actúan como maximizadores racionales de su bienestar, *b)* las reglas jurídicas establecen precios o beneficios (subsidios o recompensas) para la conducta de las personas, y *c)* los agentes modifican su comportamiento con el propósito de evitar el costo de la ley o para obtener el beneficio de ésta.

Por una parte, la racionalidad económica en la que se inspira este modelo interpretativo sostiene que los destinatarios de las reglas jurídicas son agentes que cuentan con preferencias definidas, completas y transitivas.[77] Esto significa que los agentes "saben cuáles cosas les gustan y les disgustan, y pueden ordenar las diversas combinaciones de bienes y servicios disponibles de acuerdo a su capacidad para satisfacer sus preferencias".[78]

Por otra parte, la racionalidad económica en la que se inspira este modelo interpretativo del fenómeno jurídico postula que los destinatarios de las reglas jurídicas cuentan con la capacidad analítica para elegir la mejor opción posible tomando en cuenta sus preferencias y las restricciones establecidas.[79] Esta elección actualiza el supuesto de maximización del bienestar.[80]

La segunda idea que conforma la estructura del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico del comportamiento regulado estipula que, en el derecho, las restricciones y beneficios que enfrentan las personas físicas y morales están dadas por las sanciones que establecen las reglas jurídicas.

El análisis económico del derecho utiliza la teoría de precios para caracterizar el contenido de las sanciones que traen aparejadas las conductas que se prescriben como prohibidas, permitidas u obligatorias. Conforme a este planteamiento se manifiestan Cooter y Ulen en el siguiente pasaje:

> Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden ante los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos del bien más caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos de la actividad sancionada.[81]

---

77 *Cfr*. Kornhauser, L. A., *The New*…, *cit*., p. 21.

78 Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &*…, *cit*., pp. 35 y36.

79 *Cfr*. Kornhauser, L. A., *The New*…, *cit*., p. 21.

80 *Cfr*. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &*…, *cit*., p. 29.

81 *Ibidem*, p. 16.

Las reglas jurídicas crean precios y beneficios implícitos para las conductas de sus destinatarios.[82] Los precios y beneficios implícitos creados por las reglas jurídicas son las sanciones que los agentes enfrentan como restricciones y recompensas (en algunos casos subsidios). Por ejemplo, las restricciones se traducen en un castigo esperado. Para los destinatarios de las reglas jurídicas, el castigo esperado es un costo esperado. El costo esperado por realizar una conducta depende de dos variables: 1) la magnitud del castigo y 2) la probabilidad de que se ejecute el mismo. En este sentido, el costo esperado por realizar una conducta es el producto de multiplicar la magnitud del castigo por la probabilidad de que se ejecute éste.[83]

La tercera idea que integra la estructura del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico del comportamiento regulado postula que los destinatarios de las reglas jurídicas modifican su comportamiento con el propósito de evitar el costo u obtener el beneficio de la ley.[84] En este punto, la explicación que se ofrece de la conducta de los agentes adopta una forma teleológica que puede presentarse como la inversa del siguiente silogismo práctico:

1) Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) procuran como fin evitar los costos u obtener los beneficios de las leyes (*s*).
2) Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) consideran que, de no realizar las conductas prescritas (*c*), no evitarán los costos, o no obtendrán los beneficios, de las leyes (*s*).

Conclusión: Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) realizan las conductas prescritas (*c*).

Si se adopta como *explicandum* la conclusión del silogismo práctico anterior y se pregunta "¿por qué los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) realizan la conductas prescritas (*c*) por las reglas jurídicas?", esta tercera idea (como varible de la estructura) propondría una respuesta en la forma del enunciado: "Los destinatarios de las reglas jurídicas (*A*) realizan las conductas prescritas (*c*) con el propósito de evitar los costos u obtener los beneficios de las leyes (*s*)".[85] En otras palabras, los destinatarios de las reglas jurídicas

---

82 *Cfr*. Posner, R. A., "The Law…", *cit*., p. 227; también Roemer, A., *Introducción al*…, *cit*., p. 14.

83 *Cfr*. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &*…, *cit*., p. 18.

84 *Cfr*. Kitch, E. W., "The Intellectual Foundations of Law and Economics", *cit*., p. 56.

85 En la caracterización de las explicaciones teleológicas sigo a von Wright. *Cfr*. Wright, G. H. von, *Explanation and Understanding*, Nueva York, Cornell University Press, 1971, trad. de L. Vega Reñon, *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza, 1980, p. 111.

cumplen con las conductas prescritas para evitar los costos u obtener los beneficios de las leyes.

El análisis económico del comportamiento regulado ofrece, entonces, un modelo interpretativo del fenómeno jurídico que representa al derecho como un sistema de reglas jurídicas que establecen restricciones y beneficios dirigidos a sus destinatarios. En este caso, la representación trata de corresponder con el derecho como objeto de estudio; por tanto, se puede afirmar que este modelo es descriptivo e interpretable. La dirección de ajuste apunta del modelo al fenómeno jurídico.

2. *El modelo interpretativo del comportamiento regulatorio*

Los estudios del análisis económico positivo del comportamiento regulatorio se han inclinado a afirmar que la estructura del derecho favorece la eficiencia. Las explicaciones que se han presentado en la bibliografía incluyen argumentos diferentes, mismos que se pueden agrupar en dos paradigmas: *a)* paradigma de la sabiduría de los jueces y, *b)* paradigma del litigio selectivo.

Por un lado, en el *paradigma de la sabiduría de los jueces* se agrupan los autores que afirman que la eficiencia de la estructura del derecho es producto de la conducta judicial.[86] Ellos arguyen que los jueces responden a la eficiencia en las disputas jurídicas. En este sentido, la tesis que sostienen es la siguiente: los jueces buscan soluciones eficientes cuando resuelven las controversias de derecho.[87]

De otro lado, en el *paradigma del litigio selectivo* se encuentran los autores que afirman que la eficiencia de la estructura del derecho es consecuencia de un proceso evolutivo en el que las reglas jurídicas ineficientes se derogan en los tribunales, y las reglas eficientes se mantienen en el sistema legal.[88] Así, los autores de este paradigma plantean dos tesis, a saber: 1) las reglas

---

[86] En la bibliografía se reconoce a Posner como el principal exponente del paradigma de la sabiduría de los jueces. Este autor ha sostenido en varios trabajos que los jueces prefieren resultados eficientes cuando resuelven las controversias jurídicas. Al respecto, véase Posner, R. A., *Economic Analysis…*, *cit.*, pp. 321-327; *id.*, "The Law and…", *cit.*, pp. 227-230.

[87] *Cfr.* Roemer, A., *Introducción al…*, *cit.*, p. 36.

[88] Como representantes del paradigma del litigio selectivo se pueden nombrar a Paul H. Rubin y George L. Priest. Véase Rubin, P. H., "Why is Common Law Efficient?", *The Journal of Legal Studies*, 51, 6, 1987, trad. de E. Domínguez, M. Pérez y A. Zayat, "¿Por qué es eficiente el derecho consuetudinario?", en Roemer, A. (comp.), 2000; Priest, G. L., "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *The Journal of Legal Studies*, 1, 6, 1977, trad. de M. del Razo *et al.*, "El proceso en el derecho consuetudinario y la elección de

jurídicas ineficientes son cuestionadas en los tribunales con mayor frecuencia que las reglas jurídicas eficientes, y 2) en comparación con quienes se benefician con reglas jurídicas ineficientes, las partes que se benefician con reglas jurídicas eficientes invierten más en los litigios.[89]

Con el propósito de reconstruir y caracterizar el modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio, en este trabajo utilizaré como insumos las dos tesis planteadas en el paradigma del litigio selectivo.

Uno de los autores más representativos en el paradigma del litigio selectivo es Paul Rubin. Para él, la explicación que ofrecen los autores interesados en el tema, y que vinculan la eficiencia de la estructura del derecho con la sabiduría de los jueces, ha quedado a deber. Así lo hace notar, por ejemplo, en relación con Posner, de quien afirma que "argumenta de manera persuasiva que el derecho consuetudinario se puede entender mejor como un intento de lograr la eficiencia económica, pero es menos persuasivo en su explicación de por qué ocurre así".[90]

Rubin advierte que, para demostrar la eficiencia de la estructura del derecho, es necesario analizar las posibles relaciones entre el comportamiento de los litigantes en una controversia jurídica y la eficiencia de las reglas jurídicas.[91] En este sentido, el juicio de relevancia del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que propone el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio designa un conjunto de reglas jurídicas y la conducta de las partes cuando se actualiza una controversia de derecho. Por un lado, las reglas son eficientes o ineficientes. De otro, las personas litigan o se abstienen de acudir a los tribunales.

Rubin expone que es indispensable analizar tres contextos diferentes, a saber: *a)* el supuesto en el que ninguna de las partes tenga interés en que el caso se actualice como precedente, *b)* el supuesto en el que sólo una de las partes tenga interés en que el caso se actualice como precedente, y *c)* el supuesto en el que las dos partes tengan interés en que el caso se actualice como precedente.[92] Estos tres supuestos son las variables que conforman la estructura del modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio.

---

normas jurídicas eficientes", en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura, cit.*

89 *Cfr.* Roemer, A., *Introducción al…*, *cit.*, p. 36.

90 Rubin, P. H., "Why is…", *cit.*, p. 332.

91 *Idem.*

92 *Ibidem*, p. 334.

En relación con el contexto *a)*, cuando ninguna de las partes tiene interés en que el caso se actualice como precedente,[93] la regla aplicable será la vigente con independencia de su eficiencia o ineficiencia. En este caso, ninguna de las partes tiene incentivos para acudir a los tribunales y ejercer presión con el propósito de modificar la legislación. En consecuencia, en el contexto *c)* el derecho no tiende a la eficiencia.[94]

Respecto al contexto *b)*, si sólo una de la partes tiene interés en que el caso se actualice como precedente,[95] la regla jurídica aplicable evolucionará hasta el punto de favorecer a la parte interesada en litigios futuros, sea o no eficiente la solución. En este supuesto, sólo la parte interesada en el caso como precedente tiene un incentivo para acudir a los tribunales y no la parte que carece de interés en controversias jurídicas futuras. Por tanto, en el contexto *b)* el derecho no tiende a la eficiencia.[96]

En relación con el contexto *c)*, cuando las dos partes tienen interés en que el caso se actualice como precedente,[97] se pueden presentar dos situaciones: 1) que la regla jurídica aplicable sea ineficiente, o 2) que la regla jurídica aplicable sea eficiente. Si se actualiza la situación 1), la ineficiencia de la regla jurídica aplicable es un incentivo para que las partes acudan a los tribunales y hagan presión hasta que la regla jurídica ineficiente sea cambiada o derogada. Si se actualiza la situación 2), no hay incentivo para que las partes acudan a los tribunales, y entonces la regla eficiente seguirá formando parte del sistema. Por tanto, en el contexto c) el derecho tiende a la eficiencia. Las reglas eficientes no se litigan, y las reglas ineficientes se litigan hasta ser derogadas o cambiadas.[98] En este último supuesto se actualiza la *litigación selectiva*.

Ahora bien, la eficiencia requiere que los derechos se asignen a quienes los valúan más. Los agentes en disputa que así lo hacen gastan una cantidad mayor de recursos en relación con sus contrapartes. En este sentido, las soluciones ineficientes tienen como consecuencia que las partes que se benefi-

---

[93] Cuando ninguna de las partes tiene interés en que el caso se actualice como precedente, es porque prevén que no enfrentarán situaciones similares en el futuro. *Ibidem*, p. 338.

[94] *Ibidem*, pp. 338 y 339.

[95] En este contexto, sólo una de las partes prevé que enfrentará situaciones similares en el futuro. *Ibidem*, p. 336.

[96] *Ibidem*, pp. 336-338.

[97] Cuando las dos partes tienen interés en que el caso se actualice como precedente es porque prevén que enfrentarán situaciones similares en el futuro, ya sea como acusados o como demandantes. En este contexto, ambas partes se preocupan por el flujo de los costos. *Ibidem*, p. 335.

[98] *Ibidem*, pp. 335 y 336.

cian con las reglas jurídicas eficientes gasten más en los tribunales. El gasto es extensivo e intensivo. El gasto extensivo equivale a litigios más frecuentes, y el gasto intensivo significa más inversión en la preparación del caso. Así, la litigación contra leyes ineficientes tiende a ser eficaz.[99]

Finalmente, el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio ofrece un modelo interpretativo del fenómeno jurídico que representa al derecho como un sistema de reglas jurídicas que tiende a la eficiencia. La representación que ofrece este modelo trata de corresponder con su objeto de estudio, que es el fenómeno jurídico. Por tanto, se puede afirmar que el modelo ofrecido por el análisis económico positivo del comportamiento regulatorio es descriptivo e interpretable.

V. Conclusiones

La metodología de estudio del análisis económico del derecho ha sido relacionada de manera directa con el *realismo jurídico estadounidense*. En el nivel de la *ciencia jurídica*, los autores que conforman esta última corriente de pensamiento se distinguen a partir de dos características, a saber: *a)* la renuncia al uso de insumos analíticos propios del derecho para explicar el fenómeno jurídico, y *b)* el rechazo a las construcciones teóricas en torno a la sistematización de categorías jurídicas.[100] En este sentido, dado que la aplicación de herramientas económicas para examinar las reglas jurídicas, procedimientos legales e instituciones jurídicas es compatible con la tesis sostenida en *a)*, autores como Vázquez,[101] Roemer,[102] Kitch[103] y Brian Leiter[104] han insinuado que el análisis económico del derecho se basa en el programa del realismo jurídico y que, incluso, puede ser considerado una continuación de la agenda de este movimiento.

La caracterización de las teorías acerca de la naturaleza del derecho como modelos interpretativos del fenómeno jurídico permite comparar y

---

99 *Cfr*. Cooter, R. D. y Ulen, T., *Law &…*, *cit*., pp. 561 y 562.

100 *Cfr*. Sucar, G., *Concepciones del…*, *cit*., p. 200.

101 *Cfr*. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad…*, *cit*., pp. 109 y 110; *id*., Vázquez, Rodolfo, "Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho", *Isonomía*, núm. 5, 1996, pp. 143-152; también incluido en Roemer (comp.), *Derecho y economía…*, *cit*., p. 145.

102 *Cfr*. Roemer, A., *Introducción al…*, *cit*., p. 10.

103 *Cfr*. Kitch, E. W., "The Intellectual…", *cit*., p. 52.

104 *Cfr*. Leiter, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; en español: *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de G. Battista Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 35 y 143.

establecer relaciones entre teorías generales. Así, por ejemplo, se puede señalar que el modelo interpretativo propuesto por Lewellyn —exponente significativo del realismo jurídico estadounidense— y los dos modelos construidos por el análisis económico del derecho cuentan con juicios de relevancia y estructuras diferentes.

En primer lugar, el modelo interpretativo del fenómeno jurídico que ofrece Lewellyn tiene como juicio de relevancia la conducta de las personas facultadas para aplicar el derecho. La estructura del modelo interpretativo la conforman las reglas de papel y las reglas reales como variables que configuran las relaciones posibles entre el contenido de las leyes y la toma de decisiones por parte de las autoridades jurisdiccionales.

En segundo lugar, el modelo interpretativo del análisis económico del *comportamiento regulado* tiene como juicio de relevancia un conjunto de reglas jurídicas y la conducta de sus destinatarios. La estructura de este modelo la conforman tres ideas: *a)* las personas actúan como maximizadores racionales de su bienestar, *b)* las reglas jurídicas establecen precios o beneficios (subsidios o recompensas) dirigidos a sus destinatarios, y *c)* los agentes modifican su conducta con el propósito de evitar el costo u obtener el beneficio de la ley. A su vez, el modelo interpretativo del análisis económico positivo del *comportamiento regulatorio* tiene como juicio de relevancia un conjunto de reglas jurídicas y el comportamiento de las partes cuando se actualiza una disputa jurídica. La estructura de este modelo interpretativo del fenómeno jurídico la conforman tres supuestos: *a)* el caso en que ninguna de las partes tiene interés en litigios futuros, *b)* el caso en que sólo una de las partes tiene interés en litigios futuros, y *c)* el caso en que ambas partes tienen interés en litigios futuros y el derecho tiende a la eficiencia.

El interés que reviste la comparación es mostrar que la sugerencia de que el análisis económico del derecho es una continuación del programa del realismo jurídico estadounidense puede ser una *sobre-simplificación*. La sugerencia es insatisfactoria porque: 1) desde el análisis económico del derecho, existen explicaciones teóricas del fenómeno jurídico con carta de ciudadanía como teorías acerca de la naturaleza del derecho, y 2) no hay una relación directa entre la teoría acerca de la naturaleza del derecho expuesta como variante paradigmática del realismo jurídico estadounidense y las proporcionadas por el análisis económico del derecho. En otras palabras, dicho análisis *no* presupone una teoría acerca de la naturaleza del derecho de corte realista y *tampoco* ofrece alguna teoría acerca de la naturaleza del derecho similar a la construida desde el realismo jurídico estadounidense. La única semejanza que se da entre los modelos interpretativos contrastados es que la representación que ofrecen tiene como propósito hacer manifiesta

la comprensión del derecho. En este caso, la diferencia entre una y otra de las teorías jurídicas mencionadas se da por el juicio de relevancia y la estructura de los modelos interpretativos.

VI. Bibliografía

Becker, G. S., *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 1959.

———, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 3, 76, 1968, trad. de E. Lozano y R. Galván, "Crimen y castigo: un enfoque económico", en Roemer, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

Bix, B., "Conceptual Questions and Jurisprudence", *Legal Theory*, 1, 1995, trad. de L. Manrique, "Interrogantes conceptuales y teoría del derecho", 2006.

———, *Teoría del derecho: ambiciones y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

Bobbio, N., "Naturaleza y función de la teoría del derecho", 1962, en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, 3a. ed., México, Cajica, 2006, título original: "Nature et fonction de la philosophie du droit", *Archives de Philosophie du Drit*, 7, también incluido en versión italiana: "Natura e funzione della filosofia del diritto", en Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunitá, 1965; en español: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, y revisión técnica de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

———, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunitá, 1965; en español: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, y revisión técnica de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1965.

———, *Contribución a la teoría del derecho*, 3a. ed., México, Cajica, 2006.

Calabresi, G., "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, 4, 70, 1961.

———, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Nueva Heaven, Yale University Press, 1970.

Casanovas, P. y Moreso, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

CERDIO HERRÁN, J. A., "Modelos, las revoluciones y teoría jurídica a propósito del libro del profesor Ulises Schmill", *Isonomía*, núm. 34, 2011.

COASE, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960.

COOTER, R. D., "The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law", *Notre Dame Law Review*, 1989; en español: "Las mejores leyes correctas: fundamentos axiológicos del análisis económico del derecho", trad. de H. Garduño, J. Robles y N. Velandia, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

——— y ULEN, T., *Law & Economics*, 6a. ed., Boston, Pearson Education, 2012, trad. de Eduardo Suárez, *Derecho y economía*, en FRANCO GONZÁLEZ, María Teresa (ed.), 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

———, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

———, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press, 2006; en español: *La justicia en toga*, trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, Madrid, Marcial Pons, 2007.

———, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

GARCÍA GARCÍA, A. y ZAVALA RUBACH, D., *Derecho y economía*, México-Oxford, 2009.

GUIBOURG, R. A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue Universidad, 2004.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, trad. de G. N. Carrió, *El concepto de derecho*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

HOLMES, O. W., "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897.

HOSPERS, J., *An Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1967, trad. de J. C. Armero San José, revisión de N. Miguenz, *Introducción al análisis filosófico*, Madrid, Alianza Universidad, 1980, 2 vols.

KALDOR, N. y HICKS, J. R., "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *Economic Journal*, 1939.

KITCH, E. W., "The Intellectual Foundations of Law and Economics", *Journal of Legal Education*, vol. 33, núm. 2, junio de 1983; en español: "Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho", trad. de H. Garduño, M. A. González y J. Trejo, 2000.

KORNHAUSER, L. A., *The New Economic Analysis of Law: Legal Rules as Incentives*, en MERCURO, N. (ed.), 1989, trad. de F. Maya y E. Domínguez, "El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos", en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

———, "The Economic Analysis of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, por publicarse en Internet *https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/legal-econanalysis/*

LEBRECHT, N., *Why Mahler? How One Man and Ten Symphonies Changed the World*, Londres, Faber & Faber, 2010, trad de B. Zitman Roos, *¿Por qué Mahler? Cómo un hombre y diez sinfonías cambiaron el mundo*, Madrid, Alianza, 2011.

LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 2007; en español: *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de G. Battista Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2012.

LEWELLYN, K. N., "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930, reimp. *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, University Chicago Press, 1962; en español: "Una teoría del derecho realista: el siguiente paso", en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. de P. Casanovas, Barcelona, Crítica, 1994.

———, "Law and the Social Sciences: Especially Sociology", *Harvard Law Review*, 8, 62, 1949.

MERCURO, N. (comp.), *Law and Economics*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1989.

POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1973.

———, "Utilitarism, Economics, and Legal Theory", *The Journal of Legal Studies*, 1, 8, 1979a, trad. de E. Chávez, "Utilitarismo: economía y teoría jurídica", en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

———, "Some Uses and Abuses of Economycs in Law", *The University of Chicago Law Review*, 2, 4, 1979b, trad. de M. Vargas y M. Macías, "Usos y abusos de la teoría económica en el derecho", en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

———, "The Law and Economics Movement", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 2, 77, 1987, trad. de F. Maya y J. Coarasa, "El movimiento del análisis económico del derecho", en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

PRIEST, G. L., "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *The Journal of Legal Studies*, 1, 6, 1977, trad. de M. del Razo *et al.*, "El proceso en el derecho consuetudinario y la elección de normas jurídicas eficientes", en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

ROEMER, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

———, "Réplica a los comentarios de Rodolfo Vázquez", *Isonomía*, núm. 5, 1996.

——— (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

ROWLEY, C. K., "Public Choice and the Economic Analysis of Law", en MERCURO, N. (comp.), *Law and Economics*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, 1989.

RUBIN, P. H., "Why is Common Law Efficient?", *The Journal of Legal Studies*, 51, 6, 1987; en español: "¿Por qué es eficiente el derecho consuetudinario?", trad. de E. Domínguez, M. Pérez, y A. Zayat, en ROEMER, A. (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

SEIDEWITZ, E., "What Models Mean", *IEEE Software*, 5, 20, 2003.

SUCAR, G., *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

SHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.

SUNSTEIN, C. R., "Behavioral Analysis of Law", *University of Chicago Law Review*, 4, 64, 1997.

VÁZQUEZ, Rodolfo, "Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho", *Isonomía*, núm. 5, 1996, también incluido en ROEMER (comp.), *Derecho y economía: una revisión a la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Fondo de Cultura Económica, 2000.

———, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008.

———, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, México, Trotta y Colofón, 2010.

WRIGHT, G. H. VON, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.

———, *Explanation and Understanding*, Nueva York, Cornell University Press, 1971; en español: *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñon, Madrid, Alianza, 1980.

DERECHOS HUMANOS, LAICIDAD Y EDUCACIÓN

DERECHOS SOCIALES Y DESIGUALDAD EN LA OBRA DE RODOLFO VÁZQUEZ

Ernesto Abril*

Un mundo termina cuando su metáfora ha muerto.
Una época se vuelve época, y mucho más,
Cuando poetas sensuales en su orgullo inventan
Emblemas para el contenido del alma
Que dicen los significados que los hombres jamás conocerán
Pero que imágenes hechas por el hombre podrán mostrar:
Perece cuando esas imágenes, aunque vistas,
Ya no significan nada.[1]

…después de 1980, por la teología imperante del libre mercado que presionaba para que se transfiriese el empleo a formas de empresas maximizadoras del beneficio, en especial a las privadas, que, por definición, no tomaban en cuenta otro interés que el suyo propio en términos estrictamente pecuniarios. Esto significó, entre otras cosas, que los gobiernos y otras entidades públicas dejaron de ser contratistas de trabajo en última instancia.[2] El declive del sindicalismo, debilitado tanto por la depresión económica como por la hostilidad de los gobiernos neoliberales, aceleró este proceso, puesto que una de las funciones que más cuidaba era precisamente la protección del empleo.[3]

* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

1 Archibald MacLeish, "The Metaphor", citado por Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 7. Cito esta parte del poema porque, como reiteradas veces supo decir el profesor Eugenio Bulygin, resulta destacable la desviada tendencia de los juristas a usar metáforas con diversas cargas emotivas a la hora de brindar sus explicaciones.

2 International Labour Office, *World Labour Report 1989*, Ginebra, 1989, p. 48.

3 Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2015, p. 356. Uso esta parte del texto porque su autor ofrece el dato histórico del origen de la vigencia de la política neoliberal.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La primacía de los derechos individuales y sus consecuencias*. III. *Joseph Raz y la idea de primacía de los deberes sobre los derechos*. IV. *Sobre los presupuestos que generan la disputa*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo quinto de su libro, el profesor Vázquez indica dos proposiciones relativas a la tipología adjudicada a los derechos sociales (en adelante DS) que, en términos generales, comparto. Así, indica:[4] 1) que estructuralmente carece de sentido distinguir entre derechos civiles y políticos o sea los que Isaiah Berlin —según se sostiene— relacionó con la necesidad de la libertad "positiva" y los DS que resultan limitados por el principio de la libertad "negativa",[5] y 2) que ese contraste no se sostiene por la manera indebida de establecer diferencias entre ambos principios. Todo ello, con el objeto de confrontar el primer principio con aquello relativo a la igualdad como elemento necesario y suficiente que le impone al Estado fuertes restricciones en la protección o fomento de los DS.[6]

La primacía de los derechos civiles y políticos encontró firme fundamento en los principios políticos del liberalismo y su correlativa influencia en determinada moralidad entendida como doctrina de deberes como tradicional concepción del derecho natural en una cultura caracterizada por la existencia de derechos fundamentales. Estos últimos son derechos que proporcionan razones justificatorias a gobiernos que sólo protegen aquellos que se presentan como civiles y políticos. En otros términos, respecto de los DS establece particulares límites frente a cualquier intento de afectarlos, aun cuando las decisiones de la comunidad puedan mejorar la situación de la mayoría de quienes la integran.[7] La influencia de la obra de Locke determinó la efectiva vigencia de leyes que constituyeron los fundamentos de las

---

4 Vázquez, Rodolfo, "Derechos sociales y desigualdad", *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, pp. 97 y 98.

5 Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza, 2001.

6 Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 132-146 y 399-427.

7 *Ibidem*, pp. 401, donde sostiene: "…afirmar que algunos intereses de determinadas personas son tan importantes que es menester protegerlos aun de las políticas que, en efecto, harían que la gente en su conjunto estuviera mejor".

ideas políticas de libertad individual así como restricción a las decisiones de los gobiernos. En lo sucesivo, estos derechos individuales pasaron a considerarse como inherentes a la naturaleza del hombre y por tanto, preceden a toda forma de asociación colectiva.[8]

II. La primacía de los derechos individuales y sus consecuencias

La primacía conferida a estos derechos civiles y políticos provocó resultados paradójicos. Así, por un lado, se estimó que la idea de DS resulta incompatible con los derechos individuales al punto que a los últimos se los califica como "cartas de triunfo".[9] Y en segundo lugar, al creer que los derechos individuales preceden a toda forma de organización política, le resulta imposible —sin incurrir en contradicción— sustentar que un Estado constitucional de derecho tenga facultades para promover y defender esos derechos sociales.

A su tiempo, el positivismo jurídico clásico rechazó esa doctrina del derecho natural para introducir la idea de un derecho entendido como expresión de una voluntad de la autoridad soberana y, del mismo modo, reconocer la autonomía del derecho respecto de la moral y la política. Esta nueva teoría privilegió el aspecto estrictamente jurídico de los derechos al vincularlos con una interpretación dogmática de la ley y del principio de legalidad. Si ellos son una muestra de la expresión de deseos o expectativas de un pueblo soberano, el concepto de ciudadanía se define por su pertenencia a la comunidad. A su vez, el derecho se transforma en instrumento de los ciudadanos para promover cambios en la conformación de la propia organización social. Pese a todo, se mantiene la idea de que los DS no pueden constituir parte del derecho positivo —aun cuando integren la parte sustantiva de la Constitución— por no estar incorporados en la práctica institucional y su consecuente difusa exigibilidad. De esta forma, perdura la idea de ver los derechos individuales como consecuencia de acuerdos o contratos entre

[8] *Idem*, "La obligación política forma parte de este tópico porque surge de una relación que se da entre los sujetos que comparten la pertenencia a una comunidad política. Pero marca la transición de lo personal a lo político, porque los ciudadanos se eximen en parte de sus obligaciones políticas a través de una *entidad colectiva artificial separada*. Las comunidades políticas sólo son reuniones de individuos pero algunos de estos tienen papeles y poderes especiales que les permiten actuar, por sí solos o en conjunto en nombre de toda la comunidad" (lo destacado en cursiva me pertenece).

[9] *Ibidem*, pp. 400 y 401.

sujetos determinados, en tanto disponen de una efectiva protección jurídica. Esta idea de los derechos forma parte de una concepción jurídica similar a la sostenida por Hohfeld en su teoría de los opuestos jurídicos. Conforme a ella, los derechos subjetivos se caracterizan por mantener su correlatividad respecto a deberes u obligaciones.[10] De esta forma, el liberalismo presenta una versión atomizada del individuo que, en conjunto, opera con una noción de ciudadanía no caracterizada por la pertenencia a la comunidad sino con la satisfacción de un supuesto autointerés.[11] Con idéntico criterio, Fernando Atria supo expresar que "…la noción de 'derechos' en algún sentido implica recortar la situación de dos personas, el acreedor y el deudor, y separarla del resto de las consideraciones morales válidas...".[12] Asimismo, sostiene este autor, que la correspondencia *derecho-deber* no puede aplicarse en relación a la noción de los DS porque éstos sólo especifican al sujeto portador de los mismos y tal característica resulta insuficiente para establecer quién tiene el correlativo deber de satisfacerlos. Así, para ratificar esta idea, Atria imagina a una persona desempleada que reclama su derecho a trabajar y, ante ello, se pregunta: ¿quién es el sujeto obligado a satisfacer esa demanda? Su conclusión es que, al no determinar la norma tal requisito, se acredita su imposibilidad de exigir coactivamente el cumplimiento de esa obligación. Por eso, este expositor señala que es: "…crucial para que podamos hablar de derecho subjetivo… la posición en la que se encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida".[13] Esta misma vulnerabilidad que se atribuye a los DS es

---

[10] Hohfeld, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", trad. de Genaro R. Carrió, con nota preliminar, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 1992. Corresponde destacar que, a pesar de la precisa exposición efectuada en la citada obra, se afirma que en su interpretación se ocultan enfrentamientos entre dos teorías distintas acerca del fundamento extra-jurídico de los derechos subjetivos y para mayor información remito a Moreso, Josep Joan y Vilajosana, Josep María, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 184.

[11] Véase Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 399 donde sostiene en relación al párrafo anterior: "…debemos reconocer —refiriendo a la política— un sector distinto del valor: la moral política. La ética estudia cuál es la mejor manera que tiene la gente de manejar su responsabilidad de vivir bien, y la moral personal, que debe cada uno, como individuo a los demás. La moral política, en contraste, estudia qué debemos todos juntos a los otros como individuos, cuando actuamos en esa *persona colectiva artificial* y en su nombre" (cursivas agregadas).

[12] Atria, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", *Revista Virtual Cartapacio de Derecho*, Buenos Aires, vol. 4, 2003, pp. 24 y ss.

[13] *Ibidem*, p. 22. Esta tesis muestra que Atria no acepta la idea de la existencia de daños estructurales que fundamentan procesos judiciales en los cuales se presentan. Ejemplos de los mismos, pueden encontrarse en nuestra jurisprudencia en casos resueltos por nuestra CSJN, a saber: *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, fallos 328:1146, sentencia del 3 mayo de 2005

lo que obstaculiza su realización y motiva que Carlos Rosenkrantz sostenga la necesidad de evaluar con seriedad la conveniencia de eliminarlos de la nómina de derechos con rango constitucional. Y, para fundar tal extrema conclusión, afirma: "la existencia de derechos constitucionales que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la Constitución".[14]

III. Joseph Raz y la idea de primacía de los deberes sobre los derechos

Por lo expuesto, resulta que el análisis liberal de los derechos —contra las percepciones habituales— conduce a sustentar que no existen derechos sociales. Y que, por definición, los derechos individuales y los sociales se excluyen mutuamente. Ello hace posible comprender el intento de Joseph Raz por señalar la necesidad de una teoría de los derechos que pueda generar un concepto más general de los mismos. Conforme a ese objetivo, Raz manifiesta que ella debe exponer las relaciones entre diferentes nociones de "derechos", tal como se presentan en diversos contextos, es decir, tanto en el específico lenguaje jurídico, como en la política y la moral. En función de esto considera que es posible identificar diversas clases de derechos, es decir, de algunos que tienen carácter institucional frente a otros que carecen de esa cualidad.

Los mencionados en primer término se muestran como derechos jurídicos, en especial, cuando son parte de sistemas normativos que tienen determinado su ámbito de aplicación, como sucede con los partidos políticos, las asociaciones deportivas, las instituciones educativas, etcétera. Por el contrario, el otro tipo de derechos, se vincularía con convenciones aceptadas de acuerdo a costumbres de una determinada comunidad o grupo

---

y *Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c. /Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo*, fallos 329-2316, sentencia del 20 de junio de 2006. A su vez, las ideas de Atria son puestas en duda por Fiss, Owen, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 38 y ss. Sin embargo, Atria parece seguir esta tesis en su libro del año 2014, *Los derechos sociales y la educación*, al adoptar la tesis de Marshall sobre las instituciones que reconocen que los DS tienen un régimen (de "lo público") que los distingue de aquellos bienes de consumo sometidos a las reglas mercantiles (incluido en Marshall, T. H. y Bottomore, Tom, *Ciudadanía y Clase Social*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 15-82).

[14] Rozenkrantz, Carlos, "La pobreza, la ley y la Constitución", en Bullard, A. *et al.*, *El derecho como objeto e instrumentos del cambio social*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2003, p. 247.

social.[15] Al mismo tiempo, se observan muchas disposiciones sociales que no se caracterizan por su pertenencia a un sistema normativo y los derechos que ellas confieren no pueden reclamarse ante los Tribunales. Agrega que son muchas las personas que comparten la idea, respecto de los derechos humanos fundamentales, que todos los detentan con independencia de su reconocimiento en la práctica jurídica.

La noción de derecho es seleccionada como elemento a partir del cual Raz inicia su análisis de los mismos y que —sostiene— de todos los sistemas institucionalizados resulta ser el que presenta determinaciones más articuladas y rotundas. Pero si tal es el punto de partida para lograr una noción más precisa de los derechos jurídicos, nuestra atención requiere volver a centrarse en la idea de conflicto de intereses. Con ello, según estimo, indebidamente se retorna a atribuir a los mismos un carácter exclusivamente adversarial.

Estas dificultades que produce la ortodoxia liberal son las que hacen posible que una concepción socialista del derecho sostenga que el lenguaje de los derechos no es adecuado para describir las distintas características y fines del Estado. De allí que Raz intente defender cierta idea de primacía de los deberes sobre los derechos y además, considere que la ciudadanía, por definición, se vincula con la pertenencia a una comunidad.[16] De este modo,

---

[15] Es importante para comprender que el término americano *community* no es un exacto sinónimo del término *comunidad* en castellano, ni del francés *communauté*, ni del alemán *Gemeinschaft*. Es significativo que en alemán se usa el término *Kommunitarismus* para evocar la corriente comunitaria americana. En Estados Unidos la palabra refiere tanto a la comunidad política en el sentido global, como a las subcomunidades culturales, religiosas o étnicas que aquella comprende. En su acepción más simple, la *community* es un conjunto de individuos en estado de interdependencia, ligados entre sí por las costumbres, los hábitos y las situaciones existenciales comunes que, por este hecho, se encuentran dirigidos a debatir y decidir igualmente en común. Al respecto se define la "comunidad", en Bellah, Robert *et al.*, *Habits of the Heart*, Berkeley, University of California Press, 2008, p. 393, como "un grupo de personas que dependen socialmente unas de otras que participan juntas en los debates y en la toma de decisiones que comparten ciertas *prácticas* que, a la vez, definen la comunidad y son alimentados por ella. Una comunidad de este tipo no se forma rápidamente. Casi siempre posee una historia y en este sentido es también una comunidad de memoria, definida en parte por su pasado y su memoria de este pasado".

[16] Gargarella, Roberto A., "Derecho y disociación. Un comentario a '¿Existen derechos sociales?' de Fernando Atria", *Discusiones*, Bahía Blanca, núm. 4, 2005, pp. 61-70, disponible en *http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcnp2d9*. Allí nos dice, en otros términos, que los derechos individuales que nacieron con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, según una mezcla de motivos moralmente más atractivos que otros (barrera para despotismos y custodiar la distribución desigual de la propiedad), hoy son afectados por derechos humanos en tanto poderoso instrumento en manos de los más desaventajados que, por medio de ellos, pueden poner detrás de las rejas a militares autoritarios, a dictadores de toda clase, o a prepotentes millonarios.

aquello que permitiría justificar una asociación humana —cualquiera sea su forma— debe contribuir a eliminar la desigualdad y toda división de los hombres en estratos o clases. De esa manera, acorde a la interpretación socialista, el lenguaje de los derechos y los deberes no alude solamente a conflictos entre acreedor y deudor, sino, a la necesidad de que existan mutuos compromisos. No obstante, parece ocioso sostener que la primacía de los deberes sobre los derechos sigue sin generar precisión respecto de la noción de estos últimos. Pero al mismo tiempo, tampoco resulta posible inferir que ella sea una noción carente de sentido. Esto así, porque si sostenemos que existe un deber social de eliminar la desigualdad es, necesariamente, en tanto se verifica un correlativo derecho para que los individuos sean tratados como iguales. En esa misma dirección, Raz refiere a problemas involucrados en un análisis que pretenda oponerse a la preeminencia del papel de los derechos. La concepción que se oponga al liberalismo, según sostiene, sólo podrá circunscribir sus argumentos a criticar las consecuencias incoherentes y equívocas de su análisis de los derechos, pero no puede privar de relevancia al rol de los mismos, tanto sea en cuestiones teóricas como prácticas.

Ciertamente, conforme a la apreciación común, los derechos aluden a buenos propósitos; generan beneficios y, en consecuencia, poseen un valor para el sujeto portador del mismo. Contrariamente, el deber sólo se justifica si contribuye a proteger o promover algún derecho, lo que hace posible sostener que los deberes concluyen por ser dependientes o derivados de los derechos. Pese a ello, Raz insiste en proponer un análisis que supere estas dificultades conceptuales y, en consecuencia, defiende una versión de liberalismo de bienestar en términos de primacía de los deberes, según la cual, tendría sentido afirmar que una persona tiene deberes que sirven a su propio interés; al respecto señala:

> Si existen deberes para con uno mismo, esto significa que no todos los deberes surgen de derechos, ya que claramente un ser humano no puede tener derechos oponibles a sí mismo. Las concepciones actuales del bienestar individual consideran problemática la idea de los deberes para con uno mismo. Los deberes sólo pueden basarse en razones categóricas.[17]

Sin embargo, mantiene que ellos no tienen derechos sobre los bienes comunes y tampoco proporcionan una prueba convincente de la primacía de los deberes. Esto al estimar que es normal que las autoridades públicas

[17] Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 45.

sean garantes directos en el cumplimiento del deber de proteger los bienes comunes.

A su vez, los ciudadanos son portadores de demandas, expectativas o derechos que hacen posible justificar esos deberes. Para mayor precisión, al tiempo de caracterizar el sentido prioritario que Raz otorga al deber, cita el caso de los deberes de respeto, ayuda y solidaridad originados en relaciones filiales, de amor o de amistad. Vinculado a lo anterior, sostiene que en esa clase de relaciones

> Los derechos se orientan a obtener resultados. Son adecuados para contextos en los cuales lo que resulta más importante es la manera en que las acciones de una persona afectan los intereses de otra. Si por otra parte, lo más importante es que respetemos, ayudemos, etcétera, a otra persona por amistad, amor, u otro motivo especial, los derechos están fuera de lugar.[18]

Tal conclusión sería válida si es que se vuelve a caracterizar los derechos por su naturaleza adversativa. Superar este déficit conceptual tendría relación con un concepto general de los derechos que pudiese prescindir de la idea de conflicto de intereses y por ello, considero que el análisis de Raz no logra proporcionar tal concepto.[19] Concluir que no hay derechos dentro del matrimonio o la amistad parece contradecir lo que habitualmente se entiende por esa clase de relaciones humanas. Así, por ejemplo, sucede con la amistad cuando se la caracteriza con ciertos discernimientos mutuos y sentimientos recíprocos. Sentimos afecto por nuestros amigos y deseamos su bien. Solemos esperar que sus planes se cumplan y nos comprometemos de maneras diversas cuando se proponen alcanzar ciertos fines. Esto muestra que la amistad es una forma de conocimiento reciproco y no una mera cuestión de deseo individual. Cuando se delibera con un amigo se admite, de

---

[18] *Ibidem*, p. 48. El texto es explicado en cita de página donde Raz sostiene: "Surgen dificultades que conducen a soluciones complicadas con los casos en que, aunque sea mejor que un acto se realice por el motivo adecuado, es preferible que se haga a que no. No es necesario examinar tales casos en el presente".

[19] Al respecto estimo importante retornar a la cuestión que denomino "adversarial", la cual Lon Fuller afirma sólo encuentra legitimidad de la adjudicación en una forma individualista de consentimiento, tal como tener derecho a participar en el proceso. Frente a esta postura, Finnis manifestó que no puede concebirse la actividad de los tribunales en forma aislada sino como "una fuente coordinada de poder estatal y como parte integral del sistema político en toda su extensión", tal como ocurrió en litigios que llama estructurales, tal el caso de *Brown v. Board of Education* ante problemas de desagregación en el sistema escolar. *Cfr.* Fuller, Lon, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 92, núm. 2, 1978, pp. 353-409; Fiss, Owen, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 83 y ss.

algún modo, que él puede comprender algo que ignoro o bien, que conoce mejor la manera que, en determinadas ocasiones, puedo comprometer mi propia identidad frente a las alternativas que se me presentan. Es, en suma, admitir que el amigo llega a conocernos más de lo que sabemos de nosotros mismo.

No obstante, corresponde admitir que son correctas ciertas críticas acerca de la identificación de los derechos con los intereses y, sin embargo, sustentar que es posible tener un interés en la obtención de algo, sin que ello implique tener un derecho. Así, al hablar de la existencia de un derecho, el interés constituye una razón suficiente para justificar el deber de otra persona de satisfacerlo. El hecho de que el deber se encuentre justificado pasa a depender no sólo de la ponderación del interés del sujeto al que favorece, sino de los intereses del sujeto del deber que pueden resultar perjudicados por su cumplimiento. La apreciación del bienestar de las partes involucradas en la satisfacción de un derecho demostraría el carácter interpersonal de los derechos.[20] El análisis de los derechos en función de una evaluación del bienestar, corresponde al plano de la moralidad social porque tal evaluación se da en función de principios o reglas compartidas por instituciones o grupos de individuos.[21] Comprender las demandas que son expresión de los DS, no exige que ellos dispongan del mismo tipo de exigibilidad que los derechos subjetivos, tal como describe el neoliberalismo. Por eso, esta parte del análisis tiene el propósito de asumir la defensa de cierta armonía o selección que haga posible articular la disputa entre liberalismo y socialismo en relación al concepto de derecho que integre, de modo más o menos sistemático, aspectos valiosos de cada una de las posiciones en conflicto. Tal conciliación presupone cierto modelo de análisis cuyo fundamento pueda conducir a elaborar una red de conceptos relacionados entre sí, respecto de aquel que se desea considerar. A su vez, es una propuesta de relacionar esa red de conceptos específicos con otros que se desprenden de la representación del mundo y tienden a facilitar un sentido común, conforme al cual, el estudio de la cuestión no debe apartarse de un uso habitual de los conceptos examinados.

---

[20] *Cfr.* Raz, Joseph, *La ética en el ámbito público*, *cit.*, p. 49.

[21] Un argumento similar encuentro en el último libro traducido de A. Honneth, *El derecho de la libertad.* Siguiendo las reflexiones de Hegel sobre la filosofía del derecho, el sociólogo alemán sostiene, a grandes rasgos, que la libertad negativa y reflexiva del individuo, sólo puede garantizarse en el marco de una libertad social o, lo que sería equivalente, de una eticidad democrática: una red de instituciones sociales, políticas y económicas que sirven de condición de posibilidad para el ejercicio de la libertad de los individuos. *Cfr.* Honneth, Axel, *El derecho de la libertad*, Buenos Aires, Katz, 2014, pp. 83-87.

IV. Sobre los presupuestos que generan la disputa

De lo expuesto es posible verificar las principales dificultades que advierto al analizar el concepto de derechos y sostengo que ellas tienen origen en dos presupuestos fundamentales, a saber:

El *primero* se relaciona con la noción de individuo antecedente, en tanto es uno de los problemas centrales de los argumentos liberales sobre los derechos. Ello motiva la exclusión de los DS por su concepción unilateral o atomista del individuo, es decir, por una descripción que prescinde de la comunidad a la que pertenece. Para la ideología a la que aludo, el ser humano se define por motivaciones o intereses egoístas y la sociedad sólo tendría un valor instrumental dado que los acuerdos sociales constituyen cargas impuestas por obtener fines privados. Es decir, en otros términos, el liberalismo favorece un sistema económico social que tiene como pilares fundamentales la propiedad privada, el contrato y el funcionamiento irrestricto del mercado, sin perjuicio de las diferencias que se advierten sobre la permisibilidad de la intervención del Estado en supuestos específicos. Ante semejante visión no pueden existir más derechos que los subjetivos y por ello, la idea de un derecho social concluye siendo autocontradictoria. Por esto, Michael Sandel afirma que el individuo que emerge de esta perspectiva es "…un sujeto epistemológicamente empobrecido en lo que respecta al 'yo', conceptualmente mal equipado para dedicarse al tipo de reflexión capaz de llevarlo más allá de una atención a sus preferencia y deseos, y para contemplar, y de esta manera volver a describir, al sujeto que los contiene".[22] Esto es una consecuencia de la limitación que adjudican a la ética liberal tanto Rawls como Dworkin dado que, conforme a sus ideas, no existe posibilidad de conocimiento de uno mismo, en tanto sus limites cognitivos se adoptan *ex ante*.[23]

Con esta imagen del ser humano, las ideas liberales prescinden de la influencia de aspectos relevantes de la experiencia moral que es constitutiva de su personalidad, de sus convicciones, sentimientos y compromisos.

Estos atributos son los que definen a cada sujeto particular pero, en gran medida, constituyen el resultado de su pertenencia a una sociedad. Por el contrario, si admitimos que nuestras comunes prácticas lingüísticas

---

[22] Sandel, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 192 y ss.

[23] Rawls, John, "The Basic structure as subject", *American Philosophical Quarterly*, Illinois, núm. 14, 1997, pp. 159-165; Dworkin, Ronald, "Liberalism", en Hampshire, S. (comp.), *Public and Private Morality*, Cambridge, 1978, pp. 114-143.

aluden a rasgos característicos de nuestra naturaleza, corresponde concluir que la noción de derechos tiene que ser definitivamente social y relacionada con un compromiso entre los seres humanos respecto de las actitudes interpersonales ordinarias.[24] Desde esta perspectiva, los límites de la identidad se muestran abiertos y sometidos —en mayor o menor medida— al escrutinio. El conocimiento de sí mismo no puede caracterizarse como un proceso estrictamente privado y por tanto, nos encontramos ante un conocimiento ni tan *transparente* para uno, ni tan *opaco* para los demás.[25] Tal concepción de las personas las coloca fuera del ámbito público y por tal razón Sandel sostiene que para ellas la agencia humana es sólo una premisa política y no constituye parte de sus logros u objetivos. "El 'yo' deontológico, despojado de todos los lazos constitutivos posibles, no es un 'yo' liberado sino un 'yo' privado de poder".[26] Por el contrario, una perspectiva normal del individuo concluye que su identidad personal no se encuentra anticipadamente determinada y que, en parte, depende del tipo de experiencia que contribuye a su formación. A ello, se agrega que tanto los eventos "privados" como los "públicos" son parte de la experiencia y constituyen un rol decisivo para la conformación del "yo". Desde esta visión, si es que la política no incluye entre sus fines la satisfacción de expectativas ordinarias de miembros de la sociedad —generadas en intereses y necesidades básicas— tenderá a provocar decepciones y distorsiones. Al conocimiento de los bienes comunes no se accede en soledad, sino que es el resultado de nuestras relaciones interpersonales.[27] Nuestras disposiciones regulares hacia las acciones de otros no sólo son actitudes reactivas personales de gratitud o resentimiento sino que también comprenden actitudes generales o impersonales de indignación o

---

[24] Al respecto aprecio que el vocabulario final de todos nosotros no es otro que aquel en el cual los proyecto de largo aliento son formulados, donde las esperanzas profundas y los miedos son expresados y nuestra historia de vida es contada, tal como, según entiendo, lo expresa en otros términos Rorty, R., *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 13 y 73.

[25] Sandel, Michael, *op. cit.,* p. 224. Las similitudes que presenta el argumento de Sandel con el paradigma de la intersubjetividad propuesto por Jürgen Habermas son notorias y muy significativas. Para un análisis pormenorizado de la constitución intersubjetiva de la identidad, recomiendo la lectura que hace Habermas de Mead en su artículo "Individuación por vía de socialización. Sobre la teoría de la subjetividad de George Herbert Mead", *Pensamiento Postmetafísica*, México, Taurus, 1988, pp. 188-239.

[26] Sandel, Michael, *op. cit.*, p. 220. Esto porque, parafraseando a Sandel, todo sucede detrás de un velo de ignorancia donde no existe contrato ni acuerdo y es sólo una forma de descubrimiento, es decir, aquello no se desprende de una preferencia porque, dentro de ese contexto no es posible elegir fines que "correlativen" deseos prexistentes en orden a su valor y los medios que se disponen para satisfacerlos.

[27] *Ibidem*, p. 189.

desaprobación moral frente a la mala voluntad o indiferencia hacia los demás, aún en los casos en que el propio interés no se encuentre comprometido. De allí que podemos calificar como "morales" tales actitudes que determinan formas reactivas de gratitud frente a la buena voluntad de los demás hacia nosotros, y de resentimiento frente a la ofensa. A su vez, la noción de derechos sociales comprendería demandas o expectativas generales que formulamos por medio de actitudes reactivas impersonales de aprobación o desaprobación moral.[28]

El *segundo* presupuesto generador de dificultades en el análisis liberal de los derechos es su formalismo, en tanto se considera que la existencia de ellos es evidente por los requisitos establecidos para su ejercicio y exigibilidad.

Así, es necesario destacar que cuando referimos a la justicia social, lo hacemos respecto de una justicia distributiva y por tanto, no hay duda de que ella es parte constitutiva o atributo de las instituciones. También debido al contexto en que nos encontramos, no hablamos de un atributo de decisiones individuales que, en determinada resolución jurisdiccional, se estime como justa en tanto satisface lo dispuesto en el derecho. Al hacer esta precisión, la pregunta sobre la justicia de una institución se fundamenta en la forma en que distribuye beneficios y cargas. A este respecto, es un ejemplo relevante —vinculado a la educación— la forma de evaluar las instituciones. En ese contexto, al parecer tratamos de centrar nuestro análisis en cuál es el rol que el mismo satisface o afecta respecto de la transmisión de puestos de trabajo de una generación a otra. Y esto es así, porque al pensar, en este ámbito, el impacto del sistema de distribución, es posible verificar la forma en que afectan a muchos de los empleos pretendidos.

De esta forma, lo que procuramos es que un sistema educativo, más o menos equitativo, se destaque por los criterios de distribución en las oportunidades y, a su vez, el rendimiento que permita alcanzar la calificación exigida. Es decir, en otros términos, que la relación entre el sistema educativo y la forma de incorporar a las personas a puestos de trabajo deseables constituye un elemento *sine que non* para evaluar la forma de distribución de beneficios y las cargas que, en conjunto, producen. De este modo, con el mismo método es posible apreciar la justicia de otras instituciones.[29] Y

---

[28] Strawson, Peter, *Libertad y resentimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 37-67.

[29] *Cfr.* Barry Brian destaca la función de un sistema educativo vigente en determinada sociedad, cuando hace posible determinar si es que resulta justo o no, al vincularse con una política educativa que tienda a posibilitar el acceso a cargos calificados entre determinados estratos sociales reducidos o no, véase *Teorías de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 373 y ss.

tal reflexión es pertinente porque los derechos sociales operan en un nivel intermedio de moral institucional y no se expresan como acatamiento generado por temor a sanciones, sino que se tornan explícitos en demandas y disposiciones de aquello que requieren las instituciones al considerarlas justas. De otro modo, sostengo que los derechos sociales: *a*) no presuponen sanciones ni amenazas de las mismas y *b*) se expresan directamente en demandas y reivindicaciones de lo que se considera "justo" respecto de determinada institución.

Por ello, concluyo, explicar el concepto de derechos posiblemente requiera una abstracción más sistemática respecto a la naturaleza del hombre y de su situación moral. Conforme a Strawson, que "manifieste las relaciones que existen entre los diferentes compartimentos de nuestra vida intelectual y humana".[30]

Por último destaco que el debate entre liberalismo y socialismo puede ser producto de nuestra tendencia a idealizar formas de vida diferentes, que se confrontan y varían, no sólo de una persona a otra, sino con relación a una misma persona, en diferentes momentos y circunstancias de su vida. Por eso, estimo que tanto los defensores del liberalismo como los que apoyan ideas socialistas deberían asumir ciertas formas de mitigar lo que de complejo y diverso tienen respecto de formas de vida imaginables, para otorgar especial relieve a una de ellas sobre las demás. De ese modo, ambas posturas que producen la disputa son proposiciones que se infieren de formas disímiles para establecer nuestras comunes representaciones y de hacerlas ostensibles de un modo equilibrado y armonioso.[31]

V. Bibliografía

Abramovich, V. *et al.* (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.

———, *et al.* (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, Canadian International Development Agency, Ediciones del Puerto, 2007.

[30] Strawson, Peter, *Análisis y metafísica*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 57.

[31] *Cfr. Ibidem*, p. 70, al expresar que "…muchas de estas imágenes adquieren una prominencia equívoca de una sola imagen; se trata de la imagen ideal compuesta que pertenece a nuestras horas más frías, horas en las que a cada dios se le concede lo suyo y en las que se evita el conflicto por medio de una reordenación cuidadosa y una adecuada subordinación de cada parte a las demás".

ACKERMAN, Bruce, *La justicia social en el estado liberal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

———, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999.

AÑÓN, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.

ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

ATRIA, Fernando, "¿Existen derechos sociales?", *Revista Virtual Cartapacio de Derecho*, Buenos Aires, vol. 4, 2003.

BACQUÉ, Marie-Hélène y BIEWENER, Carole, *El empoderamiento: una acción progresiva que ha revolucionado la política y la sociedad*, Barcelona, Gedisa, 2015.

BARRY, Brian, *Teorías de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2001.

BELLAH, Robert *et al.*, *Habits of the Heart*, Berkeley, University of California Press, 2008.

BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.

———, "Liberalism", en HAMPSHIRE, S. (comp.), *Public and Private Morality*, Cambridge, 1978.

FISCHER, J.M, *et al.*, *Cuatro perspectivas sobre la libertad*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

FULLER, Lon, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 92, núm. 2, 1978.

GARGARELLA, Roberto A., "Derecho y disociación. Un comentario a '¿Existen derechos sociales?' de Fernando Atria", *Discusiones*, Bahía Blanca, núm. 4, 2005.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

HABERMAS, Jürgen, "Individuación por vía de socialización. Sobre la teoría de la subjetividad de George Herbert Mead", *Pensamiento postmetafísico*, México, Taurus, 1988.

HOBSBAWM, Eric, *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2015.

HOHFELD, W. N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", trad. de Genaro R. Carrió, con nota preliminar, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 1992.

HONNETH, Axel, *El derecho de la libertad*, Buenos Aires, Katz, 2014.

HUTCHENSON, Francis, *Escritos sobre la idea de virtud y sentido moral*, Madrid, CEPC, 1999.

MACINTYRE, Alasdair, *Justicia y racionalidad: conceptos y contextos*, 2a. ed., trad. de Alejo José G. Sison, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2001.

MACLEISH, Archibald, "The Metaphor", en BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

MORESO, Josep Joan y VILAJOSANA, Josep María, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

O'DONNELL, Guillermo, *Catacumbas*, Buenos Aires, Prometeo libros, 2008.

———, *Democracia, agencia y Estado. Teoría con intención comparativa*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2010.

POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005, Paidós Estado y Sociedad 134.

RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Política, 1993.

———, "The Basic Structure as Subject", *American Philosophical Quarterly*, Illinois, núm. 14, 1997.

RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.

———, *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

RORTY, R., *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, en castellano, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Madrid, Paidós, 1996.

ROZENKRANTZ, Carlos, "La pobreza, la ley y la Constitución", en BULLARD, A. *et al.*, *El derecho como objeto e instrumentos del cambio social*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2003.

SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000.

SEN, Amartya, *La idea de la Justicia*, Madrid, Taurus, 2009.

SIKKINK, Kathryn, *La cascada de la justicia*, Buenos Aires, Gedisa , 2013.

STRAWSON, Peter, *Libertad y resentimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.

———, *Análisis y metafísica*, Barcelona, Paidós, 1997.

SVAMPA, Maristella, *La sociedad excluyente: la Argentina bajo el signo del neoliberalismo*, Buenos Aires, Taurus, 2005.

VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 2003.

———, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.

———, "Derechos sociales y desigualdad", *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015.

VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

YOUNG, Iris Marion, *Responsabilidad por la justicia*, Madrid, Morata, Fundación Paideia Galiza, 2011.

LOS ESCENARIOS DE LA LAICIDAD: GRANDEZA Y MISERIA. UN COMENTARIO A "LAICIDAD, RELIGIÓN Y DELIBERACIÓN PÚBLICA"* DE RODOLFO VÁZQUEZ

Josep AGUILÓ REGLA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tipos de debate y gestión de conflictos*. III. *Laicidad y debate*.

I. INTRODUCCIÓN

En este breve escrito me propongo hacer un comentario al excelente trabajo de Rodolfo Vázquez "Laicidad, religión y deliberación pública". Quede claro desde el principio: comparto completamente el *iter* argumental de Rodolfo Vázquez, así como sus conclusiones. Él resume su posición en los siguientes términos:

> He tratado de defender y hacer explícita una línea de argumentación que justifica la existencia de un Estado laico tolerante y la necesidad de la deliberación pública en un régimen democrático. Ello con el fin de ofrecer una respuesta positiva a la pregunta de si es posible articular una noción de lo "racionalmente aceptable" que todos los ciudadanos puedan compartir. Sin duda, esta línea de argumentación reivindica la confianza en la razón y su capacidad argumentativa, y se compromete con la defensa coercitiva de los derechos humanos y el reconocimiento de la evidencia empírica proporcionada por la ciencia, proponiéndoles como los mejores candidatos a constituirse en *razones impersonalmente estimativas*. Un Estado laico debe partir del reconocimiento de tales premisas.

---

* El texto está incluido en el libro de Vázquez, Rodolfo *et al.*, *Democracia, religión y Constitución*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Fontamara, 2010.

** Universidad de Alicante.

Repito, comparto los planteamientos de Rodolfo Vázquez. Lo que me propongo hacer aquí es mostrar los dos escenarios posibles de la laicidad cuando se aborda la cuestión religiosa desde la perspectiva del debate público. Uno de esos escenarios encarnará la grandeza de la laicidad, por cuanto supondrá una solución sensata, correcta y equilibrada a la cuestión religiosa. El otro encarnará la miseria de la laicidad. ¿Por qué? Porque supondrá tratar de manera completamente asimétrica (y no justificada) a creyentes y no creyentes en perjuicio de estos últimos. Si tengo éxito en mostrar que este segundo escenario es abusivo respecto de los no creyentes, entonces más patente quedará todavía el carácter doblemente abusivo de la llamada "laicidad positiva" (que, como decía un buen amigo, "ni es laica ni es positiva").

Para conseguir mostrar con claridad estos dos escenarios voy a solicitar del lector que se deje llevar y haga dos operaciones intelectuales relativamente inversas, a propósito de dos cuestiones. La primera operación consistirá en desidealizar la noción de "deliberación pública"; se trata de concretarla en la más mundana de "debate" o de "debate público". Como se verá, sólo algunos de los tipos de debate que introduciré presentan características semejantes a las que suelen predicarse de "deliberación pública racional".[1] Esta operación nos permitirá introducir la distinción entre *debates actorales* y *debates temáticos* u *objetuales* y mostrar por qué algunas estrategias comunes en la gestión ordinaria de conflictos no son aplicables a la "cuestión religiosa". Esta peculiaridad de la "cuestión religiosa" estará en la base de los escenarios de la laicidad. La otra operación intelectual que propongo al lector tiene que ver con la historia de la "cuestión religiosa" y, en cierto sentido, viene a ser una operación inversa a la anterior. Ahora no se trata de concretar nada; sino, más bien, de hacer un esfuerzo de descontextualización o, si se quiere, de idealización: la operación consiste en imaginar que el pasado del que venimos *no* se ha caracterizado por ser de dominación religiosa, sino que nuestra experiencia colectiva ha sido la de la libertad religiosa y de creencias. En otras palabras, se trata de no dejar que los conflictos de poder vinculados a la historia de la "cuestión religiosa" (y sus infinitos combates por la dominación y la emancipación) impidan abordar el problema de la "correcta ordenación" de algunas dificultades que más adelante trataré de concretar.

---

[1] En este sentido, dentro del texto comentado, Rodolfo Vázquez alude a las "presuposiciones pragmático-formales que subyacen a la práctica de la deliberación pública: inclusión, simetría y reciprocidad entre los participantes, ausencia de coerción, libertad comunicativa, responsabilidad…", *Democracia, religión y Constitución, cit.*, p. 28.

Adentrémonos, pues, en los modos de debatir y, a continuación, en los escenarios de la laicidad.

II. Tipos de debate y gestión de conflictos

1. *Cuatro modos de debatir*

Debatir es argumentar en forma dialogada y, por definición, exige al menos la intervención de dos sujetos. Estos sujetos entablan una *relación social*. En función de la compatibilidad o incompatibilidad de los objetivos perseguidos por los sujetos que interactúan, las relaciones sociales pueden clasificarse en relaciones cooperativas y relaciones conflictivas. Esta distinción puede aplicarse también a los debates: hay *debates cooperativos* y *debates conflictivos*.

Las relaciones sociales cooperativas y conflictivas pueden clasificarse también en *actorales* y *objetuales*. Una relación es actoral cuando la razón por la que los sujetos cooperan o entran en conflicto está relacionada esencialmente con la identidad de los sujetos. Una relación es objetual cuando la razón por la que los sujetos cooperan o entran en conflicto está separada de la identidad de los sujetos y tiene que ver con el tema u objeto de cooperación o de conflicto. En consecuencia, los debates pueden clasificarse también en actorales y temáticos (u objetuales). Un debate es actoral cuando el foco de atención está puesto más en los sujetos que debaten que en el objeto del debate. Un debate es temático (u objetual) cuando el acento se pone en el objeto de debate y no tanto en los sujetos que debaten (se separa a las personas del problema que se debate).

De la combinación de las variables debate conflictivo/debate cooperativo y debate actoral/debate temático salen cuatro modos de debatir: 1) un debate conflictivo y actoral; 2) un debate conflictivo y temático; 3) un debate cooperativo y temático, y 4) un debate cooperativo y actoral. Esta ordenación responde a una graduación a partir de la variable conflicto/cooperación entre los interlocutores.[2] Así, mientras que "1" representa el nivel mayor de conflicto, "4" representa el mayor nivel de cooperación. En consecuencia, "2" y "3" son graduaciones que representan respectivamente un descenso en la intensidad del conflicto y de la cooperación. En este senti-

[2] Como se ve, la clasificación pretende huir de las visiones idealizadas, tanto de la argumentación como de los debates. Pretende, más bien, ser útil para dar cuenta de los diálogos argumentativos que ocurren en la realidad.

do, "1" y "2" son formas conflictivas de debate, mientras que "3" y "4" son formas cooperativas. Y, finalmente, "1" y "4" representan formas actorales de debatir, "2" y "3", por su parte, modos temáticos.

A partir de todo lo anterior, hay, pues, *cuatro modos de debatir.* A cada uno de estos modos o tipos ideales de debate se le puede asignar un nombre y adherir una metáfora explicativa: 1) *disputa* ("debatir es combatir"); 2) *controversia* ("debatir es competir"); 3) *deliberación* ("debatir es diagnosticar"), y 4) *debate consensual* ("debatir es construir").[3]

A. *La "disputa" ("debatir es combatir") es un debate conflictivo y actoral*

Ejemplos de disputas son los llamados debates *erísticos*, como los enfrentamientos políticos (piénsese, por ejemplo, en un debate entre candidatos a la presidencia de un gobierno o de una república), las riñas de pareja ("eres un/a…"), los careos de testigos ("¡Mientes! Nunca te dije que…"), etcétera. La relación entre los interlocutores es de conflicto, de ganar-perder, lo que gana un interlocutor lo pierde el otro. Como se trata de un debate actoral, cada interlocutor considera que su problema principal es el otro interlocutor. Naturalmente hay temas a debatir, pero son siempre accesorios (son excusas para poder imponerse al otro). Es común que las disputas conlleven hostilidad entre los interlocutores.

La finalidad de las disputas es determinar cuál de los dos sujetos se impone: ¿quién se impone? Si la disputa tiene lugar ante público, la pregunta pertinente no es qué interlocutor tenía razón, sino qué interlocutor ganó la disputa, cuál de los dos derrotó a su adversario y se impuso. En las disputas, la situación inicial es de incertidumbre respecto de quién va a conseguir imponerse, por un lado, y de certeza respecto de la rivalidad entre los interlocutores, por otro. La racionalidad que rige las disputas es de tipo estratégico. Es decir, todas las intervenciones de cada interlocutor están orientadas al propio éxito. En este sentido, no hay preguntas genuinas (casi siempre se trata de preguntas-trampa) ni operan, por ejemplo, las presunciones de

[3] La exposición de los modos de debatir que a continuación voy a hacer será muy esquemática. Para facilitar la comparación entre los mismos seguiré siempre un único esquema: pondré ejemplos típicos, aludiré a la relación entre los interlocutores, a la finalidad que persigue el debate, a la situación inicial en la que se encuentran los interlocutores, al tipo de racionalidad implicado, a los posibles resultados del debate y a reglas que los gobiernan. Para un desarrollo en profundidad de esta clasificación, la asignación de nombres y las metáforas asociadas, véase Aguiló Regla, Josep, *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Madrid, Trotta, 2015, cap. 2.

sinceridad y/o de veracidad. En las disputas caben básicamente dos resultados: bien, un interlocutor se impone al otro (uno gana y otro pierde); o bien, ningún interlocutor gana (nadie consigue imponerse).

Cuando una disputa está institucionalizada, las *reglas* que la gobiernan son netamente *procedimentales* y neutrales respecto del contenido. Tratan de garantizar la igualdad de derechos entre los interlocutores y el principio de neutralidad. Es común interponer a un tercero con el fin de garantizar la referida igualdad.[4]

B. *La "controversia" ("debatir es competir") es un debate conflictivo y temático (u objetual)*

Ejemplos de controversias son los debates parlamentarios (mayorías y minorías), las mesas redondas (sobre un tema controvertido), ponencia y contra-ponencia (discusión en seminario), acusación y defensa (debate en un proceso judicial), etcétera. La relación entre los interlocutores es de conflicto, de ganar-perder. Ahora bien, a diferencia de las disputas, las controversias son un debate temático; y ello implica, por un lado, que hay una *cuestión controvertida* y, por otro, que el problema está separado de las personas.[5] En las controversias cabe tanto la hostilidad como la cordialidad.

La finalidad de las controversias es determinar qué opinión prevalece frente a otras opiniones enfrentadas. La cuestión es qué opinión, creencia, tesis, etcétera, gana. El sentido de las controversias es qué solución prevalece a propósito de una cuestión controvertida. La situación inicial es de incertidumbre respecto de qué opinión va a prevalecer; y de certeza respecto de la actitud competitiva (y/o cerrada) que los interlocutores van a adoptar en relación con la solución al problema debatido.[6] La racionalidad implicada

---

[4] En este punto, conviene advertir que podría pensarse que la presencia institucional de un tercero y la vigencia de reglas desvirtúa la metáfora bélica que hemos utilizado para caracterizar las "disputas", pero ello no es necesariamente así. Un "duelo", por ejemplo, no es otra cosa que la institucionalización de una pelea a muerte (o a primera sangre) que está plenamente reglada.

[5] Una forma de enfatizar las diferencias entre las disputas y las controversias es mostrar la diferente relación que mantienen con la argumentación *ad hominem*. La argumentación *ad hominem* en las controversias es falaz, entre otras cosas, porque supone evadir la cuestión controvertida, mientras que en las disputas es un recurso enteramente natural.

[6] Cuando en un debate objetual o temático (es decir, no actoral) se habla de conflicto y de cooperación no sólo debe tenerse en cuenta el hecho de que los interlocutores tengan objetivos incompatibles (conflicto) o complementarios (cooperación), sino también la actitud *abierta* o *cerrada* con la que los sujetos se aproximan al problema (la cuestión) que es objeto de

en las controversias es de naturaleza estratégica. Las intervenciones de todos los interlocutores están orientadas a la prevalencia de la tesis que defienden o apoyan. Por ejemplo, generalmente las preguntas no son genuinas: están orientadas a provocar que el interlocutor incurra en contradicción. En las controversias caben diferentes resultados. Un posible resultado es que una opinión prevalezca sobre las demás, que consiga imponerse. En cualquier caso, una controversia bien llevada tiene que permitir, como mínimo, mostrar de manera nítida las diferencias entre las opiniones enfrentadas. Es muy común que estos debates se resuelvan remitiendo el juicio definitivo sobre la cuestión controvertida a un tercero ante quien se desarrolla la controversia. Piénsese, por ejemplo, en un juez, un árbitro, un mediador, el público asistente, etcétera.

Cuando una controversia está institucionalizada, las *reglas* son de dos tipos. Unas son *procedimentales y neutrales* de forma que quede garantizada la igualdad de derechos entre los interlocutores. Este tipo de reglas son muy semejantes a las que rigen en las disputas. Pero además, hay también *reglas sustantivas* orientas a asegurar el principio de controversia; esto es, el carácter temático del debate: que el objeto de debate realmente se discuta y que los interlocutores no evadan el problema, la cuestión controvertida.[7]

C. *La "deliberación", el "dialogo racional o crítico" ("debatir es diagnosticar") es un debate cooperativo y temático (u objetual)*

Ejemplos de deliberación o de diálogo crítico son las sesiones clínicas ("¿qué diagnóstico es el correcto?"), los debates en el interior de grupos de investigación ("¿qué hipótesis se confirma?"), la discusión en el seno de un tribunal jurisdiccional ("¿cuál es la decisión correcta del caso?"), o de un tribunal de oposiciones ("¿qué candidato es el mejor?"), o de una comisión téc-

---

debate. Si cada interlocutor considera que el problema en cuestión tiene una respuesta *fácil* (y, en consecuencia, adopta una actitud *cerrada* en relación con el mismo), pero resulta que las respectivas respuestas son incompatibles entre sí, el debate adoptará una forma conflictiva, la de una controversia. Si, por el contrario, todos los interlocutores consideran que la cuestión es *difícil* y que no tienen una respuesta clara (y, en consecuencia, todos ellos adoptan una actitud abierta), el debate en cuestión adoptará la forma cooperativa de una deliberación.

[7] Piénsese, por ejemplo, en el rol del moderador en una mesa redonda sobre cualquier tema conflictivo, o en el de un juez dirigiendo el debate entre partes en el interior de un proceso judicial, etcétera. En todos estos casos, para jugar correctamente el rol de tercero es fundamental no sólo comportarse con neutralidad en relación con los participantes, sino que además hay que vigilar que los debatientes no evadan la cuestión controvertida que los convoca, la cuestión sometida a debate.

nica ("¿qué propuesta satisface mejor las exigencias técnicas?"), etcétera. La relación entre los interlocutores es cooperativa, todos ganan (ganar-ganar). Se trata de un debate temático en el que todos los interlocutores se enfrentan a un problema que todos ellos consideran difícil. La conciencia de la dificultad del problema y el reconocimiento recíproco de capacidad para contribuir a la solución del mismo son los desencadenantes de la cooperación (no se delibera sobre problemas triviales ni con interlocutores zoquetes). La relación es de cordialidad: la hostilidad está fuera de lugar. La finalidad de la deliberación es resolver un *problema difícil* o, al menos, arrojar luz sobre el mismo: ¿Qué tesis (opinión, creencia, diagnóstico, etcétera) está justificada? ¿Cuál es la respuesta correcta al problema difícil? La situación inicial es de incertidumbre respecto a si los interlocutores van a ser capaces de resolver o no el problema difícil. Ahora bien, la deliberación exige la concurrencia de dos certezas: una, respecto de la capacidad intelectual y actitud cooperativa (abierta) de los interlocutores; y, otra, respecto del valor del debate mismo. Todos los participantes en una deliberación creen que debatir cooperativamente incrementa las probabilidades de acertar en la solución del problema difícil (reconocimiento del valor epistémico de la deliberación). El tipo de racionalidad implicada es comunicativa; es una racionalidad orientada al entendimiento entre los interlocutores. Aquí rigen plenamente las reglas del discurso racional y, en consecuencia, por ejemplo, rigen las presunciones de sinceridad y de veracidad, y están excluidas las preguntas-trampa, las reservas mentales, etcétera.

Las deliberaciones pueden arrojar diferentes resultados. Un posible resultado es que todos los participantes lleguen a una solución del problema (todos formulen un "ya lo tengo claro"). En este caso la cooperación habría rendido sus frutos y todos habrían salido ganando: todos habrían entrado en el debate con un problema difícil y habrían salido de él con una solución. Nótese que del hecho de que todos salgan con una solución no se sigue que para todos sea la misma solución. La concurrencia de todos en la misma solución no es definitoria de la deliberación, lo es sólo el modo en que se debate el problema. Lo importante, pues, es darse cuenta de que cuando todos los participantes tienen clara la solución al problema (es decir, cuando cada interlocutor tiene la respuesta al problema difícil) se extinguen las condiciones de cooperación que hicieron posible este modo de debatir.

Todas las *reglas*, tanto las procedimentales como las sustantivas, que rigen en las deliberaciones responden a los principios de *productividad* (el debate debe ser productivo, fructífero) y de *cooperación* (todos ganan). Dado que se trata de un debate cooperativo, el correcto desarrollo del mismo es más una cuestión de actitudes adecuadas de los interlocutores que de una correcta

distribución de derechos y deberes entre ellos. Nótese que al tratarse de un debate cooperativo el rol de los terceros pierde gran parte de su sentido. En efecto, en los debates cooperativos institucionalizados puede haber alguien que juegue un papel especial de coordinador o que ejerza de presidente del grupo de debate o algo por el estilo. Pero estos roles especiales o diferenciados no excluyen a quien lo ejerce como interlocutor dentro de ese mismo debate. El coordinador de una sesión clínica es un participante más, no es un tercero neutral. El presidente de un tribunal durante la deliberación es un deliberante más, no un tercero neutral. Estos roles están vinculados con resolver problemas de coordinación y con velar para que el debate sea productivo. La ausencia de conflicto hace superflua en gran medida la figura del tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas. Además, el carácter cooperativo del debate hace innecesario también el rol de un tercero que sea testigo o que juzgue el resultado del debate. La cooperación rinde sus frutos sin necesidad de que intervengan terceros para dar testimonio del resultado del debate o para que juzguen quién o qué tesis ha ganado. Ello es así porque en los debates cooperativos todos están llamados a ganar.

D. *El "debate consensual" ("debatir es construir") es un debate cooperativo y actoral*

Ejemplos típicos de debate consensual son los debates constituyentes destinados a redactar la constitución de un Estado constitucional (una constitución por consenso), los debates en el seno de grupos de trabajo, los debates de pareja orientados a trazar planes de vida compartidos, etcétera. La relación entre los interlocutores es de cooperación intensa. Ahora bien, no se trata sólo de una relación de ganar-ganar como en la deliberación; aquí ocurre que los actores o alcanzan el consenso (y entonces todos ganan como en la deliberación) o no lo alcanzan (y, entonces, a diferencia de la deliberación, todos pierden). Ello es así por la peculiar situación de necesidad recíproca en la que se hallan los participantes. Se trata, pues, de un debate actoral porque la cooperación no es el producto de la dificultad temática sino de la identidad de los interlocutores y de su necesidad recíproca; porque el problema no está separado de la avenencia del interlocutor. Naturalmente, el debate consensual está presidido por la cordialidad; por lo general, la hostilidad está fuera de lugar. La situación inicial es de incertidumbre respecto a si el debate va a generar o no el consenso como resultado. Ahora bien, hay certeza respecto de tres cosas que resultan fundamentales: una, que la actitud de los participantes es cooperativa (abierta), pues con alguien cerra-

do es prácticamente imposible consensuar; dos, que los participantes están dispuestos a hacerse cargo de las dificultades de los otros participantes para poder construir una solución al problema; y tres, que sin la avenencia de todos los participantes no hay solución al problema. La finalidad del debate consensual es alcanzar el consenso; construir una solución para el grupo. En el fondo, bien mirado, el debate consensual tiene un fuerte componente *comunitario*, de hacer comunidad; y trata de responder a la pregunta de cuál es la mejor respuesta para esta comunidad (para este grupo). No en vano es un debate actoral. Al tratarse de un debate cooperativo, la racionalidad implicada en el consenso es de naturaleza comunicativa; la acción de los participantes está orientada al entendimiento. Naturalmente, caben dos tipos de resultados. Se alcanza el consenso: todos llegan a la solución, nadie cede nada y todos ganan. No se alcanza el consenso: nadie alcanza una solución y todos pierden. Este tipo de debate se extingue cuando decae el reconocimiento recíproco del grado de legitimidad requerido para el mismo; es decir, cuando decae el "necesario" componente comunitario del mismo.

Todas las reglas del debate consensual, tanto las procedimentales como las sustantivas, responden a los tres siguientes principios: el de *productividad* (el debate debe ser fructífero), el de *cooperación* (todos ganan) y el de *consenso* (el consenso es constitutivo de la solución del problema; y si no se alcanza, todos pierden). Dado que se trata de un debate cooperativo, el correcto desarrollo del mismo es más una cuestión de *actitudes* adecuadas de los interlocutores que de una correcta distribución de derechos y deberes entre ellos.

2. *Gestión de los conflictos y debate. La objetivación (tematización) de los conflictos*

No puedo detenerme mucho en ello, pero una de las estrategias centrales para la racionalización y gestión de los conflictos a través del debate pasa por conseguir tematizar adecuadamente el conflicto.[8] Un primer paso consiste en separar a las personas (los actores del conflicto) de los objetos del conflicto. Los actores tienden a personalizar el conflicto y una adecuada gestión del mismo pasa por despersonalizarlo: por separar, repito, a las personas de los objetos. En términos de debate, esta estrategia se traduce en seguir centralmente las formas temáticas u objetuales (controversia y deliberación) frente a las formas actorales (disputas y consensos). Ilustremos lo que se trata de decir mostrando dos situaciones típicas de tematización u objetivación.

---

[8] Para una explicación ampliada véase Aguiló Regla, Josep, *El arte de la mediación…*, *cit.*

La primera situación tiene que ver con el papel de traductor del lenguaje del conflicto que desde siempre se ha atribuido al abogado en relación con su cliente. El cliente, que es un actor del conflicto, tiende a personalizar el problema que le lleva a consultar con el abogado, mientras que este último, que es un profesional del conflicto, tiene como primer deber tratar de despersonalizarlo, de objetivarlo. El cliente empieza a narrar una situación en la que resulta que alguien es un tal o un cual porque… —imaginemos— "mi vecina es…", "mi esposo es…", "mi socia es…", etcétera; es decir, la narración pone el acento en lo que es o deja de ser el sujeto con el que el cliente está en conflicto. El abogado que, por ejemplo, tiene que poner la demanda se centrará, no en lo que es o no es el vecino, sino, en lo que hace o deja de hacer. Ello no es otra cosa que objetivar el conflicto y "tematizar" el posible debate judicial en torno a ese conflicto. Lo mismo ocurre si resulta que el cliente habla de sí mismo. Imaginemos que ha protagonizado un accidente de tráfico y lo primero que hace es contarnos lo buen conductor que es. Será lo que quiera, pero tarde o temprano abordar la cuestión relevante supondrá hablar del accidente (tematizar la cuestión).

Exactamente lo mismo ocurre, por ejemplo, con el debate negocial. Los consejos que Fhiser, Ury y Patton ofrecen en relación con la negociación (con el debate negocial) pueden sintetizarse en los siguientes términos: Abandone el viejo (y primario) juego posicional y no asuma ninguno de los roles asociados al mismo; no desempeñe el rol de negociador duro ni el de negociador blando. Es decir, no convierta la negociación en un conflicto de voluntades entre actores. Su propuesta es, pues, que los negociadores cambien de juego y asuman que, en realidad, su papel es el de solventadores de problemas y, para ello, lo primero que deben hacer es separar los intereses en juego respecto de las personas involucradas.[9] Traducido a los términos expuestos en el epígrafe anterior a propósito de los modos de debatir, su lema podría formularse así: la buena negociación (el buen debate negolcial) no es un debate actoral, no es un encuentro entre negociadores duros (disputa) y/o blandos (debate consensual), es, más bien, un debate temático entre sujetos que deben resolver un problema y, en consecuencia, el buen debate negocial deberá moverse entre la controversia y el diálogo crítico.[10]

---

[9] Fisher, Roger *et al.*, *Obtenga el sí. El arte de negociar sin ceder*, Barcelona, Gestión 2000, 2002.

[10] Ello es así porque el debate negocial debe aclarar si los acuerdos buscados por cada parte (los que le resultan convenientes) son posibles o no y si los acuerdos posibles les resultan convenientes o no. *Cfr*. Aguiló Regla, Josep, *El arte de la mediación…*, *cit.*

3. *Algunas conclusiones relativas a los modos de debatir y a la gestión de conflictos*

De todo lo anterior interesa enfatizar algunas conclusiones que resultarán útiles para aclarar la cuestión de la laicidad:

a) hay dos formas de debate actoral y dos de debate temático (u objetual);
b) los debates actorales conflictivos (las disputas) van destinados a destruir al interlocutor; los debates actorales cooperativos (los debates consensuales) van destinados a integrar al interlocutor, a hacerse cargo de sus dificultades;
c) los debates temáticos (u objetuales) tratan de resolver problemas separados de los sujetos. Los debates temáticos conflictivos (las controversias) abordan cuestiones controvertidas llamadas a ser decididas; los debates temáticos cooperativos (las deliberaciones) abordan problemas difíciles llamados a ser resueltos, y
d) una estrategia central en la gestión y la racionalización de los conflictos y de los debates que los acompañan consiste en despersonalizar el conflicto, en tratar de objetivarlo. En definitiva, en procurar que el debate que acompaña al conflicto sea temático (objetual), no actoral.

Aclarado lo anterior, estamos en condiciones, me parece, de abordar la cuestión de las relaciones entre religión y debate; y, en consecuencia, de entender bien los dos posibles contextos discursivos de la laicidad.

III. Laicidad y debate

1. *Someter la religión a debate*

Empecemos de forma contundente. La clave para entender la cuestión de la laicidad como un marco de relación entre creyentes y no creyentes a propósito del debate público es esta: la religión no puede ser debatida temáticamente (de manera objetivada) sin ser negada; como tampoco son susceptibles de serlo las razones religiosas. Esta es la gran limitación que tienen los creyentes que debaten cuestiones religiosas con no creyentes. Someter a debate temático u objetual (es decir, a juicio, a prueba, a demostración, a contrastación, etcétera) la existencia de Dios, la virginidad de María, la vida eterna o el carácter sagrado de la vida supone negar su carácter religioso. Someter cualquiera de estas cuestiones a escrutinio público (es decir, a debate) supone negarlas en términos religiosos y pasar a tratarlas como

cuestiones o afirmaciones mundanas (no religiosas). Esta característica de la "cuestión religiosa" hace que resulte imposible seguir la estrategia general de tematizar los conflictos a partir de las nociones de *cuestión controvertida* (llamada a ser debatida de manera conflictiva y, tal vez, a ser decidida colectivamente) o de *cuestión difícil* (llamada a ser debatida de manera cooperativa y resuelta colectivamente). Es decir, aceptar *controvertir* la religión significa estrictamente dejar de ser religioso; y lo mismo ocurre con aceptar *resolverla.* Debatir temática u objetualmente cualquier cuestión es someter a evaluación colectiva sus méritos (sus fundamentos). Y eso es precisamente lo que no puede hacer el creyente con la religión y las razones religiosas; y no puede hacerlo porque someter a crítica y/o debate las creencias religiosas supone abandonar el punto de vista religioso. Naturalmente, al no creyente no le ocurre nada parecido: el no creyente no tiene dificultad alguna para discutir, debatir, tematizar la religión o cualquier "razón religiosa". Históricamente, el problema del no creyente ha sido más bien el de la libertad para debatir, no el debatir en sí. En contextos de libertad, el no creyente piensa que la religión es una creencia equivocada y, por lo general, no tiene problemas en mostrar su falta de fundamento. El debate temático no dificulta en absoluto su posición de no creyente; más bien al contrario, es lo que pide con total naturalidad: tratar las cuestiones religiosas como cualquier otra cuestión social. Todos los que crecimos ("nos criamos") en contextos religiosos (familia, colegios, celebraciones, país, etcétera) y nos emancipamos de la religión lo hicimos como consecuencia de haberla debatido temáticamente (objetualmente); de haber debatido y evaluado los fundamentos de tales creencias. Esta asimetría de dificultades entre creyentes y no creyentes a la hora de debatir la religión (y las razones religiosas) está en la base de la laicidad. La imposibilidad de debatir temáticamente la religión por parte de unos y la abierta disposición a hacerlo por parte de otros es el contexto que explica la utilidad y la relevancia de la distinción entre laicismo y laicidad.

En efecto, si se entiende bien lo anterior, es decir, que la presencia de razones religiosas convierte cualquier debate entre creyentes y no creyentes en un debate actoral porque los creyentes no pueden debatir temática u objetualmente la religión, entonces se está en condiciones de entender bien una distinción que ha hecho fortuna en los últimos tiempos, me refiero a la oposición entre "laicismo" y "laicidad". En palabras de Bovero habría una tendencia a llamar *laicismo* a una posición teórica y práctica de abierta hostilidad hacia las creencias y las instituciones religiosas en cuanto tales; mientras que la *laicidad* vendría a ser un método que permite y favorece la

convivencia y el diálogo entre los creyentes y los no creyentes.[11] O dicho en palabras de Bobbio: mientras que el *laicismo* "…se caracteriza por su tono beligerante… su lenguaje insolente, de rancio anticlericalismo, irreverente…"; en la *laicidad*, "el espíritu laico no es en sí mismo una nueva cultura, sino solo la condición de convivencia de todas las posibles culturas".[12] Pues bien, lo interesante ahora es darse cuenta de que tanto el *laicismo* (en cuanto actitud conflictiva y hostil) como la *laicidad* (en cuanto actitud cooperativa y amistosa) son dos *respuestas actorales* que los no creyentes damos a las dificultades que tienen los creyentes para debatir temática u objetualmente sus creencias (y razones) religiosas. Por eso, tanto una respuesta como la otra están relacionadas con la virtud de la tolerancia de los no creyentes: el laicismo sería la respuesta intolerante (y su correspondiente forma de debatir sería la disputa); y la laicidad, la respuesta tolerante (y su forma discursiva sería el debate consensual).[13] Si se acepta todo lo anterior y descartamos la respuesta laicista (la disputa) por intolerante, entonces nos encontramos con dos escenarios posibles para la laicidad.

2. *Los escenarios de la laicidad*

Si partimos de: *a*) que los creyentes no pueden debatir temáticamente la religión (ni las razones religiosas), *b*) que la laicidad es un método que implica que los no creyentes "respetamos" esas dificultades de los creyentes y *c*) que los no creyentes evitamos someter la religión a debate temático en el foro público, sólo caben, me parece, dos posibles escenarios para la laicidad: uno simétrico y otro asimétrico.

Ahora bien, antes de proceder a su exposición conviene dejar bien claro lo siguiente: estos dos escenarios no son definibles en términos estrictamente normativos; no pueden definirse a partir de mostrar dos conjuntos diferentes de derechos, deberes y/o prohibiciones para creyentes y no creyentes. Más bien presuponen marcos normativos parecidos: los dos escenarios parten del reconocimiento y de la aceptación normativa de los principios de

---

[11] Bovero, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 2.

[12] Estas citas de Bobbio están extraídas del propio texto de Rodolfo Vázquez objeto de comentario.

[13] *Grosso modo*, puede decirse que tolera quien teniendo título legítimo para prohibir, censurar o criticar, e inclinación a hacerlo, no lo hace en aras a preservar la buena convivencia. Véase al respecto Garzón Valdés, Ernesto, "«No pongas tus sucias manos sobre Mozart»: Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 19, 1992.

libertad de pensamiento, libertad de expresión, libertad religiosa y debate público. La diferencia entre los dos escenarios se capta adecuadamente prestando atención a las actitudes y las disposiciones de los actores que participan en el debate público, sean estos creyentes o no creyentes. Empecemos, pues, exponiendo el escenario simétrico.

A. *El escenario simétrico: la grandeza de la laicidad*

Los no creyentes no debatimos temáticamente la religión en el foro público, es decir, no la tratamos como una cuestión que deba ser decidida o que deba ser resuelta; y los creyentes, por su parte, circunscriben la religión y el uso de razones religiosas al ámbito netamente privado. En este contexto, es innecesario debatir sobre la religión en el foro público porque las creencias religiosas pasan a ser una cuestión netamente privada. Las opciones personales de vida no se someten a debate público. Del mismo modo que no someto a debate público mi gusto por las mujeres o por los hombres, mis decisiones sobre cuándo tener hijos y/o no tenerlos, mi preferencia por la música clásica o por el jazz, el creyente no debate tampoco su opción dominical por ir a misa, o sus decisiones de confesarse, rogar a Dios o celebrar los sacramentos. Naturalmente puede haber penumbra conceptual sobre si algo es netamente personal (privado) o si tiene relevancia pública, pero eso no plantea ningún problema especial. Lo importante es que los principios estén claros y que haya amplias zonas de aplicación de los mismos que resulten claramente indubitadas.

¿Por qué es simétrica la situación generada por este escenario? Por la sencilla razón de que ambos ceden, ambos se comportan de manera tolerante en aras a evitar que la cuestión religiosa erosione la convivencia e impida el debate público. El no creyente cede por cuanto se auto limita y no somete a debate lo que, en su opinión, naturalmente estaría llamado a ser debatido y rebatido. Esta autolimitación se traduce en un "respeto" hacia las dificultades del creyente para debatir temáticamente la religión. Por su parte, el creyente también cede por cuanto se auto limita y no introduce en el foro público las razones religiosas que, aun siendo fundamentales para él, le resultan de imposible discusión temática. Esta autolimitación del creyente se traduce en "respeto" hacia el no creyente porque no proyecta sobre el otro sus propias limitaciones deliberativas.

En términos de gestión de conflictos, este escenario de laicidad no es que facilite —como muchas veces se dice— el diálogo entre creyentes y no creyentes a propósito de la cuestión religiosa, porque realmente no lo pre-

tende. Lo que en realidad se consigue con este escenario es, más bien, hacer innecesario el diálogo (el debate temático) allí donde el diálogo (el debate temático) resulta imposible. Eso sí, la laicidad entendida de este modo facilita (hace posible) el diálogo (el debate temático) en todas aquellas cuestiones no religiosas que, de otra manera, podrían verse bloqueadas. Bien mirado, esta comprensión de la laicidad no requiere nada especial en términos de justificación: es una simple aplicación de dos principios básicos: el principio de autonomía (y su derivado de prohibición del perfeccionismo) y el principio del debate público racional.

Si bien se considera, este escenario es el que de hecho se ha implantado en el ámbito de la ciencia (salvo esporádicos rebrotes de autoritarismo religioso) prácticamente en todo el mundo. El debate científico está totalmente objetivado y ha desplazado por completo las razones religiosas; sólo en casos muy marginales adopta rasgos y tonos actorales. Ello es posible porque la inmensa mayoría de los científicos *creyentes* han aceptado que sus creencias religiosas no son relevantes para determinar la validez de las afirmaciones científicas. En este sentido, en la actualidad, la ciencia discurre al margen de la religión; y los debates científicos no se polarizan en torno a creyentes y no creyentes. Los no creyentes respetan las creencias religiosas de sus colegas creyentes (no hacen de ellas un tema de debate relevante) y los creyentes han reconocido la irrelevancia de la religión (y sus razones) para la validez de las afirmaciones científicas.

B. *El escenario asimétrico: la miseria de la laicidad*

Los no creyentes no debatimos temáticamente la religión en el foro público, es decir, no tratamos el tema como una cuestión que deba ser decidida o que deba ser resuelta (en definitiva, respetamos las dificultades que los creyentes tienen para tematizar la religión); pero, por su parte, los creyentes no circunscriben sus creencias religiosas al ámbito privado, sino que las hacen valer en el foro y el debate públicos. Este modelo, que es el que se vive en España y en muchos países latinos y que podríamos convenir en llamar "de la no confesionalidad del Estado", constituye una auténtica aberración deliberativa. Por decirlo de manera contundente y clara: se genera una consciencia deliberativa que, por un lado, "permite" introducir razones religiosas, pues no hacerlo —se dice— "supondría un atentado contra la libertad religiosa" y, por otro, "prohíbe" tematizar y evaluar la validez de las razones religiosas, pues "debatir temáticamente la religión supondría una

falta de respeto para con los creyentes y una clara manifestación de laicismo y/o de rancio anticlericalismo".

¿Qué condiciones deben darse para que aparezca este escenario? Que los creyentes *exijan* (y consigan) dos cosas simultáneamente: *a*) que se les respete su "derecho" a no debatir públicamente sus creencias religiosas (que no se escrute públicamente la validez de las ideas religiosas) y *b*) que no se les impida hacer valer las razones religiosas en el foro público. Se mire como se mire, la situación generada conforme a este modelo es, en términos de teoría del conflicto, asimétrica: el resultado es un ganar-perder, no un ganar-ganar ni un no/perder-no/perder. La asimetría en el trato entre creyentes y no creyentes es tan patente, tan manifiesta, que genera una situación completamente injustificada. Se trata de un caso claro de abuso. La laicidad así entendida es una mera pantalla que oculta dominación religiosa (eso sí, "por otros medios") y tedio deliberativo (languidecimiento de la razón pública). La crítica a esta situación no es una invitación a recuperar "un viejo anticlericalismo", sino a llamar a las cosas por su nombre. Esta situación de penuria deliberativa explica que, por ejemplo, en España la asignatura de "religión" tenga valor curricular (y ello, por cierto, obliga a todos: a creyentes y no creyentes) sin que "puedan" debatirse pública y temáticamente los méritos de ese temario. Imponer curricularmente la asignatura de religión sin someter a escrutinio público los fundamentos (los méritos) de la misma, es un puro fraude deliberativo y su resultado un abuso de "derecho fundamental".

Si bien se considera, la situación generada conforme a este modelo nada tiene de virtuosa, sino más bien de viciosa. En efecto, el creyente que participa en el foro público "imponiendo" las dos exigencias recién mencionadas no representa en absoluto a un ciudadano virtuoso preocupado por la preservación del foro público y de la convivencia.[14] Su imagen es, más bien, la de un *negociador duro* que concibe el foro como un puro marco para ganar, para imponerse, para sacar provecho de la asimetría conseguida. Los principios cívicos no controlan ni limitan sus únicos objetivos: la imposición religiosa. Y, por el otro lado, el no creyente que acepta esta situación lejos de encarnar a un buen ciudadano, representa a un timorato *negociador blando* únicamente preocupado por la respuesta dura que pueda recibir de su interlocutor, de su contraparte. Por decirlo con claridad: el no creyente

[14] Es evidente que muchos creyentes no participan de esta forma de imposición y que son críticos con la misma. En este sentido, como he tratado de mostrar al referirme a la grandeza de la "laicidad", no hay ninguna incompatibilidad entre ser creyente y buen ciudadano preocupado por la preservación del foro y el debate públicos.

timorato cede a la presión del creyente duro y militante (asume sus exigencias) y claudica porque decide no guiarse por los principios relevantes. Esta claudicación se traduce en confusión respecto de la frontera entre lo tolerable y lo intolerable en relación con el foro y el debate públicos. La laicidad así entendida genera amplias lagunas de racionalidad y un marco de debate público que margina al buen ciudadano (al ciudadano virtuoso) con independencia de que éste sea creyente o no lo sea.

Si el análisis de este segundo escenario de la laicidad es acertado, el lector comprenderá que no dediqué mucho espacio a explicar por qué la llamada "laicidad positiva" es un puro fraude. Consiste en presentar la asimetría conquistada por los creyentes duros (negociadores duros) y transformarla en una "correcta aplicación del principio de libertad religiosa". Así, sus partidarios sostienen que el principio de libertad religiosa tiene dos vertientes: en su vertiente negativa, implica respeto a las ideas religiosas (es decir, que los no creyentes no debatamos temáticamente la religión); y en su vertiente positiva, fomento por parte del Estado de la presencia de las creencias religiosas en el foro público (es decir, ocupación del espacio público deliberativo de razones religiosas). La doctrina de la llamada "laicidad positiva" no es más que un intento —bastante exitoso, por cierto— de "santificar" un puro fraude deliberativo.

> Entendámonos bien. No se está negando el derecho de todo creyente a creer lo que le 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 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 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 (Rodolfo Vázquez *dixit*).

DIFERENCIAS, ASIMETRÍAS Y DERECHOS. LA FUNDAMENTACIÓN Y EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Silvina Álvarez Medina*

Sumario: I. *Introducción*. II. *El contexto de los derechos*. III. *La fundamentación y el contenido de los derechos humanos*. IV. *Las asimetrías relevantes entre varones y mujeres*. V. *Bibliografía*.

I. Introducción

En su trabajo *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*,[1] Rodolfo Vázquez dedica un capítulo a los derechos de las mujeres y su autonomía personal. Voy a partir de algunas consideraciones que el autor realiza en esa obra, ya que sostiene una mirada que me parece especialmente receptiva de la singularidad femenina y los intereses de autonomía de las mujeres. Comparto además con Rodolfo Vázquez su interés por afirmar la universalidad de los derechos humanos, al tiempo que detecta y caracteriza la diferencia que incorporan las mujeres como sujetos de tales derechos. Igualdad, universalismo, diferencia y autonomía son los elementos que el autor pone en relación para concluir que "el derecho a la igualdad debe entenderse como un derecho a la diferencia" y que "[tal] universalismo, contra lo que piensan algunas voces masculinas y patriarcales, no debe hacer abstracción de la diferencia sexual".[2] En lo que sigue haré una breve presentación sobre los derechos de las mujeres, especialmente sobre aquellos derechos que podríamos llamar

* Universidad Autónoma de Madrid.

[1] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015.

[2] *Ibidem*, p. 65.

singularmente femeninos, y los pondré en relación con el contexto y la evolución general de los derechos humanos. Luego me detendré en la fundamentación de los derechos humanos con especial referencia al lugar que ocupa la autonomía personal en dicha fundamentación. Por último, volveré a las diferencias y las asimetrías que señalan la necesidad de reforzar las garantías jurídicas para lograr la efectividad de los derechos humanos de las mujeres.

II. El contexto de los derechos

En la historia de la vindicación de los derechos de las mujeres, su reconocimiento en los países del entorno occidental ha seguido, podríamos decir, dos velocidades. Por una parte, la aplicación de la noción de igualdad como precepto moral y jurídico que extendió a las mujeres un tratamiento en los mismos términos que los varones —igual consideración y respeto— significó una progresiva adjudicación de derechos civiles, políticos y sociales. Desde el punto de vista de su implementación jurídica, se trasladaron y aplicaron a las mujeres los conceptos e instrumentos jurídicos ya existentes —por ejemplo, patria potestad, capacidad contractual, derecho al voto, etcétera—. No hizo falta diseñar nuevas figuras o instituciones jurídicas, sino que, por el contrario, precisamente el reconocimiento de la igualdad implicó que las mujeres pasaron a ser titulares de los mismos derechos que los varones en los mismos términos.

Progresivamente, la realización de la igualdad fue planteando la necesidad de reconocer no sólo las semejanzas sino también las diferencias entre varones y mujeres, con vistas a alcanzar una tutela efectiva de la libertad de las mujeres. Con el tiempo surgieron disposiciones legales específicas, como respuesta a situaciones singularmente femeninas. En el ámbito del trabajo, por ejemplo, se hizo necesario introducir salvaguardias que impidieran que el embarazo y la maternidad fueran causas de menoscabo en la vida laboral de las mujeres. En el ámbito penal, se fueron incorporando tipos penales que recogieran la especificidad de las agresiones perpetradas contra las mujeres, como la violación, el acoso sexual o la violencia de género.

Esta modalidad más específica o singular de derechos de las mujeres, que responden desde su creación a situaciones personales, sociales y culturales exclusivamente femeninas y que parecen demandar, por tanto, respuestas singularmente diseñadas para dichas demandas, sigue encontrando numerosas dificultades tanto para manifestarse en el ámbito político como para plasmarse en el ámbito jurídico. Algunas de las cuestiones sobre las que las mujeres siguen sin encontrar respuestas satisfactorias para proteger

espacios fundamentales de su libertad son ampliamente conocidas. No me voy a referir aquí específicamente a las más explícitas y múltiples, gravísimas y flagrantes violaciones de derechos que sufren las mujeres en contextos de opresión como los imperantes bajo gobiernos con déficit democrático o de otra índole. Por el contrario adoptaré una perspectiva más amplia, para reflexionar también sobre aquellos aspectos de la vida de las mujeres que siguen careciendo de diseño jurídico satisfactorio incluso en algunos contextos democráticos. Para analizar estos aspectos me referiré en ocasiones al derecho internacional de los derechos humanos con el fin de calibrar el tipo de protección que los derechos de las mujeres reciben en este ámbito, así como a algunos aspectos de los desarrollos jurídicos nacionales y su recepción en la práctica judicial.

Algunas de las situaciones a las que aludiré son espacios de especial vulnerabilidad para las mujeres, situaciones que a las mujeres les preocupan especialmente en relación con su libertad y toma de decisiones. Se trata del tipo de situaciones respecto de las cuales las personas buscan respaldo jurídico. Si pensamos en la configuración de los derechos humanos de la llamada primera generación, los derechos civiles y políticos, nos encontramos con que en la génesis y evolución de estos derechos los individuos buscaron fórmulas para poder proteger sus espacios de libertad, salvaguardar su propiedad, realizar sus planes de vida, participar en el ámbito público, expresar sus ideas políticas, etcétera. En la búsqueda de las fórmulas para proteger su voluntad, y a través de ésta sus intereses, se configuraron los derechos humanos de la primera etapa, los cuales fueron reconocidos como derechos contra el Estado ya que era precisamente del poder político de quien los individuos querían protegerse.[3]

Siguiendo este esquemático itinerario histórico-conceptual, podemos pensar sobre los ámbitos en los que las mujeres se sienten especialmente desprotegidas cuando tienen que ejercer su capacidad de elección, trazar su plan de vida o salvaguardar aquello que consideran valioso. Si establecemos una comparación con el proceso de configuración de los derechos civiles y políticos, podríamos preguntarnos cuáles son los ámbitos en los que las mujeres se sienten más vulnerables y respecto de los cuales necesitan configurar instrumentos jurídicos para protegerse. Esto nos lleva a una de las cuestiones sobre la que se ha insistido en la literatura feminista. La división entre público y privado que permea el diseño de los sistemas jurídicos, concibe el

---

[3] Charlesworth, Hilary, "What are 'Women's International Human Rights'?", en Cook. R. J. (ed.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994, p. 71.

ámbito privado como aquel espacio para el desarrollo personal en el que es deseable evitar las injerencias del Estado.[4] Este énfasis en la protección de la privacidad ha tenido para las mujeres significados contrapuestos. Por un lado, la conquista por parte de las mujeres de las libertades individuales que defienden el ámbito de acción y decisión personales, sirvieron como herramientas a través de las cuales se les reconocieron importantes espacios de decisión. Por ejemplo, el reconocimiento jurisprudencial del aborto —pensemos en *Roe vs. Wade*— se basó en el derecho a la intimidad, al reconocerse que es una decisión personal e íntima en la que el Estado no debe interferir restringiendo la capacidad de decisión de las mujeres.

Por otro lado, precisamente porque en ese espacio de privacidad las mujeres ven comprometidas muchas decisiones de su vida íntima, como la sexualidad, la reproducción, los vínculos afectivos y familiares, la maternidad, etcétera, es —probablemente— el espacio en el que demandan mayor tutela jurídica. El ámbito privado —de la vida familiar, la sexualidad, la reproducción, etcétera— a menudo se convierte, para muchas, en un lugar en el que sus preferencias, su cuerpo, su sexualidad es vulnerada y, por ende, encuentran dificultades para la toma de decisiones autónomas.

En este contexto de especial vulnerabilidad frente a determinados escenarios, sobre todo de la vida privada —aunque también de la vida pública—, los derechos humanos consagrados en los ordenamientos nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales, a menudo no responden de manera satisfactoria a los escenarios de mayor conflictividad para las mujeres. En el ámbito internacional, la convención más importante que defiende los derechos humanos de las mujeres es la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres.[5] Este documento ha sido de gran importancia para el movimiento de mujeres y ha posibilitado visibilizar la situación de desventaja formal y material

---

[4] Una extensa literatura da cuenta de la posición de las mujeres en relación con el espacio público y el espacio privado, véase por ejemplo, entre las autoras clásicas sobre la materia, Pateman, C., *The Disorder of Women. Democracy, Feminism, and Political Theory*, Stanford, California, Stanford University Press, 1989, y Okin, S. M., *Justice, Gender, and the Family*, Nueva York, Basic Books, 1989. Sobre la distinción público y privado en relación con los derechos humanos, véase Charlesworth, H., "What are 'Women's International Human Rights'?," *cit.*, p. 69; y "Human Rights as Men's Rights", en Peters, J. y Wolper, A. (eds.), *Women's Rights, Human Rights*, Nueva York, Routledge, 1995, pp. 106-110; Bunch, C., "Transforming Human Rights from a Feminist Perspective", en Peters, J. y Wolper, A. (eds.), *Women's Rights, Human Rights*, Nueva York, Routledge, 1995, p. 14; y Gould, C., *Conceptualizing Women's Human Rights*, Florencia, European University Institute, Badia Fiesolana, San Domenico, 2002, pp. 8-10.

[5] Por sus siglas en inglés CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women), publicada en 1979.

de las mujeres en muchos contextos, a la vez que ha servido para reclamar a los Estados firmantes una mayor atención sobre los temas en ella recogidos. Además, la Convención ofrece una perspectiva unitaria sobre los derechos humanos de las mujeres, asentando así la noción según la cual se trata de una perspectiva singular, que recoge no sólo una situación fáctica de discriminación formal, sino una situación estructural de desigualdad marcada por la asignación de roles de género en la sociedad. Como se ha señalado a veces, se trata de un cuerpo unitario, que señalaría la importancia de la "indivisibilidad de los derechos para conseguir la igualdad de las mujeres".[6] Sin embargo, no se puede dejar de señalar que se trata también de un documento redactado de manera muy amplia y generalista, que menciona una serie de cuestiones y ámbitos diversos en los que los derechos de las mujeres deben ser reconocidos pero sin profundizar ni avanzar directivas específicas sobre ninguno de ellos (derechos civiles y políticos, derechos en el matrimonio, ámbito laboral, ámbito educativo, ámbito sanitario, ámbito rural) y que ha dado lugar a muchas ratificaciones pero con significativas reservas (según las estadísticas se trataría del tratado internacional con mayor número de reservas.[7] La especificidad femenina o el perfil de género de algunos derechos se pone de manifiesto, particularmente, en situaciones tan variadas como el tráfico de mujeres y niñas, la violencia sexual, la violencia doméstica, la prostitución, la pornografía, el acoso sexual en el ámbito laboral y educativo, los procesos de toma de decisiones en el ámbito familiar, sanitario y reproductivo, entre otros. Estos ejemplos vienen a señalar espacios de la vida de las mujeres —sexualidad, contexto doméstico, relaciones familiares, decisiones reproductivas— en los que se hace especialmente necesaria la intervención del Estado a través de un sistema de derechos y garantías. Con frecuencia, sin embargo, se pone de manifiesto la falta de instituciones o herramientas jurídicas adecuadas para abordar situaciones específicamente femeninas. Este es un problema que la teoría feminista del derecho ha señalado con insistencia y desde distintos enfoques,[8] y que se pone de manifiesto tanto en el diseño de las instituciones y conceptos jurídicos como en la práctica de la interpretación y adjudicación de los derechos —es decir, en la actividad judicial—.

---

6 Reilly, Niamh, *Women's Human Rights. Seeking Gender Justice in a Globalizing Age*, Cambridge, Polity Press, 2009, p. 66.

7 *Ibidem*, p. 60.

8 Para una aproximación general a la evolución de la teoría feminista del derecho véase Lacey, Nicola, "Feminist Legal Theory and the Rights of Women", en Knop, K. (ed.), *Gender and Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

La existencia de problemas que afectan a todas las sociedades, como los señalados más arriba, y que tienen a las mujeres por protagonistas, resultan especialmente graves por su potencialidad para producir daños significativos así como por su influencia en la consolidación de estereotipos y modelos culturales. Para dar solución a estos problemas no siempre se han encontrado canales jurídicos que permitan fortalecer la capacidad de toma de decisiones de las mujeres y la satisfacción de sus intereses. Los instrumentos legales de que disponen los sistemas jurídicos así como su desarrollo jurisprudencial, a menudo no logran respuestas satisfactorias para las mujeres. En este sentido, actualizar el concepto de los derechos humanos de las mujeres implica pensarlo en relación con los sujetos a los que se refiere, sus rasgos relevantes, su ámbito de relación y su contexto de actuación. Así, señalaré en lo que sigue la necesidad de revisar la perspectiva desde la que se presentan los derechos humanos de las mujeres y hacerlo pensando en el lugar desde el cual las mujeres plantean sus demandas de protección jurídica. Esta tarea, como se ha señalado otras veces, no enfrenta necesariamente la perspectiva feminista con el universalismo que está en la base de la fundamentación de los derechos;[9] propone, en cambio, volver a pensar cuáles son los términos de lo universalizable teniendo en cuenta en quiénes recae la titularidad de los derechos.[10] A menudo se ha optado por un patrón o molde común, que sería válido para varones y mujeres, por un lado, y desa-

[9] En el mismo sentido véase Reilly, Niamh, *op. cit.*, pp. 3 y 4. Como afirma Reilly en relación con su propuesta de derechos humanos de las mujeres desde una lectura cosmopolita, la actualización de los derechos humanos de las mujeres puede hacerse en la línea de autoras que reivindican el compromiso normativo con la universalidad, como Okin, Phillips, Nussbaum, entre otras, véase Reilly, *op. cit.*, p. 7. Desde esta perspectiva, la autora analiza la necesidad de reinterpretar y redefinir los derechos humanos de las mujeres, que durante largo tiempo no fueron tomados en serio por el derecho internacional de los derechos humanos, *ibidem*, p. 11.

[10] Sobre feminismo y universalismo, véase Mullally, S., *Gender, Culture and Human Rights. Reclaiming Universalism*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. xxxii-xxxiii. Sobre abstracción e idealización en relación con la propuesta de O. O'Neill, véase Beltrán, E., "Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad", en Beltrán, E. y Maquieira, V., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 2001, p.194. Sobre la abstracción y la pretensión de neutralidad de las leyes, véase también Añón, M. J. y Mestre, R., "Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho", en Boix Reig, J. y Martínez García, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 46-49. A partir de las consideraciones realizadas por Ferrajoli al respecto, Rodolfo Vázquez propone entender el universalismo desde la igualdad, la cual a su vez, propone, debe ser entendida como "igual valoración jurídica de las diferencias", véase *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, *cit.* p. 66. En otras palabras, el alcance universal de los derechos sólo puede ser efectivo en la medida en que se recoja la especificidad que permita ofrecer garantías adecuadas para su ejercicio, *ibidem*, p.71.

rrollos específicos, válidos para algunos titulares, por ejemplo las mujeres.[11] Me parece, sin embargo, que esta forma de aproximación a los derechos humanos de las mujeres tergiversa el enfoque y, en consecuencia, equivoca la caracterización de los mismos. Como explicaré más adelante al referirme a la centralidad de las asimetrías al momento de dar forma y protección a los derechos de varones y mujeres, esta perspectiva tiene en cuenta como titular de derechos a un sujeto que carece de las llamadas "especificidades" y, de este modo, no llega a percibir que las características que encierra esa especificidad, no son apéndices o agregados al modelo inicial, sino notas centrales de sus titulares, sin las cuales difícilmente se podría entender el tipo de protección jurídica que demandan. Lo específico forma parte, en realidad, de aquello que está en la base de la titularidad y, por tanto, convendría incorporarlo a la formulación general. En este sentido planteo la necesidad de pensar los derechos humanos de las mujeres desde las preocupaciones de las mujeres[12] y a través de lo que podríamos llamar una *reflexión jurídica originaria*. Esto no quiere decir que tengamos que prescindir ni de las bases de fundamentación que proporciona la concepción de los derechos humanos como derechos morales —a la que me referiré enseguida—, ni de los elementos conceptuales generales que nos ayudan a definir el contenido de los derechos. Por el contrario creo que la teoría moral, política y jurídica de los derechos humanos es un recurso indispensable para este ejercicio. Entiendo, en cambio, por "originaria" una reflexión no vinculada por concep-

[11] En la discusión actual en torno al contenido normativo de los derechos humanos, hay quienes defienden lo que Saladin Meckled-García llama "la tradición democrática de la especificación", y que apunta a dejar que cada comunidad política decida, a través de procedimientos democráticos, el contenido moral de sus derechos "específicos", véase "Specifying Human Rights", en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 300. Meckled-García propone, en este sentido, distinguir entre contextualismo objetivo —en el sentido de señalar características generales presentes en un ámbito o contexto determinado— y contextualismo subjetivo —en el sentido de especificación democrática— *ibidem*, p. 301. Sobre especificidad y contexto, véase también Miller, D., "Joseph Raz on Human Rights. A Critical Appraisal", en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, pp. 239 y 240.

[12] Carol Gould señala seis temas que aparecen de manera recurrente cada vez que se discuten los derechos humanos de las mujeres desde la perspectiva de esas preocupaciones, y que según la autora formarían el núcleo de las cuestiones a debatir: 1) las relaciones de responsabilidad y los vínculos de cuidado con otras personas; 2) la distinción público-privado; 3) la conexión fuerte entre derechos de las mujeres y derechos sociales y económicos; 4) la viabilidad de la noción de derechos específicos para las mujeres; 5) los desafíos de la diversidad cultural, y 6) la globalización y la regionalización en relación con los derechos de las mujeres, véase *Conceptualizing Women's Human Rights*, *cit.*, pp. 4 y 5.

ciones jurídicas o constricciones dogmáticas que nos impidan hallar nuevas propuestas legales o interpretativas.

En consecuencia, considero que hace falta una propuesta de actualización del contenido y la protección de los derechos humanos de las mujeres, no un nuevo modelo de los derechos humanos. En palabras de Siobhán Mullally,

> The problem with existing ideas of human rights is not that they are inherently limiting, but that they have operated to date within "a limited institutional imaginative universe". The discourse of human rights is an open and dynamic one. The challenge for feminism is to transform that discourse rather than to abandon it.[13]

Aunque repensar el contenido de los derechos a menudo puede llevarnos a repensar algunos de los elementos del concepto, no creo que este ejercicio tenga que ponernos en la tesitura de abandonar el concepto original sino, más bien, de redimensionar su alcance. Desde una perspectiva liberal-igualitaria, a menudo se entendió que la forma de corregir las distorsiones que el derecho podía reflejar en relación con los intereses específicamente femeninos, podía provenir de un tratamiento diferente para los casos que revelaban diferencias entre varones y mujeres. Así, el embarazo se contempla como una singularidad femenina que debe ser recogida por las leyes laborales existentes; o la violencia doméstica se plantea como un tipo especial de delito de lesiones o un homicidio calificado. Sin embargo, a menudo esta concepción sólo ha servido para plantear excepciones al modelo original, evitando una reflexión más amplia sobre el tipo de soluciones jurídicas adecuadas para casos singularmente distintos.

Al aceptar para las mujeres un modelo estándar de adjudicación de derechos, incorporamos también la visión según la cual la igualdad se consigue con un tratamiento neutral, que logre ignorar el género como fuente de tratamiento legal o jurídico. Desde una perspectiva más incisiva en relación con la recepción jurídica del reparto de roles y posiciones en la sociedad, se ha señalado que falta indagar en el sustrato moral que alimenta las diferencias. Como ha señalado Rodolfo Vázquez, no se trataría "de defender una suerte de tolerancia hacia las diferencias, es decir, algo así como una resignación o indiferencia frente a aquello que nos distingue".[14] En este sentido, el respeto a la autonomía, como veremos enseguida, parece comprometer-

[13] Mullally, Siobhán, *op. cit.*, p. 25.

[14] Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 67.

nos con el establecimiento de garantías adecuadas a la diferencia.[15] Tampoco bastaría con compensar las desigualdades fruto de las diferencias a través del derecho antidiscriminatorio aplicado en las diversas esferas o ámbitos de la vida de las mujeres. Esto no quiere decir que el derecho antidiscriminatorio no sea importante y no haya cumplido y siga cumpliendo una función fundamental en la tarea de reparación de situaciones de desigualdad.[16] Sin embargo, resulta importante no detenerse en la reparación y profundizar en las diferentes asignaciones de valor que subyacen a las diferencias de hecho —cómo se valora ser madre y ser padre, cómo se valora la sexualidad femenina y masculina, cómo se valora el cuerpo de la mujer y el cuerpo del varón, cómo se valora el trabajo femenino y masculino, cómo se califica moralmente la vulnerabilidad de unos y otras, etcétera— y que a menudo son la fuente de las actitudes y comportamientos discriminatorios.

Como señala Ann C. Scales a raíz del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, una visión que ignore las peculiaridades del género y no recoja rasgos fundamentales de la vida de las mujeres, no puede ser satisfactoria cuando se trata de dirimir conflictos que involucran cuestiones como el embarazo o la maternidad en relación con la primera infancia.[17] ¿Qué consecuencias puede arrastrar un tratamiento que prescinda de consideraciones de género cuando son precisamente tales consideraciones las que generan el conflicto? El análisis parece estar mal enfocado desde el inicio, en la medida en que no se encuadran todos los elementos relevantes para la búsqueda de un tratamiento jurídico adecuado.

En relación con el embarazo como aspecto de la vida de las mujeres que requiere recepción jurídica es interesante el itinerario de la jurisprudencia norteamericana en las primeras decisiones sobre subvenciones por embarazo, casos *Geduldig v. Aiello* (417 U.S. 484, 496-97 n.20 1974, *equal protection*) y *General Electric Co. v. Gilbert* (429 U.S. 125, 136-40 1976, *Title VII*), en las que se negaba la universalidad de la prestación sanitaria por embarazo. El argumento entonces utilizado apelaba al hecho que el universo de quienes no se

---

15 También señala Rodolfo Vázquez a propósito de la noción de igualdad, que los desafíos que plantea la diferencia no se remedian con la apelación a la igualdad formal, que sólo nos podría llevar a una "neutralidad defectuosa", *ibidem*, p.71.

16 Añón y Mestre señalan algunas críticas que se han hecho al derecho antidiscriminatorio como concreción de una concepción distributiva, que se centra en la redistribución sin señalar las relaciones jerárquicas o las asimetrías en las relaciones (dominación y opresión en los términos de I. Young), véase "Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho", en Boix Reig, J. y Martínez García, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Madrid, Iustel, 2005, p. 58.

17 Scales, Ann C., "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay", *The Yale Law Journal*, Nueva Haven, vol. 95, 1986, pp. 1395-1397.

quedan embarazadas no es sólo masculino, también hay mujeres que no se quedan embarazadas y, por tanto, no se trataría de una condición universalizable; al respecto, Martha Minow afirma:

> The Court considered, both as a statutory and a constitutional question, wether discrimination in health insurance plans on the basis of pregnancy amounted to discrimination on the basis of sex. In both instances, the Court answered negatively because pregnancy marks a division between the groups of pregnant and nonpregnant persons, and women fall in both categories. *Only from a point of view that treats pregnancy as a strange occasion, rather than a present, bodily potential, would its relationship to female experience be made so tenuous; and only from a vantage point that treats men as the norm would the exclusion of pregnancy from health insurance coverage seem unproblematic and free from forbidden gender discrimination.*[18]

Minow sostiene que la experiencia de quienes defienden los derechos de las mujeres en los tribunales, constata que sólo adaptándose a los estándares y doctrina jurídica existente pueden intentar reivindicar y tal vez lograr el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Sin embargo, en la medida en que se utilizan categorías que han sido diseñadas sin tener en cuenta la singularidad que plantean las mujeres, se aceptan dichas categorías como si no fuesen problemáticas.[19] En un caso posterior (*California Federal Savings and Loan Association v. Guerra*, 107 S. Ct. 683, 1987) en el que la Corte Suprema norteamericana concedió a una mujer embarazada una baja no pagada de cuatro meses, el razonamiento de la Corte consistió en centrarse en los costes que en términos de discriminación podía tener validar los acuerdos sociales existentes.[20] Estos tortuosos desarrollos ponen de manifiesto las dificultades de los sistemas jurídicos para incorporar las peculiaridades de la titularidad femenina en la configuración de los derechos. En otras palabras, la tendencia a la exclusión de la singularidad femenina revela las dificultades que existen para poder brindar reconocimiento jurídico a la toma de

---

[18] Minow, Martha, "Feminist Reason: Getting It and Losing It", en Bartlett, K. T. y Kennedy, R. (eds.), *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, Boulder, Westview Press, 1991, p. 361 (la cursiva es mía).

[19] *Idem.* Asimismo, en relación con este punto, Minow señala los riesgos de esencialismo y las exclusiones que la construcción de conceptos demasiado rígidos de mujer o de género pueden entrañar, *ibidem*, pp. 361 y 362. Aunque no me detendré aquí en este punto, cabe señalar que uno de los desafíos que debe asumir la teoría feminista es la de ser lo suficientemente flexible e incluyente para dar cabida a través de sus propuestas a la heterogeneidad de experiencias femeninas.

[20] *Ibidem*, p. 364.

decisiones y a los intereses de las mujeres. De este modo, las demandas singularmente femeninas no siempre encuentran fácil reconocimiento en los derechos y garantías de los documentos nacionales e internacionales con los que contamos. Estas experiencias son las que motivan la necesidad de revisitar los derechos humanos de las mujeres para intentar un contenido, una interpretación y una aplicación acordes con la fundamentación y conceptualización de los derechos humanos. De esta manera, podremos aspirar a lograr una mejor comprensión de aquello para lo cual las mujeres demandan protección jurídica. En lo que sigue partiré de un reconocimiento de los ejes sobre los que se fundamentan los derechos humanos para proponer una mirada ligeramente revisada. A partir de las reivindicaciones que el modelo actual ha permitido, señalaré aquellos aspectos en los que el modelo podría, desde la perspectiva que planteo, revisar sus presupuestos para lograr respuestas más incluyentes y, por tanto, más satisfactorias. Como lo expresara Alda Facio, las cuestiones que preocupan en relación con las mujeres y el derecho no sólo tienen que ver con la discriminación en la aplicación de las normas, sino que "se deben también a las leyes que no existen, a todas las instituciones que no se han creado…".[21] Precisamente a esa perspectiva ausente, que considera los derechos humanos desde la singularidad femenina, me voy a referir.

III. La fundamentación y el contenido de los derechos humanos

La historia de los derechos humanos refleja antecedentes filosóficos fundamentales sin los cuales tal noción no habría podido surgir y desarrollarse.[22] En primer lugar, el individualismo moral que permite empezar a hablar de derechos de las personas, derechos individuales, derechos subjetivos.[23] Este reconocimiento tanto sustantivo como metodológico que ubica

[21] Facio, Alda y Fries, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, American University, Lom Ediciones, La Morada, 1999, p. 108.

[22] Sobre la historia de los derechos humanos, véase las excelentes obras de Ishay, Micheline R., *The History of Human Rights. From Ancient Times to the Globalization Era*, California, University of California Press, 2004; y Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2009.

[23] Laporta, Francisco, "El concepto de los derechos humanos", en Soriano Díaz, R. *et al.* (eds.), *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, Huelva, Universidad Internacional de Andalucía, sede Iberoamericana de la Rábida, 2000, pp. 16 y ss.; Freeman, Michael, *Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2002, p. 21; sobre derechos subjetivos, véase Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara,

al individuo en el centro de las teorías morales es el germen de otros tantos conceptos fundamentales para el desarrollo de la teoría de los derechos. Entre tales conceptos se encuentra el de autonomía individual o personal que constituye otra de las bases para la justificación de los derechos. Este concepto central de la filosofía moral, política y jurídica, no puede entenderse, sin embargo, como el predicado de un sujeto sin contexto y sin tiempo, sino que para entender el alcance de la capacidad de autonomía, resulta indispensable apelar a la vinculación entre el sujeto y su contexto. De manera similar, el concepto de interés, en tanto objeto a menudo de las decisiones autónomas y de la protección que brindan los derechos, debe también ponerse en relación con el sujeto y su entorno, para dar un contenido significativo a dicha protección.

En torno a estas ideas transitan diversas propuestas contemporáneas sobre los derechos humanos. En el debate actual, en relación con la fundamentación, las teorías sobre derechos humanos se posicionan entre las que más claramente los conciben como derechos morales (Griffin,[24] Wellman,[25] Gewirth,[26] Nussbaum,[27] entre otros), es decir basados en valores, y las que prefieren buscar una base política o democrática para su legitimidad.[28] En medio de estas dos posiciones, diversos autores y autoras han sumado otros aspectos al análisis, buscando alternativas mixtas o comprehensivas de ambas perspectivas (Miller, Raz, al menos en alguna lectura de su propuesta), o incorporando la dimensión social y relacional (Gould), con vistas a dotar de

---

2004, y *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, cap. 1.

[24] Para James Griffin, "What we attach value to, in this account of human rights [based on normative agency], is specifically our capacity to choose and to pursue our conception of a worthwhile life", véase *On Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 45. Sin embargo, como señala Gould, la concepción de Griffin pone el énfasis en una noción negativa de la libertad antes que en una concepción de la autonomía más nutrida, en el sentido de libertad positiva, véase "A Social Ontology of Human Rights", en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, pp. 180-183.

[25] Ver la contraposición que realiza el autor de las concepciones tradicionales sobre derechos naturales frente a las concepciones políticas de los derechos humanos, Wellman, Carl, *The Moral Dimension of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 3-16.

[26] Gewirth, Alan, *Essays on Justification and Application*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

[27] Nussbaum, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Barcelona, Herder, 2002.

[28] Véase Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, y Buchanan, Allen E., *The Heart of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.

un significado más concreto o aplicado a los sistemas de protección nacionales e internacionales. Aunque la perspectiva desde la que abordo aquí los derechos humanos asume una concepción de los derechos humanos como derechos morales, me parece, sin embargo, en la línea del tercer conjunto de propuestas, que el contenido de esos derechos humanos cuya justificación anclamos en valores con vistas a dotarlos de legitimidad, necesita concreciones y a veces especificaciones que sólo pueden alcanzarse en la medida en que los pensemos en su contexto de ejercicio. Algunas de las propuestas sobre los derechos humanos que han desarrollado estas ideas son las de Joseph Raz y Carol Gould.

En la concepción de Raz, el rasgo de universalidad aparece matizado por la dimensión temporal así como por las condiciones sociales. Raz comienza por proponer la "universalidad sincrónica", que marcaría precisamente la dimensión temporal de los derechos: "all people alive today have the same human rights", para concluir preguntándose: "if people can have different human rights at different periods, why can it not be the case that people who live today can have different human rights? Why must human rights be synchronically universal?".[29]

Aunque Raz está pensando principalmente en la diversidad cultural y en la necesidad de ser receptivos con las variaciones que tal diversidad puede plantear en relación con los derechos humanos, creo que este tipo de reflexión en torno a la titularidad de los derechos en su contexto de ejercicio, nos puede servir para pensar la singularidad de algunos derechos humanos en relación con las mujeres.

Por su parte, Gould propone una concepción de los derechos humanos que tenga en cuenta una noción social y relacional de la agencia moral, y que incorpore las prácticas sociales a través de su noción de "universalidad concreta". La autora señala las "múltiples facetas de las personas y sus relaciones" que pueden ser susceptibles de universalización.[30] La concepción de derechos humanos que propone Gould se basa en dos aspectos: por un lado la noción de agencia entendida tanto en su individualidad como en su entorno social, y por otro lado en la "interdependencia como constitutiva de dicha agencia", es decir, en la presencia de contextos de interacción.[31] Para profundizar en esta concepción anclada en los sujetos y su entorno o, en otras palabras, en una lectura más receptiva respecto de las singularida-

---

[29] Raz, Joseph, "Human Rights in the Emerging World Order", en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 226.

[30] Gould, Carol C., "A Social Ontology of Human Rights", *cit.*, p. 193.

[31] *Ibidem*, p. 194.

des de las titulares de derechos y su contexto, me detendré especialmente en el concepto de autonomía relacional, cuya revisión permitirá entender mejor esta perspectiva. Precisamente porque el agente moral, el individuo del que predicamos derechos, tiene la capacidad primordial de relacionarse con su entorno, también la autonomía, en tanto dimensión primordial del agente moral, es una capacidad cuyo grado o alcance se mide en relación con el contexto.

1. *La autonomía*

Haré aquí una breve descripción de los rasgos que considero fundamentales del concepto.[32] La autonomía es una capacidad de las personas y, como tal, admite desarrollos variados que pueden condicionar fuertemente su ejercicio. Esto hace que sea tan difícil afirmar de alguien que no tiene —en lo absoluto— autonomía, como afirmar que tiene una autonomía máxima. Tener más o menos autonomía depende de una serie de factores, de condiciones internas y externas al sujeto. Entre las condiciones internas la literatura clásica sobre la autonomía ha destacado la *racionalidad*.[33] Esta condición netamente kantiana en su formulación originaria, ha sido enriquecida por ulteriores desarrollos relativos a las posibilidades de la acción racional, en la medida en que va precedida de un proceso de singularización de los deseos o preferencias, seguido de otro proceso de jerarquización de las mismas.[34] Esta compleja tarea que cada sujeto realiza comprometiendo su capacidad de reflexión comporta evaluar, calibrar, sopesar y finalmente asignar un orden de prioridades; orden que, a su vez, responderá a pautas que revelan la disposición moral y emocional del sujeto.[35]

---

[32] Para un análisis más extenso, véase Álvarez, Silvina, "La autonomía personal", en Díaz, E. y Colomer, J. L. (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002; y "La autonomía personal y la autonomía relacional", *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, vol. 35, núm. 1, 2014.

[33] Esta condición ha sido expresada de muy diversas maneras en la bibliografía sobre autonomía. Algunos trabajos se refieren a la capacidad de reflexión, otros a la capacidad de análisis y otros más generalmente a las aptitudes mentales del agente. Véase Raz, J., *The Morality of Freedom,* Nueva York, Oxford University Press, 1986; Dworkin, G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; Young, Robert, *Personal Autonomy. Beyond Negative and Positive Liberty*, Richmond, Croom Helm, 1986.

[34] Sobre autonomía personal y estratificación de preferencias, véase Frankfurt, Harry G., "Freedom of the will and the concept of a person", *The Journal of Philosophy*, Nueva York, vol. LXVIII, núm. I, 1971.

[35] Hablo aquí de disposición moral y emocional, entendiendo que el sujeto razona en sintonía con sus emociones, de las que no sólo no puede desprenderse completamente (aun-

Tal proceso, que implica necesariamente la psicología del agente racional, se complementa con otra condición también central que es la *independencia*. Mientras que la racionalidad hace referencia a una condición estrictamente subjetiva, exclusivamente interna del sujeto, la independencia se mueve en un terreno dual. Por un lado, también la independencia es una condición interna en la medida en que se refiere a la aptitud del sujeto para distanciarse de influjos ajenos, de condicionamientos externos, de deseos y preferencias que no son las suyas. Esto no quiere decir que las preferencias no puedan configurarse fuera del sujeto sino que para considerarlas propias las tiene que haber querido y escogido para sí. La independencia es en este sentido la aptitud para decidir por una misma, para no dejar en manos de otras personas elecciones relevantes. Por otro lado, la independencia tiene un aspecto externo en la medida en que nos habla de la posición que el sujeto ocupa respecto de su entorno y del tipo de relación que tiene con las personas con las que interacciona. Es decir, este segundo sentido de independencia toma en cuenta el *contexto* y las *relaciones*, el trasfondo de significado del que se nutre la capacidad emocional, cognitiva y conductual de la persona. En este sentido, se hace necesario recordar que numerosos aspectos de la vida de la persona vienen condicionados por circunstancias que no están sujetas a decisión ni a revisión personal. Circunstancias, como las características físicas del sujeto (sexo, color de piel, etnia, etcétera), que no sólo quedan fuera del ámbito de revisión sino que conforman un marco de referencia que puede condicionar de manera importante el contenido de las decisiones personales y del que difícilmente pueda el sujeto autónomo independizarse. Como apunta John Christman, dichas circunstancias van acompañadas de "significados sociales" sobre los que en algunos casos no resulta fácil intervenir.[36] Todo esto debe ser tomado en cuenta para evaluar la verdadera extensión de la independencia y del campo de decisión del agente.

En otras palabras, la condición de independencia debe plantearse incluyendo, en primer lugar, la capacidad de la persona para reflexionar sobre sí misma, el entorno y las otras personas. En segundo lugar, dicha capacidad debe unirse a la aptitud para tomar distancia respecto del entorno de relaciones y significado dado. Esta doble dimensión de la independencia es

---

que sí pueda esforzarse por atemperarlas o quitarles protagonismo), sino que forman parte necesaria de la agencia moral. La relación entre autonomía y emociones requiere de un estudio aún pendiente en la literatura sobre la materia. Sobre las emociones y sus aspectos cognitivos y racionales, véase Oakley, J., *Morality and the Emotions*, Nueva York, Routledge, 1992, pp. 6-121; también Griffiths, M., *Feminism and the Self*, Nueva York, Routledge, 1995, pp. 97-108.

[36] Christman, John, "Liberalism, Autonomy, and Self-Transformation", *Social Theory and Practice*, Florida, vol. 27, núm. 2, abril de 2001, pp. 185-206.

necesaria para que el sujeto cobre conciencia de su posición, de la distancia que lo vincula al entorno y a los otros. Por último, la condición de independencia debe entenderse como la capacidad para tomar decisiones sobre la base de las propias preferencias, habida cuenta del reconocimiento directo o indirecto del entorno y las relaciones —volveremos sobre esta cuestión—. Así definida la condición de independencia, y en contra de lo que sugiere la concepción clásica de la autonomía como independencia,[37] vemos entonces que encierra una importante dimensión relacional.[38] Ser independiente no es apartarse o aislarse de los demás, sino más bien lo contrario: tomar en consideración el entramado de relaciones en el que nos desarrollamos para poder posicionarnos, definirnos y decidir cuál es nuestra propia disposición en ese marco.

Se hace necesario ahora introducir otra condición importante en la configuración de la autonomía. Joseph Raz se ha referido a las *opciones relevantes* como condición necesaria para la autonomía: quienes no tienen ante sí una gama de opciones suficientemente importantes (no triviales ni delimitadas por la urgencia de la supervivencia) no están en condiciones de ejercer la autonomía.[39] No pueden ejercerla porque ésta consiste precisamente en la capacidad para tomar decisiones que afectan significativamente la vida del sujeto y que por tanto deben reflejar las preferencias de la persona. Si las opciones son insuficientes o inadecuadas, no se dan las condiciones para que las preferencias puedan expresarse. Tal como las presenta Raz, las opciones se refieren a un componente de la autonomía que es externo al sujeto y que permitiría entonces hacer una evaluación de la misma a partir de elementos objetivos que tienen que ver precisamente con el contexto y las relaciones en las que se inscribe la acción del sujeto.[40]

La introducción de las opciones en el concepto de autonomía tiene un significado muy importante, en la medida en que comporta el reconoci-

---

[37] Sobre este particular véase la crítica de J. Nedelsky a la autonomía como independencia en *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 118.

[38] Haworth menciona dos aspectos relacionales de la independencia vinculados al conocimiento que el sujeto tiene de sí mismo, por un lado, y de los demás, por otro; asimismo, resalta la relevancia de la independencia en relación con la acción, véase Haworth, L, *Autonomy. An Essay in Philosophical Psychology and Ethics*, Nueva Haven, Yale University Press, 1986, p. 13.

[39] Conviene observar que, así configurada la condición de relevancia de las opciones, la autonomía se define, como he sostenido en otra parte, no por los resultados sustantivos de su ejercicio pero sí por las condiciones sustantivas para su ejercicio. Véase "La autonomía personal", *cit.*, pp. 158 y159.

[40] Raz, J., *The Morality of Freedom*, *cit.*, pp. 373-390.

miento de que no se trata de una capacidad cuya presencia o no en el agente pueda valorarse sólo a partir de constatar que concurren las condiciones que antes identificamos como racionalidad e independencia, en su sentido subjetivo o interno. Al introducir las opciones como elemento de la autonomía, se señala que se trata de una capacidad cuyo ejercicio está en función del tipo de estímulos, incentivos, situaciones, relaciones o entorno con que se enfrenta el agente. Las opciones se configuran precisamente a partir de todos aquellos factores que conforman el escenario de toma de decisiones de una persona. El ámbito familiar y de relaciones afectivas que rodean el desarrollo evolutivo en la infancia, marcan sin duda la autonomía de los niños y niñas, en la medida en que podemos hablar de una incipiente autonomía.[41] Progresivamente, el entramado de relaciones traspasa el ámbito familiar para abarcar contextos más extensos y variados. Así, las opciones de una persona adulta darán cuenta de la red de relaciones de la que forma parte, así como de los ámbitos o contextos —familiar, de amistades, social, laboral, etcétera— en los que actúa e interactúa. Todo este entramado relacional y contextual que rodea al agente tiene una dimensión objetiva, externa, observable. Pero dicho entramado dota a las opciones también de un significado subjetivo que depende del tipo de inserción que vincula al agente con otras personas en su ámbito de referencia.

Así, existen opciones en la medida en que se dan tanto las condiciones externas (en relación con el contexto y relaciones), es decir las oportunidades, como las condiciones internas (en relación con la percepción que el sujeto tiene del contexto y la propia inserción en el entramado de relaciones). Dicho con otras palabras, las opciones para configurarse como tales requieren que las oportunidades sean percibidas por el agente como: legítimas y viables para sí; sólo de este modo un curso de acción podrá ser identificado, seleccionado y llevado a cabo por el agente autónomo.[42]

En la caracterización que se ha realizado de la autonomía personal, el elemento que marca seguramente un giro importante respecto de la concepción clásica-liberal de la autonomía es el relativo a las opciones, tanto en la vertiente objetiva como subjetiva del concepto. En el primer caso porque implica admitir que la autonomía no se dirime sólo en primera persona, que no es sólo un indicador de las habilidades cognitivas del sujeto racional,

---

[41] Sobre el desarrollo de la autonomía en los primeros estadios de la infancia y lo que el autor denomina "autonomía mínima", véase Haworth, L., *op. cit.*, pp. 16-21.

[42] El aspecto subjetivo de las opciones tal como aquí las he presentado, parece tener puntos de contacto con lo que en el análisis de J. Nedelsky se define como el "sentimiento de autonomía" o la posibilidad de autopercibirse como un agente capaz de tener la experiencia de actuar autónomamente. Véase Nedelsky, J., *op. cit.*, p. 135.

sino que el desarrollo de dichas capacidades está fuertemente condicionado por elementos externos al sujeto, por el contexto y por las relaciones que en el marco de dicho contexto el sujeto entabla. En el segundo caso porque se señala la fuerte interrelación que existe entre los aspectos cognitivos y los psicológicos, y entre éstos y el contexto de oportunidades y relaciones. En ambas vertientes, objetiva y subjetiva, de las opciones, la forma en que el sujeto se vincula con el entorno y el tipo de relaciones que entabla con otros sujetos, resultan centrales para determinar el contenido y extensión de lo que llamo *opciones relacionales*.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, este concepto relacional de la autonomía me parece que puede ser importante en primer lugar como fundamento de los derechos humanos y en segundo lugar como indicador de los ámbitos respecto de los cuales las personas buscan protección jurídica, es decir, como indicador del contenido de los derechos. Sobre la primera cuestión he señalado más arriba la importancia de la autonomía como valor en relación con el cual poder justificar la protección de derechos o su función de garantía. La autonomía está en el trasfondo normativo de los derechos, como aquello que éstos permiten realizar, potenciar y concretar. Es a través de los derechos, es decir, a través de la especial protección que los derechos brindan a sus titulares, que éstos pueden llevar a cabo elecciones relevantes, alcanzar sus objetivos y ver realizados sus intereses. Sobre la segunda cuestión, en la medida en que la capacidad de autonomía se conciba y se analice en su contexto de ejercicio, puede servir como indicador del tipo de contenido que las personas quieren proteger como objeto de sus elecciones: su cuerpo, su integridad, su capacidad reproductiva, un espacio de libertad, un entorno libre de violencia, su capacidad productiva, su potencial de trabajo, etcétera. Estos contenidos son aquellos bienes o intereses que las personas quieren ver protegidos a través de los derechos humanos.

En otras palabras, el concepto de autonomía relacional que he presentado permite, a su vez, tener una dimensión más precisa tanto del alcance de los intereses objeto de las decisiones de las personas, como del ámbito relacional y contextual de actuación de los agentes y, por tanto, del ámbito en el que los derechos son llamados a intervenir. Por otra parte, como señala Gould, los derechos son reconocidos desde su formulación en un entorno intersubjetivo o relacional. La construcción del concepto en su doble dimensión derecho-deber pone de relieve la necesaria "mutualidad" del concepto.[43] La dimensión relacional de la autonomía puede revelar de manera más precisa cuáles son los intereses que las personas quieren realizar y,

[43] Gould, Carol C., *Conceptualizing Women's Human Rights*, *cit.*, p. 6.

por tanto, ver tutelados a través del derecho. Se introducen así los intereses como otro elemento vinculado a la autonomía. El vínculo entre la autonomía y los intereses y entre éstos y los derechos es suficientemente recurrente como para que nos detengamos un momento en esta cuestión.

2. *Los intereses*

Buena parte de las teorías contemporáneas sobre derechos humanos se basan en el concepto de interés como objeto de protección de los derechos. Recuperando la clasificación de las teorías de derechos humanos ya mencionada más arriba, podemos dividir ahora dichas teorías entre aquellas que consideran los derechos humanos como derechos morales basados en valores como la autonomía o la dignidad, por un lado, y aquellas otras que evitando la justificación moral se decantan por una configuración basada en la identificación de los intereses que las personas quieren salvaguardar o proteger.[44] Así Beitz, por ejemplo, afirma que,

> human rights are requirements whose object is to protect urgent individual interests against certain predictable dangers ('standard threats') to which they are vulnerable under typical circumstances of life in a modern world order composed of states.[45]

Más allá de las diferencias en la fundamentación, la noción de interés es ampliamente utilizada para delimitar el contenido de los derechos humanos, incluso por quienes adoptan una justificación basada en valores. Así, Besson afirma: "Human rights are a subset of universal moral rights (i) that protect fundamental and general human interests (ii) against action or omission of (national, regional or international) public institutions that exercise jurisdiction (iii)".[46]

No todos los intereses, sin embargo, serán objeto de protección a través de los derechos.[47] Se trata de intereses capaces de ser generalizados y con-

---

[44] Gilabert, Pablo, "Human Rights, Human Dignity, and Power", en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 203.

[45] Beitz, Charles, *op. cit.*, p. 109.

[46] Besson, Samantha, "Human Rights and Constitutional Law. Patterns of Mutual Validation and Legitimation", en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 282.

[47] No es mi propósito adentrarme aquí en las teorías de justificación de los derechos, tradicionalmente divididas entre teorías de la voluntad y teorías del interés, como conjuntos

siderados fundamentales. Quienes justifican los derechos humanos a partir del concepto de dignidad humana o ven en la humanidad una condición vinculada necesariamente con cierto estatus, vinculan los intereses relevantes a dicha condición. Además de los intereses generales o fundamentales, otra serie de intereses vinculados con el ámbito temporal y el contexto específico de referencia pueden configurarse y reconocerse a través de mecanismos diversos, como por ejemplo a través de la deliberación en la comunidad política.[48] Me ocuparé aquí de los intereses en la medida en que éstos aparecen vinculados a la toma de decisiones, como aquello que con frecuencia motiva las elecciones autónomas y perfila el objeto de nuestras elecciones. El vínculo entre autonomía e intereses ha llevado a Kai Möller a proponer una concepción de la autonomía basada en los intereses protegidos. Según el autor, la relevancia de los intereses en la toma de decisiones se aprecia cuando se asume el punto de vista del agente decisor y su concepción de sí mismo.[49] Desde la perspectiva del desarrollo personal o la identidad del agente autónomo, los intereses adquirirían una relevancia mayor en el contexto de toma de decisiones, como un elemento que introduce consideraciones que van más allá de las preferencias del agente.[50] En este sentido, son objeto de protección jurídica aquellos intereses que contribuyen al desarrollo de la autonomía personal y que, a su vez, pueda justificarse que generen obligaciones o deberes como contrapartida. En el ámbito de la protección jurídica, la noción de interés también requiere una interpretación anclada en el contexto, en la medida en que esa noción sirve de bisagra entre el sujeto de derechos y quien tiene el deber de dar satisfacción a tales derechos.[51]

---

separados e incluso mutuamente excluyentes de justificación. Véase Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1984, pp. 1-20. Propongo, en cambio, considerar la autonomía —en tanto manifestación de la voluntad de las personas— y los intereses —en la medida en que dan forma o proporcionan contenido a la autonomía— como elementos que nos permiten precisar el contenido de los derechos, con vistas a lograr un perfil más fino y acertado para la protección jurídica de las personas.

[48] Besson, S., *op. cit.*, pp. 282 y 283.

[49] Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, p. 58.

[50] *Ibidem*, pp. 59-61. Sin profundizar en ulteriores consecuencias que podríamos derivar de esta perspectiva —en relación, por ejemplo con la conveniencia o no de una concepción más sustantiva de la autonomía—, afirma Möller, que una concepción de este tipo parece estar presente en buena parte del derecho constitucional contemporáneo , *ibidem,* p. 63.

[51] Besson, S., *op. cit.*, 282. También Raz insiste en los deberes correlativos como la medida en que un derecho puede prosperar, aunque él se refiere al contenido de los derechos como aquello que es valioso para los titulares, *Philosophical Foundations of Human Rights*, *cit.*, p. 221.

El concepto de interés requiere matizaciones. Si pensamos nuevamente en los derechos de las mujeres y las concebimos como titulares de intereses, dentro de un grupo tan extenso y heterogéneo resultaría difícil pensar en "intereses compartidos"; en realidad, frente a cualquiera de las cuestiones mencionadas más arriba como singularmente femeninas podríamos hallar posiciones diversas y a menudo encontradas por parte de mujeres diversamente posicionadas en la sociedad. Cuando se presentan los intereses de las mujeres como una dimensión de los derechos que debe ser tenida en cuenta para afinar la extensión y protección de los mismos, se hace referencia a cuestiones respecto de las cuales sería deseable que el derecho se pronunciase teniendo en cuenta dichos intereses fundamentales a través de su formulación general. Como se señaló más arriba, muchas de las cuestiones que constituyen intereses importantes para las mujeres, ya que son objeto de decisiones relevantes, deberían ser objeto de una reflexión jurídica originaria. Con independencia de que existan posiciones diversas sobre cómo solucionar las cuestiones relativas a la reproducción, la violencia o el acoso —por poner sólo algunos ejemplos— estos son temas que requieren desarrollos jurídicos que tomen en cuenta la perspectiva de las mujeres. En palabras de Ann Ferguson,

> Claiming that women have a common formal interest in reproductive rights does not imply that they all need or desire to exercise reproductive rights… What it does imply, however, is that all women have a minimally common social location as citizens of the nation states of the world, through legal differentiation by gender and other means, *e. g.* a structured sexual division of labor, so that, in spite of racial, ethnic, class, sexual and national differences, it would benefit all women to have access to reproductive choice because of this common social location.[52] I agree with Jonásdóttir that having an interest is not a permanent state but a historical one.[53]
>
> Further, this conception of interests defines them as always relational; that is, a person has an interest in deciding what to do regarding X, in opposition to other groups whose needs or perceived concerns regarding X may conflict. The relationality of the concept of "interest" may be noted by connecting it to the concept of 'power over' which is also a relational concept. In Steven

[52] Ferguson, Ann, "Empowerment, Development and Women's Liberation", en Jónasdóttir, A. G. y Jones, K. B. (eds.), *The Political Interests of Gender Revisited*, Manchester, Manchester University Press, 2009, p. 87.

[53] *Ibidem*, p. 88.

> Lukes's terms, "A exercises power over B when A affects B in a manner contrary to A's interests".[54]

Los errores en la percepción de los intereses y conflictos que involucran a las mujeres han tenido que ver, en buena parte, con tomar como punto de partida un modelo jurídico preestablecido e intentar adaptar la realidad a ese modelo. Las buenas soluciones parecen requerir un proceder inverso: una acertada observación de la realidad y un buen diagnóstico llevarán a un diseño legal acorde a las peculiaridades de la situación de que se trate. Para que este diagnóstico sea acertado parece indispensable la toma en consideración del punto de vista de las titulares, así como del contexto en que las mujeres plantean sus demandas, intereses y conflictos. Retomando las palabras de Ferguson antes transcritas, se trataría de delinear un interés formal, cuyo desarrollo, manifestaciones o ejercicio perfilaría cada una de las titulares.

Aunque aquí me he decantado por una teoría de los derechos humanos como derechos morales que pone en valor la autonomía de los individuos, los intereses intervendrían en la configuración y reconocimiento del contenido de los derechos; se trata de un elemento importante en la toma de decisiones de las personas y, en tal sentido, los derechos no parecen ser indiferentes a ellos. Meckled-Garcia propone dos lecturas diferentes en relación con la importancia de los intereses:

> On the first reading, the importance of an interest is in terms of its importance for a person's well-being. For example it is usually highly important for a person to enjoy even minimal well-being that such interests as water, food, freedom from attack, and so forth, are secured. On the second understanding of importance, securing an interest is important by reference to some moral value, such that prioritizing this interest realizes that value and failing to prioritize it does not, or even runs counter to it. So, equal pay for equal work is more in line with the value of fairness than random pay for equal work. The additional pay a person in the random pay system might get in the equal pay system might be of marginal importance to her well-being, given her life aims. More pay may not alter the well-being of someone whose life satisfaction is focused on her work. Yet the distribution is hugely important for fairness.[55]

---

[54] Lukes, S., *Power: a Radical View*, Londres-Nueva York, Macmillan, 1974, p. 34, citado por Ferguson, Ann, "Empowerment, Development and Women's Liberation", *cit.*, pp. 88 y 89.

[55] Meckled-Garcia, Saladin, "Specifying Human Rights", en Cruft, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015, p. 312.

> …there are significant problems with the weight-of interests view that frames the prioritization problem to which the democratic specification approach is supposed to resolve. A challenge to that framework is the idea that we sometimes prioritise some interests over others, and impose some burdens as a result, not because of their respective contributions to well-being but because doing so serves a moral value such as equal respect.

Si bien una teoría de los derechos humanos basada exclusivamente en los intereses no resulta satisfactoria, sí parece importante atender a los intereses al momento de determinar el contenido de los derechos humanos, su delimitación contextual y temporal, así como la emergencia de nuevos derechos. Por esta razón, un principio como el de la autonomía que se ubica en el ámbito de la fundamentación, puede servir también como puente hacia los intereses —en la medida en que los intereses se presentan a menudo como objeto o contenido de las decisiones autónomas— y contribuir a dirimir los problemas de delimitación del contenido de los derechos, así como los problemas de conflictos.

Con estas nociones perfiladas en torno a la fundamentación de los derechos humanos y para poder visualizar su contenido teniendo en cuenta los ámbitos de la vida de las mujeres que demandan garantías jurídicas, propongo observar una última cuestión, las asimetrías.

IV. Las asimetrías relevantes entre varones y mujeres

Con vistas a pensar el tipo de diseño jurídico que requerirían los derechos humanos de las mujeres para propiciar el desarrollo de su autonomía relacional, hay otro elemento que me parece importante tener presente. Así como hemos dicho que algunos derechos, por ejemplo los derechos políticos tal como se presentan en el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), pueden aplicarse extensivamente a varones y mujeres sin mayores especificaciones, otros aspectos de la vida requieren tener en cuenta para su protección jurídica las peculiaridades de los titulares.

Robin West, en un conocido trabajo aparecido en 1988, insistía en la necesidad de pensar los problemas que enfrentan las mujeres desde una perspectiva diferente, dada la limitada eficacia de las instituciones jurídicas convencionales. La autora apunta en dicho artículo cómo muchas de las reformas jurídicas alcanzadas en torno a cuestiones tales como las agresiones sexuales, la reproducción o el embarazo han seguido el molde de la legislación ya existente sobre otras cuestiones que no resultan parangonables:

> Por razones estratégicas, estas reformas frecuentemente han sido conseguidas por medio de la caracterización de los [daños] a las mujeres como análogos, sino idénticos a los [daños] sufridos por los hombres (el acoso sexual como una forma de "discriminación"; la violación como un crimen de "violencia"); o por medio de la caracterización del anhelo de las mujeres como análogo, sino idéntico, a los valores oficiales de los hombres (la libertad de reproducción… es concebida en cambio como un "derecho de autonomía"…[56]

En este punto me gustaría plantear una discrepancia con West, desde la perspectiva que he desarrollado más arriba. Creo que el modelo de derechos humanos basado en la protección de la capacidad de los individuos para tomar decisiones sobre las cuestiones que atañen a los intereses significativos en la vida de las personas, es válido para los derechos humanos de las mujeres. Lo que desde mi punto de vista hace falta es volver a pensar cuál es el contexto relacional de toma de decisiones de las mujeres, para perfilar mejor el contenido de sus derechos.[57] Y si prestamos atención a tal contexto, se ponen rápidamente de manifiesto diferencias importantes entre varones y mujeres que marcan lo que aquí llamo *asimetrías relevantes*.

El entramado de relaciones que se ha descrito al analizar la autonomía no puede escapar a la perspectiva de género interesada en poner de manifiesto el trasfondo contextual y relacional que acompaña a las mujeres en su tránsito hacia la autonomía. Como señalan Mackenzie y Stoljar, dos son las preocupaciones centrales de la perspectiva relacional. Por un lado propone una concepción del agente cuyas posibilidades racionales y morales sólo pueden comprenderse adecuadamente atendiendo al contexto de interacción que les es propio. En segundo lugar, la autonomía relacional está especialmente interesada en desentrañar los procesos de socialización en los que se inscribe y actúa la persona autónoma.[58] Ese proceso se nutre también de una red de significados que van unidos a determinados tipos de vínculos. El entramado de relaciones está marcado, entonces, por significados socioculturales que configuran posiciones y, por tanto, opciones.

Desde la perspectiva de género podemos señalar dos elementos que condicionan el entramado socio-cultural y, por ende, las opciones que las mujeres reconocen para sí. Estos elementos son la *herencia patriarcal* y los *estereotipos de género*. Se trata de aspectos que se pueden presentar con intensidad

---

[56] West, Robin, *Género y teoría del Derecho*, Bogotá, Uniandes, Siglo del Hombre, 2000, p. 159.

[57] Sobre el derecho desde una perspectiva relacional, véase Nedelsky, J., *op. cit.*

[58] Véase Mackenzie, C. y Stoljar, N. (eds.), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 21 y 22.

variable según la sociedad concreta de que se trate, pero difícilmente existe alguna sociedad que escape a estos dos influjos.

En cuanto a la *herencia patriarcal*, ésta conlleva por parte de varones y mujeres la consecución de comportamientos aprendidos a través de la educación recibida desde la infancia y a través de roles que toman como norma de corrección todo aquello vinculado a lo masculino. Los roles asignados a la mujer suelen ser infravalorados con respecto a los roles masculinos y están en función de la satisfacción de las necesidades y deseos de los varones. Contribuyen al patriarcado aspectos como el uso de la fuerza con una clara connotación sexual (dominación sexual, violación), la dependencia y/o inferioridad económica de las mujeres, la religión, la literatura y otras expresiones de la cultura. [59]

En relación con esta estructura patriarcal se construyen los *estereotipos de género*. El patriarcado se asienta en la asignación de roles en torno a los cuales se perfilan características propias para varones y mujeres.[60] Los estereotipos pueden responder a circunstancias o aspectos fácticos de las personas (y ser descriptivos) o a modelos sobre cómo ellas deben comportarse (y ser en este sentido prescriptivos); en ambos casos, se establecen generalizaciones que no se detienen en recoger las peculiaridades individuales de los sujetos.[61] Se trata de rígidas etiquetas que se transmiten a través de pautas sociales y culturales y que dejan un espacio muy reducido y no exento de altos costes para quienes quieran reivindicar su individualidad en oposición a dichas etiquetas.[62]

---

[59] Para una aproximación a la noción de patriarcado, véase Álvarez, Silvina, "Patriarcado y política sexual", en Beltrán, E. y Maquierira, V., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 2001, pp. 107 y 108.

[60] A modo de ejemplo, el artículo 5o. de la CEDAW —Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer— resume de manera impecable esta asignación al afirmar que "los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para: *a*) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".

[61] Véase Holtmaat, R. y Naber, J., *Women's Human rights and Culture. From Deadlock to Dialogue*, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 58; también sobre estereotipos descriptivos y prescriptivos, despectivos y benévolos, véase *ibidem*, pp. 28-84.

[62] Los estereotipos que produce el patriarcado imprimen en la socialización de mujeres y varones pautas asimétricas de elección muy difíciles de reformular individualmente. Diversas concepciones de la autonomía se han fijado en los efectos que una distinta socialización tiene en la autonomía de varones y mujeres. D. Meyers, por ejemplo, afirma que la socialización de los varones incentiva la autonomía más de lo que lo hace la socialización de las mujeres, *Self, Society, and Personal Choice*, Nueva York, Columbia University Press, 1989, p. 170. Según

La asimétrica socialización de varones y mujeres tiene su origen, en parte, en el significado y el valor asignado a las asimetrías biológicas. Tomemos el caso de la reproducción. Aunque varones y mujeres son agentes reproductivos, con capacidad para procrear, la vida reproductiva de unos y otras es distinta. Es distinto el inicio de su vida reproductiva, es distinto su desarrollo y es distinto también el fin de la vida reproductiva de varones y mujeres. La gestación, el embarazo y la lactancia, involucran y comprometen física y emocionalmente a la mujer con la maternidad. Por último, el final del ciclo reproductivo de la mujer tiene, a su vez, una temporalidad aproximada que marca el llamado "reloj biológico" y que culmina con la menopausia. En contraposición con esta cronología, la vida reproductiva de los varones no se presenta con manifestaciones corporales equivalentes, no exterioriza ciclos periódicos y se prolonga en el tiempo más allá de la edad reproductiva de las mujeres.

Estas asimetrías en la reproducción de varones y mujeres van a ser un elemento importante a tener en cuenta al momento de brindar protección jurídica a cuestiones vinculadas, por ejemplo, con la elección del momento de la reproducción, las técnicas reproductivas y su relación con el cuerpo de unos y otras.

Las asimetrías entre varones y mujeres van más allá de las diferencias biológicas y reproductivas, para manifestarse en diversos ámbitos como el de las relaciones íntimas y familiares. El significado social y cultural de la maternidad y la paternidad, por ejemplo, también muestra patrones diferentes de relación materno-filial y paterno-filial. Los distintos patrones o modelos, se configuran a través de las distintas actitudes, emociones y disposición para el cuidado que se transmite con la educación. Las asimetrías en las relaciones familiares se ponen de manifiesto con especial claridad en algunas situaciones como, por ejemplo, las elecciones laborales de varones y mujeres,[63] o el régimen de custodia otorgado en los procesos de divorcio.[64]

Otro ámbito en el que las asimetrías resultan jurídicamente relevantes para proteger los derechos de las mujeres, es el relativo al ejercicio de la violencia. Como ha señalado Elena Larrauri, el derecho penal debe atender a

---

la autora, los "roles de género" funcionan como restricciones a la autonomía de las mujeres, *ibidem*, pp. 248-253.

[63] Conforme a los datos que disponemos en España, son mayoritariamente las mujeres quienes se acogen a la reducción de la jornada laboral por cuidado directo de menores de 8 años; Consejo General del Poder Judicial, 2014.

[64] En tales procesos alrededor de 80% de las custodias se otorgan a la madre; datos del Consejo General del Poder Judicial, 2014.

la autoría y al contexto en el que tienen lugar las agresiones contra las mujeres, si aspira a una protección adecuada a la posición que la mujer tiene en relación con su agresor (aplicación de instituciones penales, valoración de agravantes o atenuantes). Para la autora, a menudo no se han tomado suficientemente en cuenta las asimetrías que revisten ciertos actos, según quién sea el autor de tales actos o el contexto de significado que los rodea. Afirma la autora:

> Hay supuestos de "comportamientos idénticos" que tienen consecuencias distintas, así por ejemplo, el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas;[65] del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer.[66]

Esta breve descripción de las asimetrías entre varones y mujeres, que se refleja en cuestiones tan importantes como la reproducción y la violencia, pone de manifiesto la necesidad de herramientas jurídicas que puedan tutelar y garantizar la autonomía en contextos diferentes y dar respuestas a intereses que se manifiestan también de manera diferente. La pregunta ¿derechos humanos para quién? se vuelve pertinente cuando, como señala Rodolfo Vázquez, la igualdad requiere "una igual valoración jurídica de las diferencias".[67]

V. Bibliografía

ÁLVAREZ, Silvina, "La autonomía personal", en DÍAZ, E. y COLOMER, J. L. (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002.

———, "La autonomía personal y la autonomía relacional", *Análisis Filosófico*, Buenos Aires, vol. 35, núm. 1, 2014.

———, "Patriarcado y política sexual", en BELTRÁN, E. y MAQUIERIRA, V., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 2001.

---

65 Larrauri, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Trotta, 2007.

66 Larrauri, Elena, "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, México, núm. 13, 2009, p. 43.

67 Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, p. 66.

AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE I MESTRE, Ruth, "Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho", en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Madrid, Iustel, 2005.

BEITZ, Charles, *The Idea of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

BELTRÁN, Elena "Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad", en BELTRÁN, E. y MAQUIEIRA, V., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 2001.

——— y MAQUIEIRA, V., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 2001.

BESSON, Samantha, "Human Rights and Constitutional Law. Patterns of Mutual Validation and Legitimation", en CRUFT, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015.

BUCHANAN, Allen E., *The Heart of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.

BUNCH, Charlotte, "Transforming Human Rights from a Feminist Perspective", en PETERS, J. y WOLPER, A. (eds.), *Women's Rights, Human Rights*, Nueva York, Routledge, 1995.

CHARLESWORTH, Hilary, "What are 'Women's International Human Rights'?", en COOK. R. J. (ed.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1994.

——— "Human Rights as Men's Rights", en PETERS, J. y WOLPER, A. (eds.), *Women's Rights, Human Rights*, Nueva York, Routledge, 1995.

CHRISTMAN, John, "Liberalism, Autonomy, and Self-Transformation", *Social Theory and Practice*, Florida, vol. 27, núm. 2, abril de 2001.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara, 2004.

———, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

DWORKIN, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

FACIO, Alda y FRIES, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, American University, Lom Ediciones, La Morada, 1999.

FERGUSON, Ann "Empowerment, Development and Women's Liberation", en JÓNASDÓTTIR, A. G. y JONES, K. B. (eds.), *The Political Interests of Gender Revisited*, Manchester, Manchester University Press, 2009.

FRANKFURT, Harry G., "Freedom of the Will and the Concept of a Person", *The Journal of Philosophy*, Nueva York, vol. LXVIII, núm. I, 1971.

FREEMAN, Michael, *Human Rights*, Cambridge, Politiy Press, 2002.

GEWIRTH, Alan, *Essays on Justification and Application*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

GILABERT, Pablo, "Human Rights, Human Dignity, and Power", en CRUFT, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015.

GOULD, Carol C., *Conceptualizing Women's Human Rights*, Florencia, European University Institute, Robert Schuman Centre, 2002; también en *Globalizing Democracy and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

———, "A Social Ontology of Human Rights", en CRUFT, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015.

GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

GRIFFITHS, M., *Feminism and the Self*, Nueva York, Routledge, 1995.

HAWORTH, L., *Autonomy. An Essay in Philosophical Psychology and Ethics*, Nueva Haven, Yale University Press, 1986.

HOLTMAAT, R. y J. Naber, *Women's Human Rights and Culture. From Deadlock to Dialogue*, Cambridge, Intersentia, 2011.

HUNT, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2009.

ISHAY, Micheline R., *The History of Human Rights. From Ancient Times to the Globalization Era.* California, University of California Press, 2004.

LACEY, Nicola, "Feminist Legal Theory and the Rights of Women", en KNOP, K. (ed.), *Gender and Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

LAPORTA, Francisco, "El concepto de los derechos humanos", en SORIANO DÍAZ, R. *et al.* (eds.), *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, Huelva, Universidad Internacional de Andalucía, sede Iberoamericana de la Rábida, 2000.

LARRAURI, Elena, "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, México, núm. 13, 2009.

———, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Trotta, 2007.

MACKENZIE, C. y STOLJAR, N. (eds.), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.

MECKLED-GARCIA, Saladin, "Specifying Human Rights", en CRUFT, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015.

MEYERS, Diana, *Self, Society, and Personal Choice*, Nueva York, Columbia University Press, 1989.

MILLER, David, "Joseph Raz on Human Rights. A Critical Appraisal", en CRUFT, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015.

MINOW, Martha, "Feminist Reason: Getting It and Losing It", en BARTLETT, K. T. y KENNEDY, R. (eds.), *Feminist Legal Theory. Readings in Law and Gender*, Boulder, Westview Press, 1991.

MÖLLER, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2012.

MULLALLY, Siobhán, *Gender, Culture and Human Rights. Reclaiming Universalism*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

NEDELSKY, Jennifer, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

NUSSBAUM, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, Barcelona, Herder, 2002.

OAKLEY, J., *Morality and the emotions*, Nueva York, Routledge, 1992.

OKIN, S. M., *Justice, Gender, and the Family*, Nueva York, Basic Books, 1989.

PATEMAN, C., *The Disorder of Women. Democracy, Feminism, and Political Theory*, California, Stanford University Press, 1989.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.

——— "Human Rights in the Emerging World Order", en CRUFT, Rowan *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2015.

REILLY, Niamh, *Women's Human Rights. Seeking Gender Justice in a Globalizing Age*, Cambridge, Politiy Press, 2009.

SCALES, Ann C., "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay", *The Yale Law Journal*, Nueva Haven, vol. 95, 1986.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015.

WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.

WELLMAN, Carl, *The Moral Dimension of Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

WEST, Robin, *Género y teoría del Derecho*, Bogotá, Uniandes, Siglo del Hombre, 2000.

YOUNG, Robert, *Personal Autonomy. Beyond Negative and Positive Liberty*, Richmond, Croom Helm, 1986.

LA CULTURA DE LA LEGALIDAD EN EL MÓDELO DEMOCRÁTICO-ARGUMENTATIVO

Ana Lilia Amezcua Ferrer*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Cultura de la legalidad*. III. *El modelo argumentativo-democrático y sus bondades*. IV. *A manera de propuesta*.

I. Introducción

En las últimas décadas los estudios y discusiones sobre la cultura de la legalidad han aumentado considerablemente, pero, a pesar de ello, todavía no contamos con ninguna definición común de cultura de la legalidad que haya alcanzado un nivel de consenso tal que sea incontrovertible dentro de la academia.

La finalidad de este ensayo no será proponer una nueva definición de aquel concepto, sino hacer una crítica al modelo democrático-argumentativo utilizando los lentes de la cultura de la legalidad. Por lo tanto, para referirnos a este concepto, utilizaremos la definición que Rofolfo Vázquez expone en su obra *Las fronteras morales del derecho*, en donde se refiere a la cultura de la legalidad como "la aceptación voluntaria por parte de los actores jurídicos y de la ciudadanía de un conjunto de normas jurídicas generales, públicas y no retroactivas, que se consideran correctas para una adecuada convivencia social".[1]

II. Cultura de la legalidad

De esta manera, de acuerdo con la definición de Vázquez, la cultura de la legalidad se referirá al cumplimiento tanto por parte de los servidores

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

[1] Vázquez, Rodolfo, "Cultura de la legalidad. Cuatro modelos teóricos y un apéndice sociológico", *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009.

públicos como por parte de los ciudadanos de las normas jurídicas vigentes en una determinada sociedad. Una de las notas distintivas en la definición de Vázquez versa sobre los motivos por los cuales las personas *de hecho* deciden cumplir con esas normas, a saber, la convicción de que la adecuación de su conducta con las normas generales impuestas permitirá una buena convivencia social.

Es interesante que si bien los motivos por los cuales cada individuo podría decidir actuar de conformidad con las normas establecidas son tan variados como el número de personas en el Estado, todas tienen una motivación externa en común: la idea de que es mejor —ya sea desde un punto de vista deontológico o pragmático— adecuarse con las normas que no hacerlo.

Para analizar las diversas maneras en que la cultura de la legalidad puede ser entendida y, sobre todo, el modo en que estos entendimientos del concepto ocasionan que las normas sean aplicadas en una u otra forma, podemos apoyarnos en el análisis de los siguientes cuatro modelos de legalidad:

1. *Modelo formalista y positivista*

El modelo positivista no se involucra en la discusión sobre la legitimación o la legitimidad de las normas, ya que no existe una forma única ni comprobable de abordar las cuestiones planteadas y, en consecuencia, los locutores únicamente estarán exponiendo meras creencias personales.

En virtud de lo anterior, este modelo únicamente atenderá la legalidad y la validez de las normas, es decir, aquellos requisitos formales, verificables y objetivos que una norma debe satisfacer para poder permanecer en el sistema y ser vinculante para los sujetos a quienes está dirigida.

2. *Modelo crítico y realista*

En contraste con el modelo formalista, el modelo crítico y realista pone su acento en la legitimación y la eficacia de las normas. Este modelo visibiliza fuertemente la dimensión histórica y social del derecho, negando la tesis que afirma al derecho como una disciplina autónoma que no se relaciona ni se ve influida por otras ramas de estudio.

Este modelo sostiene que tanto el derecho como sus aplicadores, tienen intereses y objetivos claros que van más allá del propio sistema y que esos

intereses no sólo se encuentran presentes de manera tangencial en la vida jurídica de la sociedad, sino que juegan un papel preponderante en ella.

3. *Modelo perfeccionista y conservador*

Este esquema considera que la pieza sustancial de la legalidad son los valores que legitiman las normas. Existe una conexión necesaria entre derecho y moral; en consecuencia, el ciudadano únicamente tendrá la obligación de obedecer aquellas normas que sean justas en tanto se adecuen a un determinado principio o valor superior.

El modelo perfeccionista-conservador está fuertemente comprometido con una idea del bien y, en consecuencia, el Estado a través del derecho y de las instituciones puede imponer una cultura jurídica fundada en aquellos valores superiores que desarrollan el carácter moral de los ciudadanos, de acuerdo con la moral estatal vigente.

4. *Modelo argumentativo y democrático*

El objetivo principal del modelo argumentativo es posibilitar que los individuos hagan valer su autonomía personal, desarrollen y ejerciten sus capacidades de revisión racional. Es por ello que este modelo no se desentiende de virtudes cívicas de manera absoluta, sino que les concede un papel instrumental y las pone al servicio del individuo, utilizándolas como herramientas que le permitan desarrollar su autonomía personal.

Como podemos observar, si bien a través de cada uno de los modelos se podría inculcar en los ciudadanos una cultura de legalidad, las obligaciones resultantes de dicha cultura serán muy diferentes dependiendo del modelo de legalidad que se adopte, ya que, mientras algunos modelos ponen el acento en la legalidad, otros privilegian la legitimidad o la legitimación de las normas, lo cual modifica radicalmente las expectativas que se tienen de las conductas de los miembros de la sociedad.

Además, es importante destacar que la incorporación que los agentes estatales hagan de uno u otro modelo de legalidad en su actuar no estará determinada por las fronteras nacionales, sino, más bien, dependerá de la función que desarrolle cada cual dentro de la sociedad. De esta manera un agente del Ministerio Público será una de las encarnaciones más fieles del positivismo puro, por privilegiar la legalidad sobre cualquier otra consideración; un legislador se acercará más a una postura perfeccionista, pues la

finalidad de las leyes será fomentar conductas ciudadanas específicas o modificar la apreciación sobre algún fenómeno social particular; y finalmente, los jueces serán más representativos de posturas argumentativas y democráticas, ya que su función será garantizar la esfera más amplia de derechos y libertades a los individuos.

III. El modelo argumentativo-democrático y sus bondades

Si bien cada uno de los modelos presenta beneficios e inconvenientes, en la mayoría de las sociedades democráticas modernas el modelo argumentativo-democrático es el que suele gozar de mayor aceptación por parte de la sociedad. Por ello, la tendencia legislativa actual está orientada a proteger y fomentar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas.

En sociedades tan grandes y plurales como las actuales, garantizar el acceso a la arena pública de todos los grupos sociales —mayoritarios y minoritarios— en verdaderas condiciones de igualdad es una tarea realmente compleja. La solución que este modelo propone para remediar las dificultades, es la adopción de la deliberación pública como método de gestión de controversias.

Empero, la solución propuesta enfrenta a su vez un importante reto, específicamente, el modo en que se gestionará el debate público propuesto. Una vez establecido que la toma de decisiones públicas se hará a través de deliberaciones entre los actores relevantes, es necesario determinar cómo se posibilitará que las voces de tantos y tan diversos actores sean escuchadas.

Para que una democracia deliberativa funcione adecuadamente es necesario garantizar, en primer lugar, una relativa igualdad formal y sustantiva entre los ciudadanos. Es por ello que, en algunas ocasiones, el garantizar que todas las personas se encuentren en condiciones de igualdad verdadera puede implicar la necesidad de implementar acciones afirmativas a favor de ciertos grupos.

No obstante, no sólo es importante determinar cuáles serán las medidas de equidad que permitan que las voces de todos los grupos sociales sean escuchadas por igual, también necesario que, una vez garantizada la posibilidad de todos de acceder a la arena pública, los mecanismos para que las voces sean escuchadas, al mismo tiempo, las doten de la fuerza suficiente para interpelar a los representantes populares.

Es particularmente importante recalcar esto, puesto que los Estados liberales contemporáneos han apostado en gran medida por las democra-

cias representativas y, sin embargo, el diseño institucional en que este tipo de democracias suelen estar inmersas dificulta la representación real de los intereses de los ciudadanos en el gobierno, ya que no existen canales de comunicación eficientes entre representantes y representados ni sistemas de rendición de cuentas adecuados.

Las causas de estos problemas son tan diversas como los Estados que las padecen, por lo que buscar una solución única a las deficiencias del sistema democrático representativo es una tarea condenada a ser infructuosa desde el inicio. No obstante la complejidad del problema es imperativo encontrar soluciones a dicha crisis de representación, dado que un gobierno democrático debe caracterizarse por su continua aptitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos.[2]

Ahora bien, la participación libre y activa de los ciudadanos en el debate público es lo que hace posible la gestión pacífica de los conflictos sociales. De esta manera, en una democracia moderna, el debate público se convierte en una condición necesaria para la implementación y mantenimiento del propio sistema, ya que es lo que permite que se visibilicen los problemas sociales que existen y se propongan alternativas de solución.

Es importante destacar que la posibilidad de participar en la arena pública no se refiere solamente a la capacidad que tiene un individuo de expresar sus ideas sin ser por ello acreedor a recibir una sanción por parte del Estado o de particulares. Para asegurar la participación política, ésta debe acompañarse de otros elementos tales como el acceso efectivo a medios masivos de comunicación abiertos, diversos, plurales e inclusivos, así como el derecho al acceso a la información, pues de otra manera la libertad de participar en asuntos públicos adolecería de contenidos sustantivos que fueran un reflejo digno de los problemas sociales.

Sin embargo, si el Estado no garantiza la existencia de vías de comunicación con los gobernados, esto entorpecerá gravemente la posibilidad que tiene el gobierno de conocer la situación real de las personas, lo cual eventualmente orillará a la ciudadanía inconforme a recurrir a los medios que tenga a su alcance para ejercer sus derechos.

El mayor riesgo de que el derecho permanezca ciego ante los cambios y movimientos sociales es que puede ser superado *de facto* y dejar de ser obedecido por no adecuarse más a las necesidades de los gobernados. Un sistema que se niega a prestar atención a lo que sucede en el día a día se encuentra en peligro permanente de ser derrocado por la fuerza, trayendo con ello

---

[2] Dahl, Robert, *La poliarquía: participación y oposición*, Madrid, Tecnos, 2009.

la pérdida de la paz social y de la certeza jurídica que buscaba resguardar originalmente.

Resulta cándido pensar que las personas respetarán las normas de un sistema que no les ofrece respuestas adecuadas a sus problemas ni les garantiza la protección y garantías que solicitan para salvaguardar determinados bienes jurídicos; es justamente aquí donde se presentan los mayores conflictos entre sistemas democráticos y cultura de la legalidad.

Como mencionamos anteriormente, en una sociedad en la cual impere una cultura de legalidad, las razones por las que cada persona decidirá adherirse a los principios y normas elegidos por el orden jurídico en cuestión serán tan diversas como los individuos de la sociedad. Sin embargo, a pesar de que los principios no contarán una justificación única que fundamente su adopción, las personas se sentirán vinculadas a ellos, lo cual facilitará en gran medida alcanzar la armonía social.

Es en virtud de esto que la cultura de la legalidad puede afianzarse con mayor fuerza dentro de un Estado que se rija bajo un modelo argumentativo-democrático, ya que es el primero en reconocer el hecho que en una sociedad plural surjan varias concepciones sobre lo que es bueno y busca diseñar un modelo de resolución de conflictos que permita que todas esas doctrinas comprehensivas puedan convivir armónicamente en un mismo Estado.

Esta alternativa sugerida por el modelo democrático nos recuerda fuertemente la propuesta de Rawls en *Liberalismo político*, donde plantea que para gestionar el conflicto cada uno de los miembros de la sociedad plural deberá asumir un compromiso moral procedimental, el cual no buscará unificar ni conciliar lo que cada individuo considera que tiene un valor sustantivo por sí mismo; sino, únicamente, determinará con base en qué procedimientos se gestionarán dichas diferencias sustantivas.

La adopción de un modelo como éste permite la convivencia entre diversos actores, así como la toma eficiente de decisiones públicas que resulten aceptables para todos los miembros de la sociedad, a pesar de las grandes diferencias imperantes dentro de ella. Sin embargo, si dicho régimen pretende que sus ciudadanos se adhieran a un código de conducta específico, es necesario que los ciudadanos confíen en las instituciones del gobierno y que participen en los asuntos públicos, ya que de otro modo no se contará con suficiente material para poder tomar decisiones.

En un sentido similar, resulta menester que las leyes que rijan a la comunidad en cuestión sean producto del consenso, pues en caso contrario, la finalidad de inclusión del debate no será satisfecha y, además, el objetivo

característico del modelo democrático, a saber, permitir el desarrollo de la autonomía personal de todas las personas, tampoco podrá ser cumplido.

La relación que existe entre la cultura de la legalidad y el modelo democrático se basa principalmente en la aceptación que las personas tienen de las normas jurídicas. Dicha aceptación deriva sobre todo del hecho de que las personas interesadas en el contenido de las normas participaron —directa o indirectamente— en su creación.

La posibilidad de participar en la creación de las normas que se deberán obedecer, favorece el proceso de internalización de las mismas, ya que las personas pueden trazar con mayor facilidad una relación entre el contenido normativo en cuestión y su propia voluntad. Esto, además, refuerza la autonomía de las personas, ya que las normas no se presentan como imposiciones unilaterales de un ente exógeno, sino que son producto del análisis, propuesta, deliberación y negociación de los destinatarios últimos de las normas.

En virtud de lo anterior, resulta fundamental que el contenido de las normas, jurídicamente obligatorias para los ciudadanos, no se distancie de la realidad social, sino que tenga un diálogo continuo con ella, a fin de poder entender los cambios que surjan y estar en posibilidades de reaccionar adecuadamente frente a sus particularidades.

Ahora bien, esta relación directa entre norma y realidad por supuesto no se refiere a que las normas se conviertan en un mero reflejo de la realidad, ya que ello las tornaría superfluas y perderían su carácter prescriptivo. Lo que la exigencia de esta relación entre norma y realidad busca es que el derecho tenga presente cuáles son las necesidades específicas de la sociedad en un determinado momento, que escuche los reclamos y propuestas de los actores interesados y que, a partir de ello, determine normativamente cuál es el mejor curso de acción a seguir.

Un sistema en que no existe un continuo diálogo entre gobernantes y gobernados no puede aspirar a ser llamado democrático sin importar cuál sea el contenido de las normas que emanen del gobierno. Incluso si las normas fueron redactadas con la única finalidad de beneficiar a los ciudadanos, si en el proceso de creación no se permitió la participación política de la comunidad, entonces dicho sistema no puede ser democrático.

Si se fuerza a una persona a servir a un fin para el cual no se le dan razones para compartir, se le está tratando como un simple medio, incluso si —desde el punto de vista del Estado— el fin es su propio bienestar.[3] Por ello, actuar en función de lo que se considera es el mejor interés de otro,

[3] Nagel, Thomas, *Equality and Partiality*, Nueva York, Oxford University Press, 1991.

no es justificación suficiente para coartar su libertad de elección sobre sus esferas pública y privada. Se necesita, además, contar con el consenso de la persona, si se pretende que el ejercicio de las funciones gubernamentales sea legítimo y que, a su vez, las normas posean la legitimación suficiente.

IV. A manera de propuesta

Para que sea posible consolidar una verdadera cultura de la legalidad bajo un modelo democrático no se debe buscar obtener una ristra específica de normas, sino que lo que debe protegerse es el proceso mismo de toma de decisiones, ya que será este proceso incluyente y deliberativo el que permita que los individuos sientan las normas como algo propio, algo suyo y tengan motivaciones para cumplirlas.

Por lo tanto, una sociedad democrática que pretenda ser considerada como tal y que tenga aspiraciones de infundir en sus ciudadanos una cultura de la legalidad, deberá dar motivos a las personas para que cumplan voluntariamente con las reglas e instituciones sociales. En el caso democrático la principal exigencia es que se permita a la ciudadanía participar en la toma de decisiones públicas que le afectarán, ya que de esta manera se contará con garantías de que las actitudes, expectativas y valores presentes en la sociedad serán incorporados en las normas que regularán su conducta.

La cultura de la legalidad no se refiere solamente a la adecuación de la conducta de los miembros de una comunidad determinada con una norma, sino que contempla también la actitud positiva que las personas tienen con respecto a dichas normas.

Una sociedad democrática que ha conseguido incorporar genuinamente una cultura de la legalidad en su vida cotidiana se caracterizará por contar con ciudadanos participativos e involucrados en la política que cumplen y velan por el cumplimiento de las normas jurídicas, normas que no son percibidas como límites a su actuar ni como ajenas a su voluntad, sino que son entendidas como el producto de su ejercicio democrático del poder.

DERECHO LABORAL Y LIBERALISMO IGUALITARIO

Farid BARQUET CLIMENT*

SUMARIO: I. *Preliminares.* II. *Introducción*. III. *Precisiones conceptuales.* IV. *Salarios mínimos*. V. *Subcontratación y participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.* VI. *Igualdad diferenciada entre hombres y mujeres*. VII. *Trabajo infantil*. VIII. *Derecho individuales del trabajador y sindicatos en México.* IX. *Seguridad social*.

I. PRELIMINARES

Celebro que el ITAM y la UNAM hayan unido esfuerzos para llevar a cabo este homenaje que es un verdadero acto de justicia a la trayectoria académica de Rodolfo Vázquez. El ITAM ha sido la casa en la que Vázquez ha desarrollado su labor docente y de investigación desde hace 38 años, mientras que en la UNAM realizó sus estudios de posgrado en Filosofía y también ha realizado una fructífera labor editorial con colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho.

No obstante que mi inmerecida participación en este Coloquio-homenaje sólo se explica por el afecto que me dispensa el homenajeado, por la gentileza de los coordinadores y por la característica hospitalidad de las dos instituciones que han tenido el acierto de coorganizarlo, a continuación intentaré ofrecer razones acerca del por qué a los libros de derecho del trabajo que se han escrito en México, desde la dogmática jurídica, hace falta complementarlos con la elucidación de la teoría de la justicia que subyace a los objetivos de índole social de esta rama del derecho y a sus instituciones más representativas; una teoría de la justicia sobre la cual gravitan, además, las reformas legales en materia laboral de 2012, a favor de la denominada flexibilización del trabajo, y también la reforma constitucional recientemente

* Instituto Tecnológico Autónomo de México y Universidad Nacional Autónoma de México.

aprobada por el Congreso de la Unión y que se encuentra en proceso en las legislaturas de las entidades federativas.

Abordaré siete aspectos específicos que atañen al mundo del trabajo, a saber: 1) la necesidad de esclarecer las diferencias de significado entre algunos conceptos medulares para una adecuada aproximación a la dimensión jurídica de las relaciones de producción; 2) la previsión y determinación de los salarios mínimos; 3) los peligros que corre la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas como mecanismo de redistribución del ingreso; 4) la "igualdad diferenciada" de las mujeres en el ámbito laboral; 5) la difícil erradicación del trabajo infantil; 6) el predominio de los sindicatos sobre sus agremiados, que urge erradicar, y 7) la solidaridad como valor puntal de la seguridad social, todo con el fin de demostrar las razones por las cuales estoy convencido de que, a quienes participan de las relaciones laborales en general y del foro jurídico laboral en específico, buen provecho les traería acercarse a la obra de Rodolfo Vázquez.

II. Introducción

Desde la aparición hace casi dos décadas de *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático* hasta la reciente publicación de *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Rodolfo Vázquez, a partir de la "humildad científica"[1] que no riñe con la ambición intelectual en su acepción ajena a la presuntuosidad, ha venido construyendo todo un edificio conceptual que abreva de la filosofía analítica contemporánea y que se sostiene sobre dos pilares fundamentales: 1) en primer lugar, la asunción de una posición metaética objetivista mínima, según la cual es posible justificar la validez de los juicios de valor a través de la aceptación de principios que se obtienen de "la práctica social de la discusión moral";[2] 2) en segundo lugar, el compromiso con el liberalismo igualitario como ética normativa y sus dos postulados derivados, a saber: el valor de la persona como agente moral autónomo y la satisfacción de "necesidades elementales"[3] de los individuos como condición *sine qua non* de la autonomía personal.

El objetivismo metaético y el liberalismo igualitario como ética normativa, a los que he aludido, se desprenden de la reformulación que Vázquez ha hecho del conocido principio de diferencia de John Rawls, según el cual

[1] Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 149.

[2] *Ibidem*, p. 130.

[3] *Ibidem*, p. 134.

las desigualdades sociales y económicas sólo resultan admisibles si se disponen de modo tal que beneficien a quienes se encuentran en la posición social más desaventajada. La reformulación que Vázquez hace de Rawls supone la adición de un énfasis decidido en la imperiosidad de satisfacer esas necesidades elementales de toda persona, aun a costa de exigir "la intervención de un sujeto externo",[4] como podría ser el Estado, lo que puede conducir al reconocimiento, sin que por ello Vázquez renuncie a sus convicciones liberales, de medidas que descansen sobre posiciones paternalistas justificadas.

La aceptación de eventuales intervenciones externas en la asignación de derechos y obligaciones con miras a la distribución equitativa de los recursos, lleva a Vázquez a concluir que la tensión entre autonomía individual, por una parte, y solidaridad con los menos aventajados, por otra, no sólo es aparente sino que la solidaridad consagrada en deberes positivos es condición de posibilidad de la autonomía individual de millones de seres humanos, en un mundo atravesado por desigualdades lacerantes que, como afirma Vázquez, deberían mover a la "indignación" y "sacudir las conciencias más distraídas".[5]

La teoría económica clásica —que es en la que se inspiran las normas jurídicas que en México regulan las relaciones entre el capital y el trabajo— "se funda en una interpretación de la sociedad en términos de asimetría entre capitalistas y asalariados",[6] es decir, parte del presupuesto de que los patrones, por detentar la propiedad sobre el capital, gozan de una posición preeminente, de mayor poderío, respecto de quienes carecen de capital y cuentan únicamente con su fuerza de trabajo, misma que, a cambio de una retribución económica, prestan a los dueños del capital para que éste genere más riqueza.

Para formularlo en términos de Vázquez, se puede afirmar que es precisamente la disparidad de fuerzas entre patrones y trabajadores en la que se funda la "justificación ontológica"[7] de la protección, a través de normas jurídicas, del catálogo de derechos de los trabajadores, derechos que son exigibles, las más de las veces, a los patrones, y que pasan no sólo por el establecimiento de un máximo de duración de la jornada de trabajo —demanda detonante y aglutinante del movimiento obrero— sino también y muy

---

4 *Idem*.

5 Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, p. XI.

6 Bidard, Christian y Klimovsky, Edith, *Capital, salario y crisis: un enfoque clásico*, colaboración de Benetti, Carlo, México, Siglo XXI Editores-UAM, Azcapotzalco, 2014, p. 9.

7 Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009, p. 116.

destacadamente, por el reclamo a favor de una remuneración justa, que no admita distingos entre hombres y mujeres, además de la participación proporcional de los trabajadores en las utilidades de las empresas.

III. Precisiones conceptuales

1. *Libertad de trabajo*

La obra de Rodolfo Vázquez ayuda a clarificar los alcances de significado del concepto de libertad de trabajo, el cual, siguiendo a Hohfeld como lo hace Vázquez, es un derecho subjetivo, pero no a modo de pretensión (*claim*) sino de "inmunidad"[8] (*inmunity*), concepto que designa "el derecho de una persona a no ser privada de…",[9] tal como se le formula en el artículo 5o. constitucional bajo el texto siguiente: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos…".

A pesar de que se le cataloga dentro de los denominados derechos sociales, la libertad de trabajo puede conceptualizarse, con ayuda de Vázquez, como cualquiera de los derechos civiles y políticos de libertad, toda vez que los derechos civiles y políticos, y el derecho al trabajo, comparten, por usar la expresión de Vázquez, un "núcleo básico",[10] a saber: que en principio, la obligación que les es correlativa es de índole negativa porque impone, a cualquier tercero, un deber de omisión, de no lesión, es decir, de abstenerse de impedir o entorpecer su ejercicio. Dicho en palabras de Vázquez, "los derechos sociales entendidos como libertades (tienen como correlato) la ausencia de impedimentos en la realización de ciertas acciones",[11] que es precisamente lo que requiere el ejercicio de la libertad de trabajo.

A la conceptualización de la libertad de trabajo como cualquier libertad fundamental abona su ubicación en el texto constitucional, pues está inserta en el título primero, otrora relativo a las garantías individuales y que desde 2011 se refiere a "los Derechos Humanos y sus Garantías", título en el que por antonomasia se prevén los derechos de libertad —no obstante que hoy en día está superada la tesis según la cual la Constitución se divide en una

---

8 Vázquez, R., *Derechos humanos…*, *cit.*, p. XIII.

9 Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3a. ed., trad. de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 1995.

10 Vázquez, R., *Las fronteras morales del derecho*, *cit.*, p. 117.

11 Vázquez, R., *Derechos humanos…*, *cit.*, pp. 97 y 98.

parte dogmática y otra orgánica, en razón de que pueden encontrarse a lo largo de todo el entramado constitucional tanto disposiciones que consagran derechos sustantivos como normas que prevén entidades, poderes u órganos.

Si bien los constituyentes de 1916-1917 no podían tener en mente y tan claramente diferenciadas las categorías conceptuales que aquí he expuesto —derecho al trabajo, por una parte, y libertad de trabajo, por otra— toda vez que se trata de elaboraciones de la teoría de los derechos muy posteriores, al menos sí se alcanza a entrever que los diputados concebían con distintos alcances uno y otro derecho desde el momento en que destinaron sendos artículos a normar esta materia, a saber, el trabajo.

2. *Derecho al trabajo*

El trabajo se ha erigido en un derecho subjetivo que, por revestir un valor fundamental, ha adquirido el rango de derecho humano —dentro de éstos se inscribe en los denominados derechos sociales—, reconocido, como sostiene Rafael Sastre Ibarreche, con "relevancia desigual en distintas declaraciones de derechos y en muchos textos constitucionales".[12]

De este modo se configura el derecho humano *al* trabajo, el cual tiene como correlato, "la cara obligacional que acompaña a todo derecho",[13] la expectativa de los trabajadores de tenerlo y la obligación del Estado y del capital de sentar las condiciones para generarlo y ofrecerlo, al menos en sentido programático, pues el desempleo rampante a nivel mundial da cuenta de las dificultades de su goce efectivo, lo cual trae consigo problemas para seguir conceptualizando al derecho al trabajo como un derecho que tiene como reflejo una prestación a favor de su titular —que es como históricamente se le ha concebido—,[14] pues si los derechos prestacionales permiten al sujeto que los detenta "exigir que se le entreguen ciertos bienes",[15] se antoja difícil que el derecho al trabajo sea "articulable bajo la forma de exigencia o reclamación frente a los poderes públicos" y, en consecuencia, que

---

[12] Sastre Ibarreche, Rafael, "El derecho al trabajo ¿un derecho en crisis permanente?", en Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 271.

[13] Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 18.

[14] Sastre Ibarreche, *op. cit.*, p. 271.

[15] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos…, cit.*, p. 98.

sea susceptible de materializarse universalmente, lo cual a su vez ha servido para acusar, a quienes postulan la exigibilidad del derecho al trabajo, de propalar un derecho "virtual".

A despecho de la supuesta virtualidad del derecho al trabajo, en México el artículo 3o. de la Ley Federal del Trabajo establece que "el trabajo es un derecho y un deber sociales", si bien dicho numeral no deja en claro si simultáneamente el derecho de tenerlo y el deber de prestarlo corren a cargo de los trabajadores, o bien, si el derecho y el deber se bifurcan de tal suerte que el primero recae en los trabajadores y el segundo en el Estado y en el capital, obligando a estos dos últimos a dar o proporcionar trabajo.

En nuestro país el derecho al trabajo tiene su fundamento constitucional en el artículo 123, numeral que agota por sí mismo el título sexto de ese ordenamiento, referente al trabajo y a la previsión social.

Si nos atenemos a la terminología empleada por el teórico del derecho Wesley Newcomb Hohfeld,[16] se puede afirmar que el artículo 123, en su primer párrafo, consagra un derecho subjetivo a modo de "pretensión" (*claim*), expresada con las siguientes palabras: "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil…".

El derecho al trabajo, concebido como pretensión, no sería materializable si no existiera la obligación refleja de brindarlo. Es por ello que se afirma que el derecho al trabajo, como la mayoría de los derechos sociales, tiene un "contenido prestacional",[17] pues en caso de que una persona carezca de trabajo, surge la obligación de brindárselo (de lo contrario no sería un derecho), la cual, en los Estados que se reputan como sociales y democráticos de derecho, pasa por el deber positivo del Estado, consistente en un *hacer*, de sentar las condiciones para que la persona desempleada encuentre una ocupación —a pesar de que "dicho deber se conjuga en modo estrecho con consideraciones relativas a la disponibilidad de los recursos"—[18], tal como lo como dispone desde su primer párrafo el artículo 123 constitucional, de acuerdo con el cual, a efecto de hacer realidad el derecho al trabajo "se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo…", prescripción que va dirigida primordialmente al Estado y sus instituciones.

---

[16] Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004, p. 140.

[17] Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 23.

[18] Rentería Díaz, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Ediciones Coyoacán, 2014, p. 70. Sobre la viabilidad del acceso a ciertos derechos fundamentales en función de los recursos disponibles para el Estado, véase Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton, 2000.

3. *Derecho del trabajo*

Las disposiciones constitucionales, convencionales y legales convierten al derecho *al* trabajo en un derecho que es, a su vez, fuente de otros derechos que terminan por conformar toda una disciplina o rama jurídica, el derecho del trabajo, pues el derecho *al* trabajo da lugar a varios derechos: el derecho al cobro de un salario, el derecho al disfrute de descansos y vacaciones, el derecho de formar sindicatos, etcétera.

De esta manera, los derechos derivados del derecho *al* trabajo paulatinamente han ido conformando el derecho *del* trabajo como un ámbito regulativo con "carácter jurídico autónomo",[19] es decir, como un "campo de especialización"[20] con su propia complejidad, su propia información interna y estándares interpretativos *ad hoc.*[21]

Los derechos que se inscriben en el derecho del trabajo se clasifican igualmente dentro de los derechos sociales y las obligaciones que les son correlativas son de índole tanto positiva —consistentes en un *dar* o en un *hacer* a cargo del sujeto correlativamente obligado, principalmente el patrón pero también el Estado a través de instituciones de seguridad social o fondos de vivienda— como negativa —por ejemplo, cuando se obliga a las autoridades a no interferir en la libre decisión de los trabajadores de constituir sindicatos.

A estos derechos que conforman el derecho del trabajo los distingue una de las tres propiedades que, según Vázquez, suelen predicarse de los derechos. Las dos primeras a que hace referencia Vázquez son la universalidad y el carácter absoluto. Pero hay una tercera que está en la médula de la noción de derechos humanos, la cual Vázquez abandera, y que resulta de la mayor relevancia para entender el derecho del trabajo. Me refiero a la inalienabilidad[22] de los derechos. Siguiendo a Juan Antonio Cruz Parcero, quien a su vez sigue en este punto a Joel Feinberg, Vázquez entiende por un derecho inalienable[23] "aquel del que una persona no puede desprenderse o disponer por propia y deliberada acción".[24] Si en una rama existen derechos inalienables es precisamente en la laboral: la irrenunciabilidad del salario;

---

[19] Cossío Díaz, José Ramón, *La justicia prometida. El Poder Judicial de la Federación de 1900 a* 1910, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2014, p. 269.

[20] Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, p. 175.

[21] *Idem*.

[22] Vázquez, *Derechos humanos…*, *cit.*, p. XIII.

[23] *Ibidem*, p. XIV.

[24] Cruz Parcero, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 195, núm. 83.

la nulidad de toda cláusula que en un contrato laboral excede los máximos legales, por ejemplo, en la duración de las jornadas laborales; la inalienabilidad ha sido históricamente una característica distintiva del derecho del trabajo como un ámbito regulativo con "carácter jurídico autónomo",[25] es decir, como un "campo de especialización"[26] con su propia complejidad, su propia información interna y estándares interpretativos *ad hoc.*[27]En conclusión, el derecho *al* trabajo es un derecho subjetivo bajo la forma de pretensión, la libertad de trabajo es un derecho subjetivo a modo de inmunidad y el derecho *del* trabajo es un ámbito disciplinario dentro del derecho positivo.

IV. Salarios mínimos

Si bien durante aproximadamente treinta de sus casi cien años de existencia involucionaron hasta convertirse, en la práctica, en un simple múltiplo para calcular el monto de sanciones pecuniarias, los salarios mínimos fueron concebidos por el Congreso Constituyente de 1916-1917 como una institución de vocación igualitarista que busca proteger la dignidad humana y la autonomía individual de los trabajadores y sus familias mediante la imposición de un tope mínimo de remuneración, debajo del cual los ingresos de un trabajador no serían suficientes para la satisfacción de sus necesidades básicas ni las de sus dependientes económicos.

La previsión legal de salarios mínimos supone un límite a la libre fijación de los salarios por parte el patrón, en aras de proteger tanto el sustento de los asalariados menos remunerados como también el mercado interno. Se trata de una intervención estatal en la economía a través de la ley, una intervención del tipo de las que, en mi opinión, admite la reformulación vazquesiana del principio de diferencia de Rawls.

De acuerdo con Ricardo Becerra,

> los salarios mínimos no son un tipo de sueldo que se determine por crecimiento, inversión o productividad… Por definición, el salario mínimo *es un precio fuera de mercado*. Por eso, siempre y en todas partes, aparece como *un decreto*… Es el precio que evita los abusos "monopsónicos"[28] de cualquier em-

[25] Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.,* p. 269.

[26] Cárcova, Carlos María, *op. cit.,* p. 175.

[27] *Idem.*

[28] El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española define *monopsonio* como "la situación comercial en que hay un solo comprador para determinado producto o servicio".

presario, chico, mediano o grande, es decir, el abuso que le da su poder de contratación y de despido.[29]

Es así como, en mi opinión, la figura del salario mínimo hunde sus raíces en el liberalismo igualitario que, a contracorriente de lo que preconiza la filosofía utilitarista, niega la existencia necesaria de un antagonismo entre los ideales de libertad e igualdad y que, por el contrario, afirma que la libertad y la igualdad pueden compatibilizarse siempre y cuando la maximización de la autonomía de una persona no ponga en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos.[30]

Trasladando al mundo del trabajo la reformulación que Vázquez hace del principio de diferencia rawlsiano, podemos afirmar que la maximización de la autonomía del patrón al momento de fijar los salarios no debe poner en situación de menor autonomía comparativa a sus trabajadores.

Es así como el salario mínimo pretende garantizar que no se vulneren los presupuestos básicos de la autonomía individual de los trabajadores como resultado de la maximización de los intereses patronales. Así lo dejan ver los artículos 123 constitucional y 90 de la Ley Federal del Trabajo, de acuerdo con los cuales los salarios mínimos "deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos".

Según información del Banco Mundial, los trabajadores en México perciben el salario mínimo más bajo de América Latina.[31] Este dato, por sí solo, debería obligar a generar mecanismos efectivos de genuina revisión de los salarios mínimos, que gradualmente posibiliten un mayor poder de compra (y, de ser posible, de ahorro) de los trabajadores que reciben las retribuciones más bajas.

Hace poco más de dos años, en México se desató un sano y finalmente fructífero debate sobre los salarios mínimos, que desembocó en dos reformas al derecho positivo que a su vez responden al objetivo de que los salarios mínimos no sigan siendo meros factores multiplicadores para calcular multas. Con las modificaciones a la normatividad se intenta romper el círculo vicioso de acuerdo con el cual el aumento de los salarios mínimos no

---

[29] Becerra, Ricardo, "Salarios mínimos: equívocos (no tan pequeños) y con importancia", *La Crónica de Hoy*, México, 25 de octubre de 2015, p. 2.

[30] Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad*…, *cit.*, p. 149.

[31] Martínez, Thamara, "Trabajadores en México tienen el salario mínimo más bajo de AL", *El Financiero*, 28 de octubre de 2015, disponible en: *http://www.elfinanciero.com.mx/economia/trabajadores-en-mexico-tienen-el-salario-minimo-mas-bajo-de-al.html.*

se llevaba a cabo so pretexto de su impacto inflacionario en las cantidades que tenían como referente al salario mínimo para su determinación y pago.

A fin de desvincular al salario mínimo del monto de las multas, en noviembre de 2014 en la hoy Ciudad de México se publicó la Ley de Unidad de Cuenta para el Distrito Federal, mientras que a nivel nacional, en enero de 2016, se promulgaron diversas reformas y adiciones a la Constitución en materia de desindexación del salario mínimo.

Por virtud de estas reformas, el salario mínimo dejará de ser la referencia para calcular el monto de más de 2,300 multas y sanciones previstas en distintas leyes y reglamentos.

Con la aprobación de estas medidas, es de esperarse que se conjure el temor de desatar una espiral inflacionaria en caso de aumentar el salario mínimo, pues tal como afirma José Woldenberg, el salario mínimo queda ahora "desconectado de las múltiples derivaciones a las que se encontraba atado (tarifas, multas, financiamiento a los partidos y demás)", lo cual —sostiene el autor— suponía "un ancla que impedía la discusión del monto del salario mínimo en sus propios méritos, porque la sombra de lo que desencadenaría su incremento sustantivo se convirtió en un auténtico dique".[32]

V. Subcontratación y participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas

Otro ámbito que toca al liberalismo igualitario subyacente a las normas jurídico-laborales, es el de la subcontratación, más conocida bajo el anglicismo *outsourcing*, que entre las muchas consecuencias tendentes a desresponsabilizar —valga la expresión— a los patrones, tiene la de evitarles el reparto de utilidades, con lo cual, desde mi punto de vista, se lesionan los propósitos igualitaristas y redistributivos de la normatividad laboral, toda vez que el *outsourcing* permite que los patrones contraten empresas para que éstas a su vez les provean de personal, lo cual impide que las personas que en realidad trabajan para ellos tengan derecho a recibir parte de las utilidades, de tal suerte que los trabajadores subcontratados, en el mejor de los casos, tendrán únicamente derecho a reclamar el pago proporcional de las utilidades de la empresa subcontratista, que suelen ser abismalmente inferiores a las de la empresa principal, o bien son exiguas, inexistentes, o, a pesar de existir, no se tiene obligación de repartirlas bajo el esquema del primer año

[32] Woldenberg, José, "Cortar el ancla", *Reforma*, México, 26 de noviembre de 2015.

transcurrido desde la creación de la empresa contratista, lo cual conduce a la simulación, que prospera cuando hay escasez de empleo, contexto que facilita cambiar a los trabajadores de empresa *outsourcing* cada año al firmar con ellos contratos por tiempo determinado.

Por ello resulta conveniente analizar el régimen de subcontratación establecido por la reforma laboral de 2012 a la luz de instrumentos internacionales, como la Recomendación 198, dictada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 2006, que en su punto 4, inciso *b*, dispone que la política nacional de los países miembros de dicha organización —entre los cuales se cuenta México—,

> deberían incluir, por lo menos, medidas tendientes a… luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho.

VI. Igualdad diferenciada entre hombres y mujeres

Impera una remuneración injustificadamente dispar entre hombres y mujeres que desempeñan las mismas labores. Al respecto, también cabe hacer algún apunte desde la perspectiva del liberalismo igualitario de Rodolfo Vázquez.

La persistente desigualdad salarial que se observa en México entre hombres y mujeres viola el principio de igualdad de salario previsto en el artículo 86 de la Ley Federal del Trabajo y es una de las expresiones más perniciosas de la discriminación laboral por motivos de sexo.

Como contribución a la superación de este estado de cosas, la reforma laboral de 2012 estableció en el artículo 2o. de la Ley el principio de "igualdad sustantiva" —si bien, como dice Marta Lamas, "no se puede cambiar la situación simplemente respondiendo con una normatividad jurídica que consagre la igualdad entre hombres y mujeres".[33]

---

[33] Lamas, Marta, *Feminismo. Transmisiones y retransmisiones*, México, Taurus, 2006, p. 63, citada por Vázquez, R., *Derechos humanos..., cit.*, p. 73.

El nuevo artículo 2o., de carácter programático, se proyecta para efectos de las condiciones de trabajo en el artículo 56, también reformado en 2012. Es este último artículo, el 56, el que prevé el derecho a la no discriminación de las mujeres en cuanto a la remuneración por el trabajo que desempeñan, derecho que, citando a Vázquez, "se emparenta con el derecho a la dignidad".[34]

Un ejemplo de cómo se proyecta el principio de "igualdad sustantiva" entre hombres y mujeres lo ofrecen los descansos previstos en la fracción IV del artículo 170 de la Ley, disposición reformada en 2012 de acuerdo con la cual las mujeres trabajadoras:

> En el periodo de lactancia hasta por el término máximo de seis meses, tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa, o bien, cuando esto no sea posible, previo acuerdo con el patrón se reducirá en una hora su jornada de trabajo durante el período señalado.

Se puede afirmar que la disposición aludida recoge el principio de igualdad sustantiva porque éste admite ser interpretado, siguiendo a Vázquez, no únicamente como un derecho a la no discriminación de las mujeres sino también como un "derecho a la diferencia",[35] mismo que no colisiona con el principio de universalidad de los derechos por hacer explícita la diferencia sexual si se le entiende, y cito a Vázquez, como "redefinición del principio de igualdad, en el sentido de una igual valoración jurídica de las diferencias",[36] es decir, como un "derecho a la igualdad diferenciada"[37] a favor de las mujeres, sin que ello implique perpetuar roles o estereotipos de género.[38]

VII. Trabajo infantil

Si el liberalismo igualitario que abandera Rodolfo Vázquez aspira a disminuir la brecha entre los más y los menos aventajados, conviene prestar

---

[34] Vázquez, R., *Derechos humanos..., cit.,* p. 65.

[35] *Idem*.

[36] *Ibidem*, p. 66.

[37] *Ibidem*, p. 65.

[38] García Huerta, Daniel Antonio, "Género y trabajo doméstico remunerado: análisis de un quehacer invisible", en Vázquez, Rodolfo y Cruz Parcero, Juan A. (coords.), *Mujeres, familia y trabajo*, México, SCJN-Fontamara, 2014, p. 97.

atención a los que cambios que se han hecho a la normatividad laboral en lo que respecta al trabajo infantil.

En materia de trabajo, las restricciones a la capacidad para contratar mano de obra por razón de edad responden a un doble propósito: sumarse al esfuerzo mundial por erradicar la explotación laboral infantil,[39] al mismo tiempo que permitir y tutelar la inserción de los menores en el mercado de trabajo, en atención a la contribución que pueden brindar al sustento propio y de sus familias en contextos de precariedad material, pero en condiciones que no afecten su normal desarrollo, no lesionen su dignidad ni menoscaben su salud.

De acuerdo con Mónica González Contró, estas restricciones por razón de edad descansan en un derecho de la infancia, es decir, en una prerrogativa que detentan los menores de edad, a saber, el derecho a no trabajar.

En palabras de González Contró

> este derecho a no trabajar no es absoluto ni igualmente aplicable en todas las etapas de la infancia, sino que se deja una gran discrecionalidad a los Estados para legislar y establecer las condiciones para que un menor de edad pueda laborar: edad mínima, reglamentación sobre los horarios y condiciones de trabajo, y estipulación de penalidades.[40]

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en noviembre de 1989, y ratificada por México el año siguiente, establece en su artículo 32 que "los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social", para lo cual, de acuerdo con el inciso *a* del citado numeral, los Estados "fijarán una edad o edades mínimas para trabajar".

González Contró estima que

> en esta disposición pueden distinguirse dos partes: en primer término, un derecho a ser protegido en contra de la explotación económica y en contra del desempeño de cualquier trabajo nocivo para la salud, educación o desarrollo,

[39] El 17 de junio de 1999, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.

[40] González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 456.

> y en segundo lugar una obligación para los Estados partes de fijar edades mínimas y reglas sobre las condiciones del trabajo.[41]

La reforma laboral de noviembre de 2012 no modificó ni la *edad legal para trabajar* (dieciséis años) ni la *edad mínima para trabajar con autorización* (catorce años), aunque ésta después se subió a quince años. Lo que sí hizo aquella reforma de hace cuatro años, mediante la adición de dos nuevos artículos, fue asignar consecuencias jurídicas más graves para quien emplee a menores de catorce años.

Antes de la reforma de 2012 las sanciones por emplear menores de catorce años eran únicamente pecuniarias. En cambio, debido a la reforma, actualmente el empleo de menores de quince catorce años se sanciona con pena privativa de libertad, es decir, que además de ser una contravención a la legislación laboral califica también como ilícito penal.

Al respecto, debo decir que comparto la opinión de González Contró, según la cual, y la cito: "el tema del trabajo infantil es complejo, comenzando por el hecho de que constituye el único medio de subsistencia para millones de niños del mundo, y es difícilmente erradicable desde las circunstancias actuales".[42]

Esa reflexión de González Contró me lleva a concluir que la utilización del brazo penal del Estado para perseguir el trabajo de menores de catorce años, no sólo no se traducirá en una disminución significativa de esta práctica ilícita, sino que al aumentar los costos de la clandestinidad —tan extendida lamentablemente— se puede poner en situación de mayor desventaja a los menores y, en consecuencia, aumentar su explotación.

VIII. Derecho individual del trabajador y sindicatos en México

Además del objetivismo metaético y del compromiso con la satisfacción de las necesidades elementales, concomitante a la autonomía personal, el liberalismo igualitario, en la versión de Vázquez, enarbola la existencia, exclusivamente, de derechos individuales y, en consecuencia, no reconoce la justificación de los denominados derechos colectivos, pues dentro de la mejor tradición liberal —que no libertaria— Vázquez sostiene que "las concepciones que privilegian éticamente la comunidad por encima del in-

[41] *Idem.*

[42] *Idem.*

dividuo 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".[43] En cambio, para las concepciones liberales como la de Vázquez, los derechos colectivos, como los denominados "derecho de los pueblos", parafraseando a Luis Villoro, "sólo puede(n) contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que (el colectivo) sea una condición para la autonomía de la persona".[44] El desconocimiento, no acrítico sino fundado en la discusión racional que Vázquez hace de la titularidad de derechos por sujetos colectivos, deviene de la mayor importancia para rearticular la relación existente en México entre los sindicatos y sus trabajadores, pues el sindicato, entendido como el sujeto colectivo, en ocasiones ha sido convertido por el legislador y por la jurisprudencia en un fin en sí mismo, en un detentador de derechos que termina por hacer nugatorios los que está llamado a exigir, defender y ampliar, a saber: los de los trabajadores individualmente considerados, quienes a través de los sindicatos ejercen su derecho fundamental de asociación en su vertiente laboral, su derecho a la libertad sindical y todos los derechos y prestaciones derivados de la contratación colectiva.

IX. Seguridad social

Desde principios de la década de 1940, en México y en Europa, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, se empezaron edificar *Estados de bienestar* —expresión que, como sostiene Eugeni Gay Montalvo, "proviene de la locución inglesa «welfare»"[45] (*Welfare State*)— erigidos "bajo la base de la teoría económica de (John Maynard) Keynes institucionalizando la dinámica de incrementar el poder adquisitivo de las masas y el consumo".[46]

A contracorriente de la concepción de Estado de derecho

> correspondiente al uso alemán del término Rechtsstaat (de acuerdo con la cual) son Estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuen-

[43] Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, UNAM-Paidós, 2001, p. 124.

[44] Villoro, Luis, "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", *Isonomía*, México, núm. 3, octubre 1995, p. 10.

[45] Gay Montalvo, Eugeni, "El blindaje jurídico del Estado de bienestar: reflexiones desde los derechos humanos", en Gay Montalvo *et al.*, *El futuro del Estado de bienestar* Barcelona, Cedecs, 2002, p. 14.

[46] *Ibidem*, p. 15.

> te y una forma legal,[47] el Estado de bienestar "se origina como consecuencia (del) intervencionismo (estatal) para contrarrestar el funcionamiento potencialmente dañino del proceso económico",[48] el cual, además, bajo la teoría económica predominante que postula un liberalismo económico exacerbado "concentrado en la consecución de la eficiencia… es completamente indiferente a los asuntos distributivos (y) los problemas de desigualdad….[49]

Desde la óptica del bienestar, el Estado deja de ser entendido "como un intruso peligroso, para ser visto como una deseable ayuda incluso necesaria para la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos".[50]

Como afirma José Woldenberg, "los Estados de bienestar… lograron conjugar, de la mejor manera posible, los principios de libertad e igualdad".[51]

La libertad y la igualdad han sido acríticamente presentados como contrapuestas irremediablemente, imposibles de armonizar entre sí, lo cual ha sido desmentido por filósofos del derecho como Rodolfo Vázquez, quien explica 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.[52]

Los Estados de bienestar pueden considerarse una demostración de que es posible compatibilizar libertad e igualdad, pues asumen que es factible imponer como límite a la maximización de la autonomía de una persona (el patrón) el no poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos (los trabajadores).[53]

---

[47] Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del estado de derecho", en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI Editores, 2002, p. 187.

[48] Gay Montalvo, *op. cit.*, p. 15.

[49] Sen, Amartya K., *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 1998, p. 148.

[50] Gay Montalvo, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

[51] Woldenberg, José, *La voz de los otros. Libros para leer el siglo*, México, Cal y Arena, 2015, p. 15.

[52] Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012, pp. 125 y 126.

[53] Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad…*, *cit.*, p. 149.

Un valor que sirve como *puente* para poder construir instituciones articuladas sobre la amalgama de valores tanto liberales como igualitarios es el de solidaridad, pues permite, en palabras de Richard Rorty, "pensar en las personas radicalmente diferentes como incluidas en un «nosotros»",[54] toda vez que la solidaridad, de acuerdo con Vázquez, es "la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de necesidades básicas comunes".[55]

La satisfacción de esas necesidades básicas comunes a todos los seres humanos no está al alcance de millones de personas. Por ello, como afirma Vázquez, "la solidaridad con el que sufre y con el que se encuentra en una situación de clara inferioridad resulta vacua si no existe la voluntad de remediar la situación".[56]

En consecuencia, a partir del diagnóstico de que ciertos bienes, en palabras de Tony Judt citado por Woldenberg, "los individuos no pueden conseguir(los) por sí solos",[57] se vuelve imperativo "un papel mayor para el Estado y el sector público",[58] que pasa por imponer "deberes positivos de equidad por parte del Estado que deben ser traducidos adecuadamente en un marco legal"[59] que contribuya a la "protección de… sectores de población marginados (mediante) acciones paternalistas… por parte del estado, plenamente justificadas".[60]

Los "deberes positivos" son lo opuesto a los "deberes negativos". Mientras los deberes negativos son "prohibiciones de lesión", es decir, que imponen abstenciones, los deberes positivos implican obligaciones consistentes en un *hacer*, como ocurre, por ejemplo, con los deberes correlativos a la estructura de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se caracterizan, de acuerdo con Christian Courtis y Víctor Abrahamovich, "por obligar al Estado a *hacer*, es decir, a *brindar prestaciones positivas*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad…".[61]

---

[54] Rorty, Richard, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 192, citado por Vázquez, R., *ibidem,* p. 158.

[55] *Ibidem*, p. 160.

[56] *Ibidem*, p. 159.

[57] Judt, Tony, *Algo va mal*, Madrid, Taurus, 2010, citado por Woldenberg, *La voz de los otros…*, *cit.*, p. 15.

[58] Judt, citado por Woldenberg, *La voz de los otros…*, *cit.*, p. 15.

[59] Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad…*, *cit.*, p. 159.

[60] Vázquez, *Derechos humanos…*, *cit.*, p. 19.

[61] Abrahamovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 22.

Los deberes positivos de equidad por parte del Estado tratándose de afectaciones a la vida y la salud de los trabajadores con motivo de su actividad, tienen como correlativos derechos subjetivos a favor de éstos, de sus familiares o beneficiarios.

Estos derechos han sido clasificados dentro de los denominados derechos sociales a los que ya aludí y, más concretamente, tal como sostiene Vázquez siguiendo a Francisco Laporta, dentro de los derechos sociales entendidos como "prestaciones" (salud, pensiones, subsidios) o "estatus legales" (huérfano, jubilado, edad avanzada, etcétera).[62]

Entre los "deberes positivos de equidad por parte del Estado" podemos ubicar tanto los orientados a la "promoción del bienestar"[63] como los que se traducen en "contraprestaciones que compensen por los riesgos fundamentales del trabajo asalariado"[64] (políticas de "atenuación o compensación del sufrimiento"),[65] que pasan por la previsión constitucional y legal de la existencia de los mismos, la consecuente responsabilización del patrón en caso de que ocurran y la construcción de instituciones de seguridad social en las que pueda subrogarse el patrón para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del deterioro de la salud o la pérdida de la vida de quienes le prestan su fuerza de trabajo.

Sin embargo, la realidad mexicana del presente desmiente la consecución de ese anhelo: de acuerdo con datos recabados por el INEGI y sistematizados por la UNAM, en México "sólo 54 por ciento de quienes prestan sus servicios laborales a un empleador cuenta con algún tipo de seguridad social",[66] mientras que al IMSS apenas cotiza una tercera parte del total de personas ocupadas en el país.

Cierro mi intervención con unas palabras que podrían parecer autorreferenciales, pero en apelación a la comprensión de los lectores aprovecho para dejar testimonio de que si sentí desde mis años estudiantiles una inclinación hacia la docencia y la investigación, ha sido gracias a mi referente

---

[62] Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, *cit.*, p. 124.

[63] Contreras Peláez, Francisco José, *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 22, citado por Carbonell, Miguel y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Editorial Flores, 2014, p. 11.

[64] Habermas, Jürgen, "La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas", *Ensayos políticos*, trad. de Ramón García Cotarelo, 4a. ed., Barcelona, Península, 2000, p. 120.

[65] Contreras Peláez, *Defensa del Estado social*, *cit.*, referido por Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales…*, *cit.*, p. 11.

[66] Murayama, Ciro y Gómez Tovar, Rosa, *El mercado de trabajo en México. La opinión social sobre la precariedad laboral*, México, UNAM, 2014, p. 31.

profesoral, Rodolfo Vázquez, y que si aquella inclinación hoy me permite estar al frente en un aula, lo más gratificante que tengo en mi vida, ha sido gracias al impulso de Vázquez, entre cuyas muchas virtudes está la de tender la mano a quien quiere abrirse paso en la vida académica e intelectual. Aunque mi caso sea el de un discípulo malogrado, Rodolfo Vázquez es un auténtico formador de cuadros, siempre presto a ayudar y jamás a entorpecer, el desarrollo de nuevas generaciones, esas generaciones conformadas por miles de alumnos agradecidos como yo y por decenas de académicos y profesionales destacados que, en conjunto, le rendimos este merecido y muy esperado homenaje.

REFLEXIONES SOBRE "DERECHOS SOCIALES Y DESIGUALDAD"*

Juan Antonio CRUZ PARCERO**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los problemas de la constitucionalización de los derechos sociales*. III. *Qué tipo de sociedad*. IV. *Los derechos sociales hoy.* V. *Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La obra de Rodolfo Vázquez se ha caracterizado por una defensa de los derechos humanos y por una justificación de los mismos en consonancia con la propuesta de fundamentación de Carlos Nino.[1] Esta fundamentación presenta a la autonomía personal, la dignidad de la persona y la igualdad como los valores que justifican los derechos humanos. A su vez, a lo largo de su extensa obra ha defendido el liberalismo igualitario. En los últimos años Rodolfo Vázquez ha sido más explícito en explorar las implicaciones de su concepción de los derechos humanos y muy recientemente ha publicado un libro, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*,[2] donde nos presenta de manera más acabada su concepción de los derechos humanos y enfrenta una serie de problemas de nuestro tiempo.

Aunque el libro merecería un análisis general y que se aborden con detenimiento los distintos temas que se desarrollan ahí, me limitaré en este trabajo a realizar un análisis de capítulo quinto, titulado "Derechos sociales

* Agradezco el apoyo del proyecto UNAM-DEGAPA-PAPIIT IG400216 Derechos sociales y justicia social.

** Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

[2] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015.

y desigualdad".[3] En este capítulo se abordan los siguientes problemas vinculados al tema de los derechos sociales:

a) las tipologías de los derechos y de los derechos sociales en particular;
b) los tipos de sociedades que existen: la indecente, la moderada, la decente y la justa;
c) la crisis del consenso socialdemócrata;
d) la patologías de la desigualdad, y
e) el derecho a la resistencia.

Quiero advertir que las coincidencias con Vázquez son muchísimas, de modo que mi contribución más que una crítica consiste en continuar, a mi manera, con las sugerentes y atractivas reflexiones que él hace. No sé si de mis reflexiones se desprenda al final alguna crítica, si es así sería una casualidad pues coincido tanto con sus puntos de vista sobre estos temas que no sabría bien qué criticar. Confieso que al leer este libro, y en particular este capítulo, nuevamente he tenido la sensación de caminar por una misma ruta, que quizá comenzó hace algo así como veintiséis años atrás; me reconforta mucho saber que todavía ando por los mismos caminos y en compañía de grandes amigos, que han sido también maestros.

De vuelta a los derechos sociales, confieso que es de esos temas en los que no es fácil decir algo nuevo, pero pienso que es justamente de los temas sobre los que tendríamos que decir cosas nuevas y cosas importantes. La lectura del trabajo de Vázquez, incita a reflexiones serias pues nos hace ver la importancia de la cuestión que tenemos enfrente.

En las últimas décadas, se ha escrito mucho sobre los derechos sociales y podríamos decir que hemos logrado ciertos consensos sobre cómo abordar algunos puntos. Particularmente, pienso que, respecto a los aspectos conceptuales, hemos aprendido mucho y hemos logrado si no consensos al menos sí amplios acuerdos. También respecto del tema de la *justiciabilidad* de los derechos sociales se ha logrado demostrar —contra una concepción que les negaba cualquier posibilidad tanto conceptual como práctica— que sí pueden ser justiciables. Aunque este debate puede considerarse abierto, todavía, respecto de la conveniencia y relevancia de la justiciabilidad como forma de garantizar adecuadamente los derechos sociales, ya casi nadie pone en duda la capacidad de hacerlos justiciables en algún grado. Otros problemas relacionados con el tema también han generado cambios relevantes, las coordenadas políticas que llevaron a la crisis del llamado con-

[3] *Ibidem*, pp. 97-126.

senso socialdemócrata y que impusieron un consenso neoliberal, parecen hoy estarse moviendo hacia un nuevo consenso, aunque no se terminan de definir los rasgos del mismo. Sin embargo, este nuevo movimiento, como veremos más adelante, parte de la aceptación de que vivimos en una época donde la desigualdad se ha vuelto uno de los problemas más graves en el mundo y que lo que se había conseguido durante algunas décadas después de la Segunda guerra mundial, en términos de sociedades más igualitarias, se ha venido perdiendo de modo acelerado en las últimas cuatro décadas.

En suma, si bien existen estos acuerdos extendidos sobre algunos aspectos centrales sobre el tema de los derechos sociales, hay todavía muchos otros aspectos controvertidos y muchos aspectos donde no sabemos bien a bien qué hacer para su adecuada protección.

II. Los problemas de la constitucionalización de los derechos sociales

Rodolfo Vázquez, al hablar del proceso de constitucionalización de los derechos sociales y de los derechos humanos, nos dice que estamos lejos de la concepción libertaria de las obligaciones genéricas que los reducía a meras obligaciones de respeto, y que ahora se trata de proteger, garantizar y promocionar estos derechos. Por ende, se requiere de una combinación de deberes negativos y positivos.[4] En México, señala, como en otros lugares, hemos tenido un "giro discursivo" con respecto a los derechos sociales, donde ya no es posible presentarlos —siguiendo a Pisarrello— como derechos tardíos desde un punto de vista histórico, subalternos, en términos axiológicos, devaluados, jurídicamente hablando.[5]

Pues bien, estos dos problemas me parecen de suma importancia. Parto de la idea compartida de que conceptualmente tenemos una mejor comprensión de los derechos sociales donde las diferencias con los derechos civiles y políticas se han mostrado más de corte ideológico que analíticas. Trabajos como los de Holmes y Sunstein,[6] Abramovich y Courtis,[7] Arango,[8]

---

4 *Ibidem*, p. 100.

5 *Ibidem*, p. 106.

6 Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Londres-NuevaYork, WW Norton & Company, 1999.

7 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

8 Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Legis, 2005.

Cruz,[9] entre muchos, han mostrado con buenos argumentos que las supuestas diferencias conceptuales entre los derechos civiles y políticos frente a los sociales son equivocadas, que ambos tipos de derechos comparten características conceptuales como las referidas al tipo de deberes que están relacionados con ellos. Sobre este punto no abundaré más, pues se trata de esos acuerdos amplios a los que me referí.[10]

Lo que ahora me interesa poner sobre la mesa son problemas de cómo se han reflejado esas supuestas diferencias conceptuales en los procesos de constitucionalización, particularmente en México, y qué problemas enfrentamos ahora que suponemos que tales diferencias conceptuales no existen.

1. *Los derechos sociales como una innovación en la Constitución de 1917*

Está por cumplirse el centenario de la Constitución de 1917. Una de las notas que hicieron de nuestra Constitución un documento original consistió en la incorporación, por vez primera, de derechos sociales, particularmente educación gratuita (artículo 3o.), reparto de tierras a través de la creación de ejidos y del reconocimiento de la propiedad comunal (artículo 27), y derechos laborales entre los que se limitaba la jornada de trabajo, se garantizaba un salario mínimo justo, entre otras cosas (artículo 123).

Por lustros los juristas mexicanos se vanagloriaron de ello y algunos lo seguirán haciendo, especialmente ahora que se conmemorarán los cien años de la Constitución. Como escribía Jorge Sayeg Helú:

> Timbre de orgullo es para México su Constitución del 5 de febrero de 1917. En ella se dio cabida, por primera vez sobre la faz de la tierra, y en conciliante simultaneidad —fuerza es repetirlo incesantemente—, a derechos individuales y a derechos sociales que, lejos de excluirse, se complementan los unos a los otros. Nuestra Carta de 1917 parece haber captado ya, por completo, la esencia de lo humano, contemplando al hombre en sus dos raíces: la individual y la social.[11]

---

[9] Cruz Parcero, Juan Antonio *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

[10] Este amplio acuerdo no significa en absoluto que no haya todavía aspectos conceptuales de los cuales ocuparse o que los detractores de estas ideas no tengan nada que decir.

[11] Sayeg Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 656.

Sin embargo, como sostiene el historiador Andrés Lira:[12]

> …es indudable que nuestra carta de 1917 resultó de un movimiento político y social, que en ella hubo innovaciones como la consagración de los derechos sociales (lo que ha dado lugar a muchas frases declamatorias y a exageraciones demagógicas), pero también lo es que esta novedad no se sitúa fuera de la historia, ni nos hace —como quieren los declamadores— únicos y originalísimos autores a los mexicanos, pues para bien o para mal, la técnica jurídica y las razones de orden político, que compartían otros Estados nacionales, se manifestaron en el México revolucionario de aquel tiempo. Dicho de otro modo, hubo revolución, hubo declaración de derechos sociales que recogieron inconformidades ya expresadas en México —como en otras partes— mucho antes; pero hubo también la imposición de una cultura jurídica formalista de la que participa nuestra historia, que, si bien es propia, no es única.[13]

Un primer problema con la incorporación de los derechos sociales al texto constitucional, fue que tal incorporación generó reacciones muy encontradas entre quienes iban a encargarse de la implementación y aplicación de la Constitución. Particularmente el gremio de los juristas se vio descolocado, de ahí que, mientras para algunos esos derechos sociales no podían ser sino meras aspiraciones del legislador,[14] otros buscaban darles algún tipo de sentido normativo, aunque no se generaron muchos acuerdos sobre la forma de traducirlos a genuinos derechos subjetivos. Pasado el momento revolucionario, nos dice Lira, la técnica jurídica se impondría como criterio, el positivismo jurídico, que más bien nos dice se trataba de un *posibilismo* jurídico o en un legalismo interpretativo,[15] terminaría por sugerir interpretaciones de los derechos que los vaciarían de su carácter técnico de derechos.

Ignacio Burgoa, uno de los constitucionalistas dogmáticos más importantes de mediados del siglo XX, escribía hacia 1944 en su libro *Las garantías individuales* (el cual se convertiría después en un manual obligado para muchas generaciones de abogados), que las llamadas garantías sociales no tenían al Estado como obligado, se trataba de una relación entre grupos desfavorecidos (la clase trabajadora) y las castas poseedoras de riqueza, o podía tratarse de una relación individual entre un trabajador y un empleador. El

---

[12] Lira, Andrés, "Revolución, derechos sociales y positivismo jurídico en México, 1870-1920", *IX Jornadas de Historia de Occidente. Revolución y contrarrevolución en México*, Michoacán, Centro de Estudios de la Revolución Mexicana Lázaro Cárdenas, A. C., 1986.

[13] *Ibidem*, p. 84.

[14] *Ibidem*, p. 95.

[15] *Ibidem*, p. 98.

papel del Estado, decía Burgoa, es regulador y fiscalizador, tendrá por ende facultades *impeditivas* o *preventivas*, *sancionadoras* y *fiscalizadoras* que conforman el intervencionismo estatal.[16] Pero estas obligaciones del Estado —aclaraba— no surgen de derechos de los individuos o de grupos contra el Estado, sino de la Constitución. Por ende, "la titularidad de las garantías sociales es mucho más restringida que la que corresponde a las garantías individuales, puesto que se circunscribe a una clase social y a sus miembros determinados y particulares, que estén colocados en una cierta situación jurídica y económica".[17] Dado que en las garantías individuales la relación es entre el individuo y el Estado, no se oponen y son plenamente compatibles con las garantías sociales, pero constituyen conceptos jurídicos diferentes. El corolario de esta idea será que las garantías individuales tenían como forma de protección el amparo, mientras que este mecanismo no era el adecuado para proteger garantías sociales. Así lo sostendrían muchos de los juristas mexicanos, no sólo los conservadores como Burgoa, sino incluso los más entusiastas de los derechos sociales como Trueba Urbina.[18]

Pese al entusiasmo de algunos tratadistas, como Mario de la Cueva o Alfonso Noriega, no se logró presentar a los derechos sociales como genuinos derechos. La distinción que se asumía como indiscutible y obvia entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por el otro, tenía la implicación práctica de entenderlos a unos como genuinos derechos y a los otros no. José Ramón Cossío ha insistido en que el modo en que la Constitución fue concebida se comenzó a generar en los años 40, justo durante la consolidación del partido hegemónico y del presidencialismo. Los juristas construyeron una idea de la Constitución que ayudaba a justificar el modo concreto de dominación política que se llevaba a cabo en el país.[19] Sobre la comprensión que los juristas se formaron de los derechos sociales, al menos hasta los años 70, nos dice:

> …tales juristas mantenían la idea de que los apuntados derechos sociales eran la expresión directa de la revolución; que esa revolución estaba encarnada en el régimen, y que el régimen debía desarrollar los derechos sociales para legitimarse como revolucionario. Por otra parte, sin embrago, no se intentaban elaboraciones normativas de los derechos sociales, pareciendo que era suficiente con sostener su carácter revolucionario. La realidad es que los de-

---

[16] Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Ediciones Botas, 1944, pp. 108-112.

[17] *Ibidem*, p. 116.

[18] Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998, pp. 81-83.

[19] *Ibidem*, p. 50.

> rechos sociales no gozaban de carácter normativo, sino que más bien eran las enunciaciones del ideario revolucionario que iba a realizarse por la actuación misma del régimen que lo representaba. Como se dijo, desde el momento en que la regulación de los derechos sociales era altamente discrecional para el legislador, sus resultados no eran reconocidos como materia del juicio de amparo y no daban lugar a la actuación directa de los órganos del Estado, los mismos podían y debían seguir valiendo más como elemento justificatorio del régimen que como normas jurídicas en sentido estricto.[20]

En un terreno ideológico, los constitucionalistas marcaron las diferencias entre los dos tipos de derechos con una consecuencia grave, los derechos sociales al no ser genuinos derechos individuales no serían objeto de protección a través del juicio de amparo y de cualquier otra forma jurídica convencional de protección. La *justiciabilidad* les sería negada pocas décadas después de su reconocimiento constitucional.

Por lo que respecta al escenario político, el contenido social de la Constitución sirvió al régimen para lograr importantes reformas sociales, especialmente durante el cardenismo, y legitimar una forma de gobierno, presidencial y autoritario, que se alejaba de la legitimación democrática. Desde una lectura semejante a la de Cossío, pero con algunas notas destacables, Martín Díaz y Díaz considera que mientras en la Constitución liberal de 1857 el *telos* era el del constitucionalismo moderno que se traducía en mecanismos técnicos de control del poder absolutista por medio de la protección de las libertades y derechos privados (principalmente el juicio de amparo), al lado de entronizar los procesos de sufragio como fuente principal de la legitimidad del poder político; en contraste, en la carta de 1917 se reorientó este *telos* moderno hacia un ejercicio autoritario del poder que ahora se legitimará a través de las reformas sociales.[21] La constitución mexicana abrió así las puestas a una relación corporativa dentro del régimen político; se estableció un régimen patrimonialista que reforzó la posición del poder público frente a los particulares.[22] De este modo, el autor considera que

> …[el] programa de reformas sociales que contiene la Constitución mexicana de 1917, no puede ser concebido como el desarrollo lógico del sistema garan-

[20] *Ibidem*, p. 85.

[21] Díaz y Díaz, Martín, "La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión", *80 aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM/Senado de la República, LVI Legislatura, 1997, p. 69; reeditado en Azuela, Antonio, *Martín Díaz y Díaz, ensayos sobre la propiedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

[22] *Idem.*

> tista de la carta; en realidad se trata de un estrato normativo con un trasfondo distinto… no puede verse como la reorientación progresista del individualismo de las Constituciones ortodoxas; sino acaso como un intento por generar las condiciones mínimas para homologar el sentido cultural y económico de la vida pública. No puede presentarse como innovación, lo que es apenas un movimiento defensivo de afianzamiento nacional frente a una modernidad que de momento se consideraba impracticable.[23]

El proyecto de reformas sociales referido, para Martín Díaz, no fue armónico en relación con los otros principios e instituciones que contiene el texto constitucional, especialmente con su *telos* moderno. El modelo de los derechos sociales careció de una adecuada concretización y de afianzamiento en un sistema técnico de garantías semejantes a las que existían para los derechos privados. Sin embargo, este *telos* reformista terminó prevaleciendo de cierto modo. La legitimidad constitucional y del poder político no descansó (y quizá todavía no logra descansar), en los mecanismos de participación democráticos, especialmente en el sufragio. Desde que la Constitución del 17 cobró vigencia, los gobiernos buscaron su legitimidad y apoyo en las reformas sociales, no en la democracia. En México se impuso la discrecionalidad, el autoritarismo, el centralismo, el corporativismo, el nacionalismo y el patrimonialismo que constituyeron los rasgos prevalecientes del proceso constitucional mexicano.[24]

Los constituyentes de 1917 pensaron más en generar un proceso evolutivo que en establecer un Estado social determinado. Se pensó que las reformas sociales debían conducir a México a la modernidad. Para Martín Díaz la causa por la que el texto constitucional ha prevalecido durante tanto tiempo[25] se debe a su ambivalencia y sus dos *telos*, el liberal y el reformista.

---

[23] *Ibidem*, pp. 69 y 70.

[24] *Ibidem*, p. 72.

[25] Ninguna otra Constitución en México tuvo una vigencia tan larga. La Constitución liberal de 1857 logró, en el mejor de los casos, rebasar apenas los 50 años de vigencia, pues luego de iniciada la Revolución en 1910 se suele discutir en qué momento dejó de tener vigencia. Para Ulises Schmill puede considerarse que una revolución es una forma de orden normativo que desconoce el orden normativo hasta ese momento vigente. Esas nuevas normas en caso de que triunfe la Revolución serán a su vez el fundamento de un nuevo orden. "Generalmente el acto revolucionario original no sólo desconoce a las normas precedentes del orden primario, sino que establece la norma fundamental positiva del orden revolucionario… La Revolución Mexicana instauró la construcción del orden revolucionario con la proclamación del llamado Plan de Guadalupe hecho por Venustiano Carranza, Plan que fue, incluso, el fundamento jurídico de la instalación del Congreso Constituyente de 1916-1917 que emitió la Constitución actualmente en vigor", véase Schmill, Ulises, "El concepto jurídico de la revolución", *Doxa*, Alicante, núm. 30, 2007, pp. 351 y 352.

En cuanto la sociedad logra alcanzar rasgos de madurez moderna se acoge al bloque normativo liberal y, en cuanto su desarrollo se retarda se reconducen normativamente por la lógica del reformismo social y el autoritarismo.[26]

Los constitucionalistas dogmáticos, al decir de Martín Díaz, han tratado el estrato liberal de la Carta como el único técnicamente viable. Se han distanciado en general de cualquier visión problemática del texto y no han evidenciado la enorme tensión entre sus principios.[27]

Los gobiernos inmediatamente posteriores a la Constitución de 1917 en realidad hicieron poco para cumplir con la legislación social y de generar una política social a gran escala. México, como muestra Alonso Moramay López,[28] no fue pionero en la implementación de políticas de bienestar en América Latina, ni siquiera se le podría considerar como un país que haya dedicado un gran esfuerzo para mejorar las condiciones materiales de su población, al menos durante la primera mitad del siglo XX. Desde una perspectiva comparada, México caía en la categoría de país de alto desarrollo con bajo esfuerzo en el ámbito de la protección social (la autora habla de políticas de beneficencia tal y como se concebían entonces).[29]

Fue a partir del periodo cardenista que se comenzó una labor institucional más acorde al contenido social de la Constitución del 17. Se creó en 1939 la Secretaría de Salubridad y Asistencia (SSA); en 1940 la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) creó la Escuela Nacional de Trabajo Social con la finalidad de preparar profesionales para atender a los estratos más bajos de la población. En 1943, ya con Ávila Camacho, se creó el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para brindar asistencia social a los trabajadores. Más tarde en 1955 se creó un sistema especial para los trabajadores del Estado, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Pero estas iniciativas distaban de ser innovadoras, y más bien generaron derechos diferenciados entre los mismos trabajadores y también respecto a los no trabajadores.[30] Tener dos sistemas

---

[26] Díaz y Díaz, M., *op. cit.*, p. 75.

[27] *Ibidem*, p. 73.

[28] López Alonso, Moramay, *Estar a la altura. Una historia de los niveles de vida en México, 1850-1950*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

[29] *Ibidem*, p. 83. López Alonso sostiene que incluso después de promulgada la Constitución de 1917, especialmente durante la década de 1920 se discutía mucho sobre si el estado tenía obligaciones con los "socialmente débiles". Se temía que la idea de derechos sociales se interpretara en el sentido de que los pobres eran sujetos con derecho a exigir ayuda del gobierno. Este debate duraría hasta la presidencia de Lázaro Cárdenas (1934-1940), cuando se terminaron por desechar las ideas de beneficencia y de caridad y se comenzó a hablar de justicia social o asistencia social, *ibidem*, p. 85.

[30] *Ibidem*, pp. 85 y 86.

de seguridad social para los trabajadores, presentaba muchos problemas, mientras que los necesitados o marginados que carecían de empleo formal podían ser objeto de asistencia, pero no se concibieron como sujetos con derechos. La cobertura formal del sistema de seguridad social siempre fue limitada con respecto al tamaño de la población. Las clases trabajadoras se convirtieron en grupos privilegiados dentro del nuevo sistema político que logró cooptarlos y establecer relaciones clientelares.

2. *El declive del Estado de bienestar y los derechos sociales*

Pese a estos avances, la construcción de un Estado de bienestar en México fue más breve de lo que se piensa; salvo por dos momentos, dos sexenios, donde se sentaron bases firmes (Cárdenas y López Mateos), las políticas reformistas para asegurar derechos sociales (salud, vivienda, seguridad social), fueron erráticas y objeto de malos manejos. Las conquistas laborales desde los años 40 a los 70 se hacían de la mano de la consolidación del partido único, del presidencialismo y el *charrismo* sindical. A la par que se construía un sistema de seguridad social diferenciado, se hacía un uso indebido de los depósitos por concepto de jubilación para financiar otros gastos; entonces pasaba inadvertido,[31] pero que luego cobraría facturas a todos los mexicanos. Pese a todos los problemas del modelo, según Viviene Brachet-Márquez, hubo un momento en que se ganó la batalla contra la pobreza, un momento muy corto entre 1970 y 1981. El sexenio de López Portillo marcaría el punto culminante en la construcción y ampliación del estado de bienestar mexicano, vendría después la década perdida y las políticas neoliberales acompañadas de una nueva concepción de lo social ("neoliberalismo social") basado en la reducción del gasto público y en implementar políticas públicas focalizadas para la atención de los pobres extremos.[32] Todavía al comienzo de este derrumbe se consagrarían constitucionalmente el derecho a la vivienda (1982) y el derecho a la salud (1984). El gasto social per cápita caería de 179 dólares en 1982 a 99 dólares en 1986, en comparación con una caída de 152 a 148 dólares en promedio para América Latina,[33] la proclamación de dos nuevos derechos constitucionales evidentemente se trató

[31] Brachet-Márquez, Viviane "El Estado benefactor mexicano: nacimiento, auge y declive (1822-2002)", en Boltvinik, Julio y Damián, Araceli (coords.), *La pobreza en México y el mundo, realidades y desafíos*, México, Siglo XXI-Gobierno de Tamaulipas, 2004, pp. 249-251.

[32] *Ibidem*, pp. 256-262.

[33] *Ibidem*, p. 257.

de mera retórica para ocultar que ya se comenzaba a desmantelar el de por sí precario estado de bienestar.

El consenso socialdemócrata, como dice Rodolfo Vázquez, se comenzaría a desquebrajar. Un nuevo consenso neoliberal impulsado por Gran Bretaña y los Estados Unidos, por Margaret Thatcher y Ronald Reagan, comenzaría a imponerse en todo el mundo. A todos aquellos que exportaron el nuevo modelo económico poco les importó acompañarlo de una agenda democrática. Recordemos que en Latinoamérica el primer ensayo "exitoso" se hizo en el Chile de Pinochet.

También fue en esos mismos años que apareció un nuevo discurso en torno a los derechos humanos, una nueva forma de concebir a los derechos humanos que se ha venido consolidando en las últimas décadas. Que la simultaneidad del nuevo discurso de los derechos humanos con las políticas neoliberales sea o no algo más que una mera coincidencia histórica, es un tema que hoy día da mucho de qué hablar a los historiadores de los derechos humanos y del neoliberalismo. Todavía, al decir de Samuel Moyn, aunque los vínculos entre este último y el lenguaje contemporáneo de los derechos son videntes, es temprano y falta evidencia para poder establecer con precisión el carácter de estas relaciones.[34] Después de cuatro décadas de neoliberalismo, México se quedaría ya sin un programa político de reformas sociales, se tuvo la esperanza —quizá todavía algunos la tienen— de que las reformas económicas lograran el viejo sueño capitalista de que la economía creciera y la riqueza fluyera de manera automática de arriba hacia abajo, focalizando la atención del estado exclusivamente en los pobres extremos. Desde luego esto no sucedió. El crecimiento produjo riqueza, pero esta quedó en muy pocas manos. Las grandes fortunas de los magnates mexicanos comenzaron a destacar en las listas de los más ricos a nivel mundial. La pobreza comenzaría también a repuntar. Rodolfo Vázquez da cuenta en su trabajo de las dimensiones del crecimiento de la pobreza y la desigualdad,[35]

---

[34] Moyn, Samuel, "A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism", *Law and Contemporary Problems*, Durham, vol. 77, núm. 4, 2014, disponible en: *http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol77/iss4/*.

[35] De los 29 millones de hogares en que el Inegi (*Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares*, México, Inegi, 2014) dividió a la población, los cuales, a su vez, fueron segmentados por deciles, el 10% más pobre recibe 2,572 pesos mensuales en promedio, mientras el 10% más rico alcanza en promedio 46,928 pesos. Una diferencia de más de 18 veces. Dentro del decil más rico a su vez caben muchas diferencias, de modo que en pocas familias se concentra el 35% de la riqueza total. Según el Coneval, en 2014, 55.3 millones de personas vivían en condiciones de pobreza, lo que representaba el 46.2% de la población nacional. De éstas, 11.4 millones de personas se encuentran en situación de pobreza extrema; véase Vázquez, R., *op. cit.* pp. 115 y 116. El problema con el tipo de políticas focalizadas, programas sociales como Progresa y Oportunidades, proyectados bajo las directrices del modelo neoliberal, es

fenómeno, por lo demás, no exclusivo de México sino global, como lo ha mostrado Thomas Piketty.[36]

Las estrategias de combate a la pobreza que acompañaron a las políticas neoliberales, aconsejaban focalizar los esfuerzos para atender a los más necesitados. La pobreza extrema era la única prioridad, todo lo demás se iría desmoronando con las graves consecuencias sociales. El problema con el tipo de políticas focalizadas, programas sociales como Progresa y Oportunidades, diseñados bajo las directrices del modelo neoliberal, es que han generado desde su diseño un problema serio de exclusión seleccionando entre los pobres a los merecedores de apoyos y no merecedores de apoyos; especialmente se excluyeron a los pobres que vivían en zonas urbanas o en zonas rurales que no eran de alta marginación. Este tipo de programas generaron un problema de exclusión y desatención que ha sido muy costoso por ineficaz. Por ejemplo, usando datos de 1996, Julio Boltvinik sostiene que de una población de 21.7 millones de pobres, un programa como Progresa atendió sólo a 9 millones, excluyendo a 12.7 millones.[37] Aun concediendo que este tipo de programas sociales tuvieron algún éxito (cuestión nada fácil de conceder para los expertos), la desigualdad y pobreza no se ha logrado contener, dado que el modelo de crecimiento neoliberal se ha hecho a costa de abaratar los costos laborales y con altas tasas de desempleo.

Al lado del desmantelamiento del estado de bienestar que teníamos con todos sus bemoles, el discurso de los derechos humanos se fue transformando, y con él la concepción de los derechos sociales. Los amplios acuerdos en el terreno conceptual, pero también el político, respecto de estos derechos comenzarían a darse bajo el impulso de organismos defensores de derechos, las organizaciones no gubernamentales, a iniciativa de entidades de Naciones Unidas, y de discusiones académicas en los años de 1980 y principalmente en los de 1990. La idea de que los derechos sociales pueden ser derechos justiciables abrió una esperanza de reforma y cambio social en

---

que han generado desde su diseño un problema serio de exclusión seleccionando entre los pobres merecedores de apoyos y los pobres no merecedores de apoyos, especialmente se excluyen a los pobres que vivían en zonas urbanas o en zonas rurales que no eran de alta marginación. Este tipo de programas generaban, por ejemplo, usando datos de 1996, que de una población de 21.7 millones de pobres, un programa como Progresa atendiera sólo a 9 millones, excluyendo a 12.7 millones, Boltvinik, J., *op. cit.*, pp. 320-324. Aun concediendo que este tipo de programas sociales tuvieran éxito (cuestión nada fácil de admitir), la desigualdad y pobreza, no se lograría contener en una situación donde la generación de riqueza se hace a costa de abaratar los costos laborales y con altas tasas de desempleo.

[36] Piketty, Thomas, *El Capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

[37] Boltvinik, J., *op. cit.*, pp. 320-324.

momentos en que claramente las políticas neoliberales claudicaban de cualquier compromiso social redistributivo. Hasta qué punto esta esperanza de ver a los derechos sociales como genuinos derechos justiciables ha sido parasitaria o hasta cómplice de las políticas neoliberales, como podrían sugerir algunos relatos de historiadores marxistas,[38] o hasta qué punto son formas válida de resistir y superar el capitalismo neoliberal, como sugieren otras lecturas más optimistas,[39] es todavía difícil de precisarse.

3. *La constitucionalización de los derechos humanos*

Vivimos todavía insertos en lo que Moyn ha descrito como la "última utopía", la utopía de los derechos humanos.[40] Los derechos humanos son hoy el tipo de discurso que representa una alternativa a la humanidad. La incorporación de los derechos sociales y ambientales al discurso de los derechos humanos, ha logrado convertirlo en un movimiento reformista poderoso, un movimiento que además de seguir exigiendo la protección de libertades, exige ahora también la materialización de condiciones de vida dignas, exige más igualdad y, por ende, requiere de formas de redistribución de riqueza e incluso de nuevas formas de creación de riqueza respetuosas del medio ambiente, de las personas y las comunidades en que viven.

La constitucionalización de los derechos humanos en la pasada reforma del 2011, supone entonces un cambio conceptual muy importante, un relanzamiento de los derechos sociales y ambientales, derechos que ahora vemos bajo nuevas coordenadas teóricas, ligados precisamente al discurso de los derechos humanos y a un nuevo marco conceptual donde quedan integrados a las libertades y derechos de la tradición liberal. No es que ya las discusiones sobre estos derechos hayan logrado un nuevo consenso, aún existen voces críticas que rechazan verlos como genuinos derechos o que les quisieran negar vías de protección judicial, es decir, el pensamiento jurídico tradicional todavía no está derrotado. Sin embargo, hoy esas voces son menos y sus argumentos débiles, aunque todavía detentan autoridad en el ámbito de la administración de justicia.

---

[38] Marks, Susan, "Four Human Rights Myths", en Kinley, D. *et al.* (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.

[39] Kinley, David, *Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

[40] Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2010.

El cambio constitucional en materia de derechos humanos abre un nuevo horizonte, pero aún tenemos el viejo problema que nos advirtiera en otro momento Martín Díaz. Me refiero a que los constitucionalistas —y en general los juristas— pueden seguir viendo y admirando una constitución liberal ahora con derechos humanos y pensando en la democracia y en el fortalecimiento de nuestro Estado de derecho sin advertir la distancia abismal entre las reglas formales y las reglas vividas, las cuales nos recuerda Vázquez con palabras de Ernesto Garzón:

> Hablar de la vigencia del *rule of law* es, en la mayoría de los países de América latina, desfigurar la realidad jurídica y despistar a quien quiera interesarse por las normas que rigen el comportamiento de gobernantes y gobernados en amplios campos de la vida social.[41]

Si queremos aprovechar esta ola de esperanza que nos trajo la constitucionalización de los derechos humanos, no podemos dejar de pensar en las estrategias para consolidar la democracia como vía de legitimación del poder, de integrar a esta estrategia de consolidación democrática una agenda de reformas sociales que tienda a la protección eficaz de los derechos humanos en general. Todo esto lo tenemos que hacer tomando en cuenta la sociedad que somos, las normas que realmente rigen y tienen vigencia, las reglas bajo las cual opera el régimen político y las que rigen a los grupos de poder. No tenemos que partir de error de suponer que la Constitución y sus derechos humanos son el marco que guía *de facto* al régimen político y a tales grupos de poder.

III. Qué tipo de sociedad

A Rodolfo Vázquez le preocupa precisamente esta distancia abismal entre las reglas formales y las reglas vividas y nos presenta una tipología de sociedades realizada por el filósofo Avishai Margalit.[42] Para Margalit hay sociedades "moderadas", "decentes" y "justas". Desde luego tenemos que agregar a las sociedades "indecentes". La *sociedad decente* es aquella donde sus instituciones no humillan a las personas. Las instituciones no humillan cuando no ignoran, abusan o excluyen a los individuos que forman parte

[41] Garzón Valdés, Ernesto, "Las élites latinoamericanas", en Garzón Valdés, Ernesto *et al*. (comps.), *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Guarteme, 2009.

[42] Margalit, Avishai, *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 2010.

del colectivo social; cuando abren canales de participación plural para hacer exigibles, sin violencia, las demandas de bienestar y seguridad; cuando en definitiva, contribuyen a la autoestima de la persona en el reconocimiento y promoción de su autonomía, dignidad e igualdad. En las *sociedades moderadas*, que se encuentran un escalón debajo de las decentes, se busca erradicar la crueldad física, el castigo físico y en las *sociedades justas*, un escalón arriba de las decentes, se pretende hacer valer el principio de justicia distributiva.[43] Habría que agregar que las *sociedades indecentes*, que se encuentran un escalón debajo de las moderadas, son las que humillan a las personas y no logran erradicar la crueldad física.

Vázquez piensa que la desigualdad que prevalece en Latinoamérica nos aleja de una sociedad decente, pero no precisa qué tipo de sociedad tenemos. Por ejemplo, qué tipo de sociedad somos en México, si no somos una sociedad ni justa, ni decente. Como sea, parece que el punto central tanto de Vázquez, como de Garzón, consiste en llamar la atención sobre la enorme distancia entre nuestras normas y derechos formales respecto de una realidad vivida donde, debido a las enormes carencias, pobreza y desigualdad, las personas son forzadas —usando palabras de O´Donell— "a llevar una vida que no sólo es de pobreza sino también de sistemática humillación y miedo a la violencia".[44] Factores como la corrupción, la ineficiencia y la impunidad de los gobiernos son determinantes en los países latinoamericanos para estar en la situación que estamos. Y es que a juzgar por lo que nos ocurre, esta "trilogía" fatídica que menciona Vázquez, ha causado estragos en nuestras sociedades que nos muestra cuando nos habla de la patologías de la desigualdad siguiendo a Tony Judt.[45]

Una característica de estas patologías queda bien ilustrada en un trabajo de Antonio Azuela,[46] en torno a las políticas de vivienda en las ciudades en México, donde los derechos constitucionales eran suplantados en las normas que regulan los proceso administrativos,

> [lo] sustantivo —nos dice Azuela— se vuelve adjetivo y la palabra "derecho" se vuelve retórica. En el proceso de regularización (de la tenencia de la tierra) los pobladores no son ciudadanos investidos de derechos, sino solicitantes

[43] Vázquez, R., *op. cit.*, pp. 107-109.

[44] O'Donell citado por Vázquez, *ibidem*, p. 112.

[45] Judt, Tony, *Algo va mal*, Madrid, Taurus, 2010.

[46] Azuela, Antonio, "El derecho a la ciudad y la transformación de las garantías constitucionales en México", en Perló Cohen, Manuel (coord.), *La modernización de las ciudades en México*, México, UNAM, 1990.

> hacia los cuales la administración se comporta, en el mejor de los casos, en forma dadivosa y frente a la cual casi nunca existen recursos jurídicos.[47]

Así, de modo muy semejante a esta caracterización muchos de los derechos sociales fueron reducidos a dádivas que habría que solicitarles al gobierno a otros intermediarios como los sindicatos. Hoy día, los programas de atención a la pobreza repiten este tipo de esquemas, pero ahora el pobre tiene que demostrar a algún funcionario que merece la ayuda y que está dispuesto a acatar una serie de condicionamientos para mantenerla. Condicionamientos que por más que se pretendan presentar como una forma de paternalismo justificado en beneficio de los mismos beneficiarios, termina más cerca de la dádiva que del derecho. Una sociedad así, parece estar lejos de la sociedad decente de Margalit.

Ahora bien, una vez que podemos adoptar una posición más realista y dejar de lado un optimismo constitucional formalista, las preguntas de qué hacer son relevantes, pero las dejo para otro momento por rebasar los propósitos de este trabajo. Lo que me interesa es volver a la noción de los derechos sociales.

IV. Los derechos sociales hoy

Quizá si regresamos al inicio de este trabajo y volvemos la mirada al momento constituyente del 17 que consagraba por primera vez derechos sociales en el ordenamiento normativo supremo, podamos advertir que, en cien años, los avances que se tuvieron en materia social al amparo de una Constitución que contenía derechos sociales se hicieron a costa de consolidar y servir a un régimen presidencialista, autoritario, patrimonialista y clientelar. Los derechos sociales sí tuvieron vigencia y tuvieron eficacia, pero bajo una forma de comprensión que los alejó de ser genuinos derechos, esto es, lejos de ser pretensiones que los individuos o grupos pueden reclamar frente al gobierno.

Socialmente hablando la situación actual, si bien es mejor que la de entonces, no es mucho mejor. Tenemos por lo tanto preocupaciones similares a las de los hombres y mujeres de aquellas épocas: cómo mejorar las condiciones de vida de millones de mexicanos, cómo consolidar un gobierno democrático, cómo conseguir una sociedad más justa, cómo alcanzar el crecimiento económico, cómo proteger las libertades civiles, etcétera.

---

[47] *Ibidem*, p. 415.

Algo que tenemos ahora es que podemos analizar cien años de errores y de algunos aciertos que sería necesario revalorar. Tenemos una nueva concepción de los derechos humanos y sociales, la cual suponemos superior a la que se tuvo entonces. Hemos fortalecido, podría decirlo así, la perspectiva liberal de los derechos sociales y, a su vez, hemos transformado su percepción clásica en una concepción liberal-igualitaria tal y como la defiende, entre otros, Rodolfo Vázquez.

Los derechos sociales son concebidos hoy como derechos que pueden ser justiciables y no como meras aspiraciones que conceptualmente no lograrán ser nunca derechos genuinos. Esto está bien, pero sospecho que dejarlo ahí no nos ayudará mucho. La historia ha mostrado que los avances sociales, la construcción del bienestar que logre extenderse a la mayor parte de la población, depende de un conjunto de mecanismos y acciones colectivas de distinta índole: depende de políticas económicas responsables, del crecimiento económico, de la creación de empleo, de buenos salarios, de políticas públicas bien diseñadas para atender problemas específicos, de servicios como educación, salud, seguridad social, alimentación, que logren extenderse a toda población, etcétera. Los derechos sociales sirvieron para apuntalar y legitimar a los gobiernos que intentaron hacer reformas sociales. Hoy día no podemos renunciar a esta dimensión ni al potencial político que detentan los derechos sociales, sería un grave error. Pero tampoco podemos dejar que tal potencial reformista refuerce un sistema autoritario, se ponga a su servicio y nos aleje de la consolidación de un sistema democrático.

A su vez, si pensamos en el desencanto democrático que vivimos, fenómeno tampoco particular de México, es evidente que ello se debe, al menos a dos factores. Las instituciones, no sólo las electorales, no han conseguido todavía asegurar que la lucha electoral sea equitativa y limpia. No se ha conseguido, especialmente a nivel de elecciones presidenciales, que el ganador no quede manchado, deslegitimado, por la sensación de haber ganado en procesos fraudulentos. Los gobiernos todavía no consiguen, pues, una plena legitimación por la vía democrática, aunque consigan triunfos legalmente válidos. Con todo y este desencanto, la democracia aún es una vía que no está cerrada para los actores políticos y para los ciudadanos y eso hay que saberlo aquilatar y no darlo por sentando. En México, hasta hace muy poco la senda armada se presentaba como una opción para los indígenas en Chiapas, que habían estado totalmente excluidos de ese precario bienestar al que nos hemos referido.

El otro factor es que los gobiernos emanados de la alternancia democrática no han dado resultados, las condiciones de las mayorías han empeo-

rado y mucho. La pobreza ha crecido, se ha deteriorado de modo constante la calidad de los servicios públicos, en especial la educación pública, la seguridad social y la salud. A esto podemos añadir más violencia e inseguridad, más desigualdad y una alarmante acumulación de riqueza en pocas manos. La lucha por la democrática dejó en segundo plano, si no es que en el total olvido, cualquier concepción social reformista, los partidos de oposición lograron aumentar significativamente sus cuotas de poder, pero eso no trajo ninguna mejora social.

Creo que el reto que tenemos, quienes nos interesa pensar en los derechos sociales y en transformar nuestra sociedad, es poder concebirlos como genuinos derechos justiciables, y a su vez poderlos integrar en un proyecto social y democrático. No es que tengamos que inventar un modelo político nuevo, supongo que la vía socialdemócrata es ese modelo, el problema es que las condiciones ya no son las de la posguerra, son otras, y el reto ahora es implementar ese modelo en condiciones sociales y económicas diferentes.

V. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Legis, 2005.

AZUELA, Antonio, "El derecho a la ciudad y la transformación de las garantías constitucionales en México", en PERLÓ COHEN, Manuel (coord.), *La modernización de las ciudades en México*, México, UNAM, 1990.

BRACHET-MÁRQUEZ, Viviane "El Estado benefactor mexicano: nacimiento, auge y declive (1822-2002)", en BOLTVINIK, Julio y DAMIÁN, Araceli (coords.), *La pobreza en México y el mundo, realidades y desafíos*, México, Siglo XXI y Gobierno de Tamaulipas, 2004.

BOLTVINIK, Julio, "Políticas focalizadas de combate a la pobreza en México. El Progresa/Oportunidades", en BOLTVINIK, Julio y DAMIÁN, Araceli (coords.), *La pobreza en México y el mundo, realidades y desafíos*, México, Siglo XXI y Gobierno de Tamaulipas, 2004.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Ediciones Botas, 1944.

COSSÍO, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio *El lenguaje de los derechos. Ensayos para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión", *80 aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM/Senado de la República, LVI Legislatura, 1997, reeditado en AZUELA, Antonio, *Martín Díaz y Díaz, ensayos sobre la propiedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

FABRE, Cecil, *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, New York, Clarendon Press-Oxford, 2000.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Las élites latinoamericanas", en GARZÓN VALDÉS, Ernesto *et al.* (comps.), *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Guarteme, 2009.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Londres-NuevaYork, WW Norton & Company, 1999.

JUDT, Tony, *Algo va mal*, Madrid, Taurus, 2010.

KINLEY, David, *Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

KLEIN, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Metropolitan Books, 2007, edición en español, *La doctrina del* shock. *El auge del capitalismo del desastre*, Paidós Ibérica, 2010.

LIRA, Andrés, "Revolución, derechos sociales y positivismo jurídico en México, 1870-1920", *IX Jornadas de Historia de Occidente. Revolución y contrarrevolución en México*, Michoacán, Centro de Estudios de la Revolución Mexicana Lázaro Cárdenas, A. C., 1986.

LÓPEZ ALONSO, Moramay, *Estar a la altura. Una historia de los niveles de vida en México, 1850-1950*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

MARGALIT, Avishai, *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 2010.

MARKS, Susan, "Four Human Rights Myths", en Kinley, D. *et al.* (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, UK-USA, Edward Elgar Publishing, 2013.

MOYN, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge-Londres. Harvard University Press, 2010.

———, "A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism", *Law and Contemporary Problems*, Durham, vol. 77, núm. 4, 2014, disponible en: *http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol77/iss4/*.

NICKEL, James W., *Making Sense of Human Rights*, 2a. ed., Hong Kong-Singapore, Blackwell Publishing, 2007.

NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

PIKETTY, Thomas, *El Capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

RAWLS, John, *The Law of Peoples*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 1999.

SAYEG HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

SCHMILL, Ulises, "El concepto jurídico de la revolución", *Doxa*, Alicante, núm. 30, 2007.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, ITAM, 2015.

RODOLFO VÁZQUEZ: EL ENFOQUE LIBERAL IGUALITARIO DE LA EDUCACIÓN

Eduardo García Ortiz*

Sumario: I. *La educación en el ámbito jurídico*. II. *La función liberadora de la educación*. III. *La educación posbásica*.

I. La educación en el ámbito jurídico

Hablar de educación en los ámbitos jurídico-filosóficos resulta complicado por la notoria inopia de investigación progresista en la materia. A este respecto resulta sumamente plausible que la obra de Rodolfo Vázquez robustezca las investigaciones sobre esta materia vislumbradas en México fundamentalmente por Pablo Latapí.

En su primer y gran obra publicada: *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, fruto de su tesis doctoral, Rodolfo Vázquez deja clara su vocación progresista, pedagógica, democrática y liberadora. Si bien la amplitud y complejidad del texto aborda diversos tópicos, me parece relevante señalar dos puntos fundamentales que sirvieron, a su vez, como inspiración personal para la investigación de este tema, desde una óptica libremente escogida, gracias a la pedagogía de Rodolfo.

El tema de la educación, generalmente delegado a los pedagogos y educadores es en nuestro país el ramo que mayor cantidad de recursos recibe dentro del presupuesto federal de egresos. Por otro lado, es un derecho humano de carácter social consagrado tanto en el texto constitucional, como en los tratados de derechos humanos más amplios suscritos por México. Ciertamente ello invoca la imperiosa necesidad de conocer lo profundo de este derecho en términos de igualdad, libertad, democracia, gratuidad, laicidad y calidad; pero también dirige, irremediablemente, la atención hacia la justiciabilidad de ese derecho en forma tal que incluya sus mecanismos

* Universidad Anáhuac-Xalapa, México.

de garantía y tutela desde una perspectiva incluyente, cuya expresión puede sintetizarse en el liberal igualitarismo pregonado en *Educación liberal.*

Pienso que la relevancia de este texto, claramente orientado a juristas y filósofos, tiene su razón de ser en dicha finalidad. Para ello, lo primero que se observa en la obra es la puesta a prueba de las teorías éticas relativas a los modelos que el propio texto analiza. Con ello queda suficientemente claro que la intención no es imponer alguna tendencia ideológica, como podría decirse del modelo tradicional sesgado por una perspectiva moralmente metafísica y absolutista; y por otro lado, tampoco lo es, la de entregar las razones al relativismo libertario.

La noción más relevante, me parece, es la de buscar a través de fundamentos metaéticos una respuesta desde el objetivismo moral que da pie a la búsqueda de la satisfacción educativa mediante un modelo de corte liberal igualitario y democrático.

Ello representa, de manera muy sucinta, los dos puntos que considero importantes para destacar en la obra.

II. La función liberadora de la educación

El primero se refiere a la consideración de que el derecho a la educación tiene una función liberadora. Claramente esto indica la necesidad de concebir modelos educativos que logren tal objetivo principal. Así, cabe preguntarse, ¿el modelo educativo otorga suficiente libertad y autonomía para diseñar de manera informada y responsable los planes de vida de los niños y jóvenes? Por otro lado, ¿capacita efectivamente el modelo educativo para el ejercicio de dichos planes de vida?, ¿se otorga plenamente libertad tanto en el acceso como en los resultados?, ¿tiene efectivamente el modelo educativo una función teleológica para garantizar el acceso a otros derechos sociales por principio de interdependencia?, y, finalmente, la parte quizá más importante, ¿las políticas educativas garantizan la promoción de igualdad de condiciones entre los individuos de un Estado?

Pienso que muchas de las respuestas a estas preguntas se ubican en el andamiaje de *Educación liberal.* El punto de partida es el rechazo necesario de absolutismos morales que advierten la existencia de un *status quo* relativo a los valores, los cuales deben preservarse como clausulas pétreas inscritas en algún lugar del universo, por ende, tienen que ser dogmáticamente aceptadas y aprendidas diligentemente desde la obediencia incuestionable. El problema de la afirmación anterior es que, quienes comulgan con dichos absolutismos no ven posibles alternativas, sino que arrojan deliberadamente

toda conclusión al relativismo propugnado por corrientes libertarias. Ello constituye una discusión maniquea entre el bien y el mal de la educación que el doctor Vázquez acertadamente ejemplifica a partir de la conceptualización de Isaiah Berlin desde una figura plástica en la flauta mágica, como un choque entre la razón y la sinrazón.

Me parece que la tensión de estas dos percepciones éticas es a la vez la enfermedad y la cura. Pues la respuesta presentada es la de un modelo objetivo que centrado en realidades objetivamente identificables y mínimas que exigen satisfacción pero no de manera absoluta, sino en un sentido *prima facie*, pues la formación de la autonomía de los educandos en un nivel básico no debe, en ningún caso, sesgar sus posibilidades de elección libre de planes de vida. Esto evidentemente requiere de la inclusión una curricula académica plural, pues cuando los individuos han sido capaces, por medio de una educación diversa, incluyente y democrática, de conocer todos los puntos de vista posibles, éstos pueden decidir libremente. Empero, cuando cualquier colectivo social es limitado sobre el conjunto de saberes que le son ofrecidos o, peor aún, permitidos, no podría considerarse deseablemente ofertada la educación en un Estado democrático. A este respecto cito al doctor Vázquez:

> El modelo igualitario y democrático de educación rechaza los excesos en los que pretende incurrir el modelo libertario con su fuerte individualismo, con una concepción de igualdad de oportunidades entendida exclusivamente desde un punto de vista procedimental y con una concepción neutral de los valores que termina asignando la autoridad educativa exclusivamente a los educadores profesionales; también rechaza los excesos de un modelo comunitario con una visión integrista de la sociedad, que asigna la autoridad educativa exclusivamente a los padres de familia en el contexto de las comunidades vecinales; asimismo rechaza los excesos del modelo tradicionalista con su concepción teleológica del ser humano, en el contexto de un estado perfeccionista que asigna la autoridad educativa a las autoridades civiles o religiosas.[1]

Lo anterior, por supuesto, en términos de teorías científicas, matemáticas, biológicas o jurídicas, parece ser ya una obligación suficientemente tecnificada para sectores pedagógicos especializados, sin embargo, en cuanto a la moral en su aspecto vocacional y a las capacidades así como limitantes del Estado, esto resulta ser una necesidad propia de la vida en libertad para el conjunto social.

---

[1] Vázquez Rodolfo, *Educación liberal, un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 1997, p.16.

Considero que la necesidad de formar alumnos que gocen de autonomía ha sido mal concebida bajo el modelo por competencias que se ha adoptado a su vez del modelo finlandés. En este modelo se pretende otorgar al alumno en formación completa autonomía como agente del conocimiento, sin tener en cuenta que dentro de la construcción de los planes de vida no cabe ninguna comparación, ni en los datos empíricos de población y crecimiento económico ni, mucho menos, en aspectos culturales diversificados entre ambos países.

Para formar autonomía bajo un modelo autodidacta, como el actualmente implementado en México, estimo que se debe tener primero la certeza, como sí se da en el caso de la educación finlandesa, de acceder a los trabajos o profesiones que se desean; saber que serán bien remunerados y permitirán a los educandos alcanzar su plenitud, que desde la perspectiva de Amartya Sen corresponden a capacidades con un fin claro bajo las condiciones deseables. Aquí es donde me parece que se ligan la primera y la más reciente obra del doctor Vázquez, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, en la cual presenta como primera patología de desigualdad la "interrupción de la movilidad intergeneracional con pocas expectativas de mejoramiento para los niños y jóvenes en condiciones de pobreza".[2] En esta idea me parece adecuado citar lo que Pablo Latapí habría previsto respecto de la igualdad de acceso que el propio Vázquez retoma en *Educación liberal*:

> Una manera de apreciar cuán "abierta" va siendo nuestra sociedad desde el punto de vista de acceso a la educación, es examinar la relación entre la escolaridad de los padres y la de los hijos. En una sociedad plenamente abierta los hijos, es decir la segunda generación, tendrían acceso a la educación en función exclusivamente de su mérito; no habría mayor relación con la jerarquía social o educativa que ocupasen sus padres. El hijo del ejecutivo bancario podría, por falta de mérito, quedarse sólo con primaria y el hijo del barrendero llegar a la universidad.[3]

Estas ideas, planteadas en los años setentas, parecen seguir siendo un anhelo en nuestros días, cuando notoriamente el problema de la desigualdad relativo a la movilidad generacional no ha disminuido, más bien, se ha diversificado complejamente.

---

[2] Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-ITAM, Centro de Estudios de Actualización de Derecho, 2015, p. 117. En esta sección se presenta el Informe de Movilidad Social en México, donde aparece la población segmentada en quintiles y se muestra que sólo un 22% de la población pasa al siguiente quintil, mientras que el 70% no modifican, en absoluto o significativamente su situación.

[3] Latapí, Pablo, *Política educativa y valores nacionales*, México, Nueva imagen, 1979, p. 98.

Se estima, desde la lectura de la obra del doctor Vázquez, que la importancia del problema de la educación, como aspiración para la igualdad social, no puede ser concebida sólo desde las posibilidades ideológicas y morales que se pueden dar en las aulas. Si bien es cierto que resulta sumamente deseable que las personas tengan la capacidad de libre elección mediante un correcto aprovechamiento de la educación básica en aras de formar autonomía, también es cierto que resulta fútil el diseño de planes que son consecuentemente imposibles de realizar frente a una clara desigualdad social. Ello, evidentemente, tiene como consecuencia los graves fenómenos de deserción escolar, y, por otro lado, pone en grave peligro al propio sistema educativo, pues una educación que no garantiza ni la igualdad en el acceso ni la igualdad de oportunidades, sino que, por el contrario, polariza los niveles sociales de satisfacción, excluye inexorablemente a los menos favorecidos en el ramo. Como decía Pablo Latapí hace ya más de tres décadas: "La educación sigue siendo para el operario industrial una oportunidad para escapar de su clase y mejorar su participación individual en el sistema establecido, más que de reforzar su capacidad de presión para lograr cambios sociales más amplios".[4]

Es en este punto donde resulta de suma relevancia la discusión con *Educación liberal*, pues la reciente reforma educativa, más allá de observar la imperiosa necesidad de formular un modelo incluyente, presenta pobremente programas inconexos entre sí, dentro de un modelo que dista mucho de apreciar las problemáticas anteriormente señaladas; por otro lado, ha centrado sus esfuerzos en la punición administrativa hacia los profesores.

Respecto del primer punto resulta conveniente referir la idea de Christian Courtis:

> Si se desprecia… el valor de la ley, lo que encontramos —en lugar de la disciplina de un derecho en sentido general y universal— es un mar de pequeños programas que no están vinculados entre sí, y que le conceden a una administración gestionada de acuerdo a criterios partidistas o clientelares la discrecionalidad de otorgar o quitar prestaciones según su arbitrio. En el estricto sentido del término, estos programas no generan derechos, sino medidas de otorgamientos de beneficios sin mecanismos de fiscalización alguna, destinados a cubrir discrecionalmente ciertas necesidades.[5]

---

[4] *Ibidem*, p. 103.

[5] Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 24.

Sobre la evaluación docente, por otro lado, me parece que era una medida indispensable para mejorar el sistema educativo, pero lo que me parece preocupante es que antes de *aspirar* a garantizar calidad educativa bajo la óptica de algún modelo pedagógico, como en el caso del actual por competencias, suscribo con el doctor Vázquez una necesidad imperiosa y primordial: la de garantizar la cobertura de educación básica incluyendo tanto la igualdad de acceso, como la de oportunidades. Si no se pone suficiente atención en este rubro, todo resultado del proyecto educativo será necesariamente excluyente y consecuentemente habrá fallado en cuanto a su finalidad.

III. La educación posbásica

Esto constituye el segundo punto de discusión. La educación básica vive problemas sumamente graves respecto del nivel de deserción y abandono escolar; sin embargo, se incrementan paulatinamente las exigencias presupuestales de educación media-superior y superior. Incluso, se ha vuelto un lugar común hablar sobre la imperiosa necesidad de incrementar las matrículas universitarias, so pena de violar derechos humanos de los estudiantes,[6] ello pese a que cada vez se incrementa el número de universidades privadas en el país, muchas de las cuales imparten educación a bajo costo pero de mala calidad y que a su vez cierran los campos de trabajo para quienes destacan en las escuelas sostenidas con recursos públicos.

Este problema, sin embargo, no pretende abordarse sino desde la perspectiva en que es visto en *Educación liberal.* La primacía de la que el doctor Vázquez habla es aquella que se debe dar a la educación básica por encima de la posbásica. La reforma educativa, por el contrario, surge considerando como afirmaciones verdaderas que si se aumenta la escolarización en todos los grados y niveles del sistema educativo se produciría una mayor igualdad de oportunidades y que estas a su vez tendrían consecuencia en la movilidad

[6] El 12 de febrero de 2016 el director de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y el cuerpo académico firmaron un pronunciamiento sobre la violación al derecho humano a la educación de miles de jóvenes veracruzanos por no otorgarse un presupuesto superior o igual al anterior, aun cuando el gobierno del Estado estaba otorgando autonomía presupuestal a la Universidad. El comunicado indicó que se estaría violando el derecho humano a la educación pese a que se trata de una institución de educación superior, por lo cual se habría interpuesto un amparo, disponible en: *http://www.uv.mx/noticias/files/2016/02/Texto-juristas-UV-110216-PDF.pdf.*

social y remuneración, contribuyendo así a una sociedad más avanzada e igualitaria.[7]

Esta visión, sumamente criticada por Pablo Latapí, dista mucho de ser verdad, pues entre más se incremente la cifra de sectores en educación posbásica, se descuida inevitablemente la igualdad de condiciones para quienes no pudieron o se han visto excluidos de educación básica en las zonas más marginadas.

La relevancia que tiene en *Educación liberal* la instrucción básica es la que se expresó en el desarrollo del primer punto: la formación de la autonomía y la aspiración a garantizar igualdad tanto en el acceso, como en los resultados. A este respecto, siguiendo a Rodolfo Vázquez hay que decir que:

> …mientras la demanda por educación básica de calidad no esté plenamente satisfecha, todos los recursos gastados en subsidiar educación post-básica están siendo substraídos de los fondos que deberían servir a la educación básica, en detrimento de los niños con menores recursos económicos… Lo que se quiere enfatizar es la necesidad de establecer normas que den una prioridad efectiva y con carácter de urgente al logro de los mínimos necesarios.[8]

Con todo lo anterior, pienso que la reforma educativa ha distado mucho de ser un medio para alcanzar una sociedad igualitaria. El enfoque casi exclusivo que ha tenido dicha reforma hacia la problemática social respecto de los sindicatos magisteriales parece distraer del verdadero problema. La educación es tanto una obligación como un derecho, y de la educación depende la distribución igualitaria de las capacidades, los planes de vida y la satisfacción de las necesidades para los ciudadanos del Estado. Consecuentemente pienso que es vigente una relectura de *Educación liberal* en el umbral de un cambio sistemático del sector educativo, que hasta este momento no aspira a fomentar una distribución igualitaria ni de la educación, ni del futuro.

De hecho, la percepción de calidad sostenida por la reforma de la actual administración federal considera, que la capacitación y evaluación de los profesores en materia del modelo educativo por competencias será suficiente para asegurar dicho logro, sin considerar lo que —estimo— es la tesis central de la obra comentada, la prioridad de formar autonomía en los niños y jóvenes mediante un aprendizaje significativo, lo mismo a los niños en condiciones de pobreza y marginación que a los de la ciudad que cuentan con la mayor parte de las necesidades básicas cubiertas, contemplando incluso que en la persecución de este fin se deban sacrificar espacios en la

---

7 *Cfr.* Latapí, Pablo, *op. cit.*, p. 105.

8 Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal…, cit.*, p.123.

educación posbásica. Sólo mediante la garantía de una educación laica, gratuita, democrática y asequible para todos se puede trabajar por un mejoramiento efectivo y una distribución igualitaria de las oportunidades. En este orden de ideas me parece pertinente citar al doctor Vázquez cuando afirma:

> …la necesidad de los deberes positivos por parte del Estado para promover la autonomía de los menos autónomos, y también el reconocimiento de necesidades básicas que son compatibles con la autonomía personal en la medida en que se identifican como estado de cosas que son prerrequisitos para la materialización de planes de vida libremente elegidos.[9]

Finalmente, es pertinente señalar en el tenor de todo lo anterior un dato que resulta sumamente contrastante: "hay 536 telesecundarias sin luz, 93 escuelas sin luz pero inscritas al programa Habilidades Digitales para todos y 677 maestros en escuelas que supuestamente deben trabajar con tecnologías de información y comunicación pero que no tienen electricidad".[10] Este panorama parece reflejar sólo una de las aristas que presenta el problema educativo en México, educación básica no garantizada en los sectores más vulnerables de la población, fenómeno que genera mayor desigualdad entre los menos favorecidos insertos en una brecha inmensa, casi insuperable, requisito indispensable para la garantía, acceso y promoción de una gama de derechos, lejanos a ellos por desconocimiento e ignorancia, ésta es sin duda una barrera excluyente, es la brecha de la educación.

---

9 Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal…, cit.*

10 Zubieta García, Judith, *et al.*, *Educación. Las paradojas de un sistema excluyente. Encuesta nacional de educación,* México, UNAM, 2015, p.78.

HASTA DENTRO DEL AULA. REFLEXIONES E INCÓGNITAS DE FILOSOFÍA DE LA EDUCACIÓN

Francisco LAPORTA*

SUMARIO: I. *Filosofía moral y filosofía política*. II. *Deslinde metodológico: el modelo tradicional de educación, el modelo libertario y el modelo comunitario*. III. *Propuesta alternativa: la educación democrática*. IV. *¿Cómo "generar" un ciudadano?*

I. FILOSOFÍA MORAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA

Van a ser ahora unos veinte años de que Rodolfo Vázquez publicó un interesante libro cuyo título es *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático.*[1] En él presenta los resultados de sus estudios de doctorado sobre filosofía moral y política enfocada hacia la educación. El título mismo, por lo descriptivo, expresaba muy bien el propósito que lo animaba. El impulso inicial de la investigación fue quizás el que se contenía en el mensaje de "educación para la libertad" que emitía incesantemente uno de sus maestros, Carlos de la Isla. El espíritu del libro, por otra parte, tiene la impronta inconfundible de otro de sus maestros, Ernesto Garzón Valdés. En él se proyectan aspectos sobre los problemas educativos y sus demandas, así como algunas reflexiones éticas generales retomadas fundamentalmente del pensamiento anglosajón vigente. El vehículo privilegiado para realizar esa traslación era principalmente —creo— la construcción de la teoría moral realizada por Carlos Nino pocos años antes a partir de esas fuentes en una obra fundamental.

La obra de Nino representa sin duda un hito en el pensamiento latinoamericano y, en general, en el pensamiento en lengua española, tanto por su contenido intelectual en sentido estricto como por la pulsión emocional

* Universidad Autónoma de Madrid.

[1] Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 1997. Todas las referencias se harán este libro.

que supuso para el autor la recuperación de las libertades y la experiencia de gobierno con Raúl Alfonsín. Desde el punto de vista filosófico, quizás haya sido esta obra de Nino[2] la más importante afirmación y reflexión contemporánea sobre los derechos humanos en el continente latinoamericano. Pues bien, provisto de ese espíritu y de los materiales referidos, al desarrollar su investigación, Rodolfo Vázquez presentaba una rica articulación teórica con la que se proponía ofrecer fundamentos liberales para la organización de la educación sustentados en la filosofía moral. Y no cualquier filosofía moral, sino una que aceptaba explícitamente situarse en la posición del objetivismo moral pero se alejaba al mismo tiempo, conscientemente, de cualquier dogmatismo o absolutismo. Asimismo, como es lógico desde una perspectiva objetivista, rehusaba ceder a un relativismo fácil, a un mero subjetivismo, individual o colectivo. Desde esa óptica difícil se incorporaba a la filosofía de la educación, seguramente también por primera vez en el mundo latinoamericano, una reflexión moral nueva que sugería dimensiones y bases hasta ese momento ignoradas. Rodolfo Vázquez trataba de hacer descansar su discurso fundacional de la educación en tres principios morales sustantivos: el principio de autonomía, el principio de dignidad y el principio de igualdad. Estos tres principios, tomados de la obra de Nino, constituían el fundamento general de los derechos humanos, y, en consecuencia, también del derecho a la educación y su articulación institucional. Leamos a Rodolfo Vázquez:

> Las actividades educativas, en tanto que acciones voluntarias de los individuos, son justificables éticamente, y en la base de tal justificación se encuentran los principios de autonomía, dignidad e igualdad de la persona. Si por educación se entiende un proceso mediante el cual se preserva, transmite y recrea una cultura común —conocimientos y creencias, ideales y normas, hábitos y destrezas— tal proceso se justifica desde un punto de vista liberal cuando se favorece la formación y el ejercicio de la autonomía personal a partir de la satisfacción de las necesidades básicas, el fortalecimiento de la dignidad personal, la autoestima y la consideración y respeto hacia los semejantes, y el trato igualitario a través de la no discriminación o del trato diferenciado en virtud de rasgos distintivos relevantes.[3]

---

[2] Me refiero naturalmente a *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, cuya primera edición en Astrea era de 1984, pero que adquirió una dimensión más amplia con la edición de 1989 en Ariel.

[3] Vázquez, R., *op. cit.*, p. 52.

De lo que se trata con una declaración tan minuciosa y de tan largo alcance es de presentar el derecho a la educación, y su institucionalización, como una pretensión o demanda individual que obtiene su justificación a partir de una corta lista de principios morales que no podemos ignorar. Es, de nuevo, la proyección sobre un derecho fundamental —el derecho a la educación— de un razonamiento de claro corte rawlsiano. Esos valores son los que han de sostener todo el edificio institucional de la educación y son los que determinan la elección de las alternativas educativas vigentes. Lo que no está tan claro, y sobre ello quisiera reflexionar para rendir un homenaje a un amigo generoso y lleno de talento, es si se trata sólo de una pieza de lo que Rawls llamaba "justicia para las instituciones" en su célebre libro, o se va más allá de eso hasta arribar a algunos temas delicados y difíciles de filosofía de la educación. Este decir, si lo que se hace en él es concretar lo que la justicia como exigencia ética tiene que decir a la educación como derecho y a los principios que deben inspirar la organización educativa, o se suscitan algunos problemas, también morales, que tienen que ver con el contenido de la educación y de la acción educativa. En lo que sigue enhebraré algunos comentarios míos en torno a ideas que provoca el libro.

II. Deslinde metodológico: el modelo tradicional de educación, el modelo libertario y el modelo comunitario

Para empezar a deslindar esos problemas veamos la manera en que el libro se distancia expresamente del modelo tradicional de educación que cede siempre a la tentación de considerar a los educandos como seres pasivos y heterónomos ante los que se puede practicar todo tipo de estampación externa de conocimientos y creencias. Las prácticas de perfil perfeccionista se cuelan en ese modelo de manera casi natural, pues el sistema educativo y quienes lo administran parecen poseer la verdad moral y su cometido es transmitírselo al educando, incluso mediante procedimientos de estampación memorista y, en ocasiones, mediante castigos físicos, tan característicos de este tipo de educación. Pero, claro, los valores en que se sustenta el pensamiento de Rodolfo Vázquez no permiten la entrada ni a esas actitudes ni a las manifestaciones de ese tipo de perfeccionismo. Vemos que lo que aquí se discute no es tanto el aspecto institucional de la educación como otra cosa más propia de su aspecto interno. Aunque generalmente no lo hace, el modelo tradicional podría hipotéticamente afirmar en el plano institucional el derecho igual de todos a la educación y la articulación de una organiza-

ción para satisfacer ese derecho. En ese plano, y admitiendo tal hipótesis, el modelo tradicional podría ser aceptable. Lo que no es aceptable —porque viola los principios que antes hemos reflejado— es la concepción que tiene del educando y de la actividad educativa. Ni autonomía personal, ni respeto a la dignidad, ni medio ambiente igualitario. El educando es un receptáculo pasivo y vacío que hay que rellenar de información y de convicciones morales, cualquiera que sea el método que se use para hacerlo. La educación religiosa tradicional, basada en el castigo y el miedo, es un claro ejemplo de ello.

Asimismo, es posible señalar que el libro se distancia del modelo libertario, aunque como veremos, quizás por otras razones morales. Los libertarios transforman una idea aprovechable (aunque delicada) en una mera *policy* de naturaleza económica. La idea aprovechable es la de la neutralidad del sistema escolar ante las concepciones de lo bueno. Aquí se puede aceptar esta actitud hacia los aspectos internos de la educación. Que la escuela no imponga una concepción definida de lo que es la vida buena y de las virtudes que deben acompañarla es una posición que tiene un gran atractivo moral. El niño es respetado en su incipiente autonomía así como en su dignidad; y el pluralismo de la sociedad contemporánea no se ve amputado en la escuela. En la medida en que esa posición pueda seguirse hasta el final —que es algo, como se sabe, muy discutido— se dará un primer paso importante porque lo que se excluye aquí es uno de los males más hondos e importantes de la educación: el indoctrinamiento de seres humanos inermes.

Sin embargo, los libertarios se trasladan de esos aspectos internos de la educación a los aspectos institucionales mediante una propuesta extravagante, la de transformar todo el sistema educativo en un mercado de bonos privados en manos de los padres. Según esta propuesta el escenario es el siguiente: en un lado están las familias con sus concepciones de la vida buena y sus bonos escolares, en el otro lado están los actores privados del sistema educativo ofreciendo su mercancía. Al dar la señal, unos se lanzan por los bonos y, otros, por la educación que mejor les cuadra. Que semejante intercambio acabe en un óptimo de Pareto es producto de una suerte de fe del carbonero que está muy extendida y —pese a sus buenas intenciones— ya se ha demostrado su fracaso real en cuantas sociedades se ha utilizado, sin embargo ello no suele disuadir a los fanáticos del libertarismo.

De igual manera es necesario destacar que el libro se distancia del llamado modelo comunitario. Esto no es extraño. Una filosofía liberal es tendencialmente individualista y los modelos comunitarios se suelen construir sobre la base de presuposiciones de ontología social que acaban por ignorar algunas dimensiones del individuo. Algunas ideas del pensamiento comuni-

tarista pueden sorprender por su sabor liberal, como aquella de Walzer que menciona Rodolfo Vázquez: la educación no está para suprimir las diferencias, sino para posponerlas. Pero, me pregunto yo, ¿cómo se hace eso de posponer las diferencias? Porque hay muchas maneras de hacerlo, y todas ellas tienen que ver con actitudes morales internas al proceso educativo, no con los aspectos organizativos e institucionales de éste. Pues bien, posponer las diferencias puede ser, seguramente, pensar un niño ajeno a las coordenadas de la comunidad, igual a los demás en este sentido y, quizá, pensarlo también como un ser que lleva en sí mismo la simiente de su condición humana más honda, al margen de la comunidad a la que pertenezca, a la concepción de la vida que se promocione en su medio. Y se podría ir más lejos y preguntar al comunitarista si la educación no debiera tampoco alentar las diferencias: no sólo posponerlas mediante su mera inexistencia en el proceso educativo, sino también posponerlas por el método de no alentarlas. Ambas cosas tendrían una gran trascendencia para muchas ideas relativas al contenido institucional de la educación, entre otras, la que valora tanto la educación religiosa en la escuela. ¿No es la educación religiosa en un mundo plural una forma de alentar las diferencias, diferencias además normalmente incomprensibles para los niños (si es que son comprensibles para alguien)? Es verdad que propuestas comunitarias las hay de muchas clases, y me temo que la mayoría de ellas no podrían aceptar la idea de Walzer, pero no estoy seguro de que Walzer mismo aceptara sus consecuencias implícitas.

III. Propuesta alternativa: la educación democrática

No nos desviemos del camino. Lo importante es que Rodolfo Vázquez, para distanciarse de todas ellas, articula una propuesta alternativa a la que llama educación democrática, o modelo igualitario y democrático de educación. Basada en los principios antes mencionados, sorteando con inteligencia el llamado trilema de Fishkin (no se pueden satisfacer a la vez el principio del mérito, la igualdad de oportunidades y el protagonismo de la familia en las decisiones educativas de sus hijos), Rodolfo Vázquez propone que el sistema educativo, por lo que a su estructura institucional respecta, se articule como un sistema *mixto* que combine la participación pública y privada como un sistema *descentralizado*, para conferir autonomía a la administración educativa más cercana a los centros, *democráticos*, para que todos los implicados tengan una palabra en la gestión y el control; y *pluralista*, para garantizar las posibilidades de elección de planes de vida alternativos.

Desde el punto de vista de los principios morales internos al proceso, lo que él llama "valores liberales", postula la presencia del pluralismo valorativo y la neutralidad respecto a las concepciones de la vida buena. Así, para que el educando vea conformarse su personalidad de acuerdo a esos valores liberales, le han de ser transmitidas actitudes morales muy importantes: la responsabilidad, la tolerancia y la solidaridad. De esta forma —podría concluirse— el sujeto que camine por el proceso educativo será un ser autónomo, respetado en su dignidad y considerado como un igual. Será, por así decirlo, el habitante ideal de nuestras sociedades abiertas y democráticas. Al proponer una educación democrática no se está aquí pidiendo que el proceso educativo interno lleve hasta sus últimas consecuencias las exigencias políticas de la idea democrática, aunque se incorporen en un grado menor algunas de ellas; lo que se exige —me parece— es que el proceso educativo, el proceso de socialización en el que la educación es un actor protagonista, arroje como resultado un ciudadano demócrata.

Y ahora quiero yo ir un paso más allá del libro y preguntarme si es que eso no tiene ningún efecto sobre lo que pasa dentro del aula. De ahí el título de este pequeño homenaje a Rodolfo. Porque a uno se le podría antojar decir que la educación es sobre todo lo que sucede dentro del aula, cuando el maestro, el profesor, abre la puerta y se encuentra ante unos muchachos y muchachas elegidos por sus méritos, con igualdad de oportunidades y en un centro que cumple con todos los rasgos institucionales exigidos por el modelo democrático de educación. ¿Cómo se enseñan esos valores? ¿Hay algunas paradojas que nos pueden salir al paso? Veámoslo.

A partir de aquí voy a empezar a moverme más allá del libro. Y lo que quiero sugerir para la reflexión es que si comenzamos a argumentar a partir de algunas presuposiciones básicas acerca de la naturaleza de las acciones y obligaciones morales y desde algunas exigencias cotidianas del funcionamiento de los sistemas democráticos podemos vernos forzados a llegar a algunas conclusiones paradójicas sobre los límites fundacionales de la democracia liberal y sobre la inspiración moral de los métodos educativos. Empecemos.

Dando por sentado que los intereses de los diferentes ciudadanos tienden con frecuencia a entrar en conflicto, las presuposiciones básicas que a mi modo de ver funcionan de premisas de nuestro experimento mental son las siguientes:

1. Muchas conductas morales deben ser altruistas en el sentido que frecuentemente deben ignorar o ir contra nuestros deseos e intereses. Este es el sentido preciso en el que uso el término "altruista": una

conducta es altruista si se dirige a promover los intereses de otros (que no tienen relaciones personales fuertes con quien realiza la conducta) sacrificando en alguna medida los propios. A pesar de parecer incoherente desde ciertos puntos de vista, esa conducta es exigida por los estándares morales.

2. La *obligación* y la *motivación* son dos ingredientes distinguibles en la acción moral. La primera atañe al contenido de nuestras acciones debidas, al contenido de los deberes y obligaciones morales que tenemos: debemos hacer *A*. La segunda concierne al estímulo o la voluntad que podamos tener para realizar las acciones debidas. Aunque esto es un tema debatido, podemos aceptar que el mero conocimiento de aquello que debemos hacer no lleva consigo la motivación para hacerlo. Puede decirse que es una condición necesaria pero no suficiente para cumplir con él. La gente necesita una disposición motivadora adicional para actuar de acuerdo con ese contenido.
3. Para funcionar correctamente y hacerse cada vez más estables y fuertes, las instituciones de la democracia liberal necesitan que un número razonable de ciudadanos tomen decisiones morales altruistas y realicen acciones morales altruistas, esto es, decisiones y acciones dirigidas a promover los intereses de otros a expensas de aquellos que deciden y actúan de esa manera. A pesar de la vaguedad de esta formulación, podría decirse que hay un umbral o un número de tales acciones y decisiones por debajo del cual la democracia no funciona adecuadamente y tiende a ser una democracia meramente formal y simbólica, una de esas democracias llamadas a veces "frágiles" y cuando llegan a un punto, democracias "fallidas" que corren por lo tanto el riesgo de ser inestables y desparecer.

El supuesto problema se suscitaría por el hecho de que, de acuerdo con estas premisas, empezando por la primera, no podemos reducir la conducta moral a la satisfacción directa o indirecta de nuestros intereses. Si se pudiera hacer, entonces una buena política de información racional a los ciudadanos sobre el contenido de las exigencias morales y su función en la satisfacción de nuestros propios intereses determinaría que los estándares morales fueran automáticamente autorreforzatorios y no se necesitara ningún ingrediente motivacional añadido. Como sucede con las estrategias que son adecuadas para resolver problemas de coordinación (problemas en los que todos los actores afectados tienen intereses coincidentes), el mero conocimiento de la regla tiende a producir la acción correcta porque las reglas se refuerzan a sí mismas.

Pero si asumimos que éste no es el caso, es decir, si asumimos que los ciudadanos tienen comúnmente intereses y pulsiones que van en contra de las exigencias de los valores que han de practicar y de los deberes y obligaciones que deben cumplir, y asumimos también que para que las instituciones de la democracia liberal funcionen correctamente es necesaria una cierta disposición a realizar actos de esta naturaleza que sacrifican intereses propios pero cuyo contenido satisface esos valores y deberes, entonces quizás nos veamos obligados a organizar algunos mecanismos institucionales para *forzar* externamente a los ciudadanos a comportarse de acuerdo con ello, de forma que nos atengamos a la segunda presuposición de la que hemos partido, y logremos aunar la obligación con la motivación. Hacer esto, sin embargo, puede poner en peligro algunos de los principios fundamentales de la democracia liberal y afectar indirectamente al proceso educativo.

Porque para conseguir hacer que la gente adquiera la disposición efectiva a realizar esas conductas correctas podemos recurrir básicamente a dos tipos de herramientas.

La *primera herramienta* es jurídica. Podemos usar medios legales coercitivos para alterar el balance entre los intereses de los ciudadanos y los valores, de forma que sean inducidos a comportarse de acuerdo con las exigencias morales, pero al hacerlo podríamos enfrentar dos problemas: 1) en la medida en que esas normas jurídicas sean vistas como normas respaldadas por sanciones que obligan a través de la amenaza y fuerzan a sus destinatarios a conducirse moralmente, podría desnaturalizarse la condición moral de esas conductas, y aun cuando no se desnaturalizara, quizás sí podría pensarse que tales medidas tendrían un cierto carácter perfeccionista en el sentido de que obligarían a los ciudadanos a practicar algún tipo de virtud y ser, por así decirlo, altruistas a la fuerza. Lo cual, por supuesto, implicaría ignorar la capacidad de sus destinatarios para diseñar y perseguir sus propios ideales de la buena vida. Es decir, los medios legales coactivos de esta naturaleza tratarían de suplantar la responsabilidad moral por una responsabilidad puramente jurídica. Con ello se dañaría la autonomía personal de los ciudadanos, y 2) los contenidos mismos de las medidas establecidas por esos medios legales deberían ser hurtados al proceso democrático de decisión, porque de otro modo su protección y realización dependería de los vaivenes cambiantes de mayorías y minorías, es decir, habría que situarlos en algo parecido a un territorio exento de democracia, equivalente a lo que Ernesto Garzón Valdés llamó "coto vedado", pero parece que cuanto más crezca la extensión de este coto vedado más estrecho será el campo de juego de la autonomía personal.

La respuesta usual a estos problemas —yo mismo la he dado al establecer los fundamentos del imperio de la ley— es que los límites a la autonomía se establecen precisamente en aras de la autonomía misma, pero esta respuesta no siempre es convincente. Podemos ilustrarlo con una cuestión en la que se ha planteado repetidamente el problema del control de constitucionalidad, y uno de sus aspectos concretos que trata de responder a la pregunta de por qué recurrimos a provisiones constitucionales para poner un límite a las decisiones mayoritarias. La respuesta conocida es la que podemos llamar "respuesta Ulises". Ulises se vincula a sí mismo al ordenar a los otros que le aten al mástil y prohibirles que lo liberen aunque él se lo vuelva a ordenar. Al hacerlo, se dice, Ulises limita su propia autonomía autónomamente. Como es bien sabido este argumento puede cuestionarse desde varios puntos de vista, pero hay uno que afecta directamente a nuestro planteamiento. Puede ser reconstruido así: Ulises, en un momento de mayor lucidez, se mira a sí mismo mientras está escuchando la melodía de las sirenas y se ve como incapaz de resistirlo, es decir, como un ser inferior sujeto a las fuerzas de sus pasiones inmediatas. Probablemente, esta es la principal razón que tiene para establecer tal estrategia contra su propia debilidad. Ulises "el lúcido" (o "el sobrio") piensa que es necesario ser *paternalista* con Ulises "el débil" (o "el borracho"). Pero si trasladamos esto al lenguaje político significa que corremos el riesgo de considerar a la gente que toma parte en un proceso democrático como menores susceptibles de ceder a sus intereses pequeños y sus pasiones actuales, es decir, como gentes incompetentes. Esta consideración que nos obliga a ser paternalistas no encaja en los fundamentos comunes que el pensamiento liberal adscribe a la democracia, ni con las premisas básicas de una moral liberal, que es la que hemos de enseñar en nuestras escuelas.

Veamos cómo podemos salir de este atolladero. Ya que estamos en vena mitológica podemos recordar aquí —como se ha recordado algunas veces también en relación con estos problemas— que hubo otros seres humanos que tuvieron éxito al escapar de la dulce melodía de las sirenas, es decir, de sus pasiones e intereses. Fueron los argonautas. ¿Cuál fue su estrategia? Una tan inteligente como la del ingenioso Ulises: se llevaron con ellos a Orfeo y su lira con la supuesta misión de imprimir ritmo a los golpes de remo. Cuando el canto de las sirenas se oyó, Orfeo comenzó a tocar una melodía más pura y deliciosa con la cual marineros y pasajeros fueron persuadidos; la nueva música los sustrajo de la fuerza inmediata y perfidia de la melodía de las sirenas. Parafraseando a Stuart Mill, pudiera decirse que su placer más alto se superpuso a su placer más bajo; su gusto musical más refinado fue capaz de dominar a su gusto musical más bajo. Pues bien, puede que

esta sea una buena ilustración de la *segunda herramienta* que tenemos a mano para garantizar el éxito en nuestra empresa de hacer que la gente realice acciones altruistas para que la democracia funcione. Esa herramienta, podrán suponerlo, es la educación, que penetra de pronto en el dominio de la filosofía política que estábamos navegando.

A la vista de que la coacción en general y la coacción legal en particular nos sitúan en una posición difícil de defender desde el punto de vista de la democracia y de la moral misma, el único camino para salir del dilema bien pudiera ser recurrir a alguna suerte de *persuasión.* El largo proceso de socialización del individuo sería en este sentido un largo itinerario de persuasión cuyo resultado podría ser un ciudadano equipado con un conjunto de preferencias bien ordenadas: el grado superior estaría integrado por sus convicciones morales, el grado inferior por sus meros deseos, y el grado intermedio por sus intereses. Estos tres grados tendrían entre sí una relación coherente de dominio, en el sentido de que la acción humana podría ser justificada recurriendo a herramientas conceptuales como la idea de prioridad léxica utilizada por Rawls. Cuando se encontrara a punto de tomar una decisión el agente haría honor en primer lugar a sus convicciones morales, después cuidaría de sus intereses y una vez que ambos estuvieran satisfechos podría razonablemente dar rienda suelta a sus deseos. Esta es por supuesto una reconstrucción muy esquemática de una realidad mucho más compleja y llena de problemas, pero voy a usarla sólo para ilustrar la naturaleza del ciudadano que estamos buscando y la posibilidad de que incorpore las actitudes que exige nuestro experimento mental.

Pero, claro, el problema es cómo podremos "generar" un ciudadano tal durante el proceso de socialización, qué debemos hacer para conseguirlo. Eso nos pone, como he dicho, ante el sistema de educación visto como un mecanismo para "obtener" este ser humano como un "resultado". Y la paradoja más sorprendente es que quizás sería más sencillo y eficaz generar este ciudadano virtuoso con un método de educación que traicione las exigencias de la educación liberal. Veámoslo.

IV. ¿CÓMO "GENERAR" UN CIUDADANO?

De acuerdo con la premisa 2, en el proceso de educación deberíamos imbuir en el educando dos cosas diferentes: En primer lugar, el contenido de sus deberes morales, que puede ser visto como el contenido proposicional de un enunciado moral, y en segundo lugar, la disposición o motivación a actuar de acuerdo con ese contenido. Por lo que respecta a la primera cosa no

hay ningún problema, pues podemos enseñarlo como enseñamos cualquier otro aspecto de la curricula escolar (historia, química o ciencias naturales). Pero ¿qué es "transmitir" o "enseñar" un impulso, una actitud o una emoción? Las actitudes, las disposiciones, las emociones, los deseos, etcétera, no son contenidos proposicionales de enunciados sino fenómenos psicológicos (o en último término, neurológicos) que se dan, por así decirlo, en el interior de las personas y no pueden ser transmitidos en absoluto. Podemos describir o mostrar el contenido de un acto de voluntad pero no podemos hacer lo mismo con el "querer", con el "volens" mismo. La fuerza conativa del querer algo es un ingrediente diferente del contenido de nuestros actos de voluntad. La prueba de ello es que puede darse *akrasia,* debilidad de la voluntad frente a actos cuyo contenido obligatorio conocemos perfectamente. Y creo que este aspecto motivacional del deber no se le puede "enseñar" al educando, sólo se puede "producir" en él, inducir en su mente, provocar los mecanismos psicológicos del educando para que experimente una similar actitud-pro cuando las circunstancias sean las adecuadas. Pero esto puede ser una manera más bien manipulativa de actuar que quizás no sea compatible con el verdadero concepto de educación liberal y con los principios de los que partíamos.

Para seguir con el experimento, podemos pensar en dos tipos ideales de procesos básicos de educación como dos modelos abstractos que no tienen gran cosa que ver con los que utiliza Rodolfo Vázquez en su libro, pero que pueden ayudarnos a plantear el problema: el tipo que llamaré manipulativo-imprimidor-pasivo y el tipo creativo-razonador-activo. Los nombres son lo suficientemente expresivos de lo que pretendo con ellos. De acuerdo con el primer modelo alcanzamos nuestros fines educativos cuando *imprimimos* en la mente de un educando del que reclamamos una actitud *pasiva* los contenidos de la curricula y *manipulamos* su mente con palancas psicológicas para inducir su conducta, creando en él *hábitos* de una cierta naturaleza. En tanto que las virtudes mismas no son sino los hábitos de cómo debemos comportarnos en los contextos adecuados, con este modelo podremos conseguir los comportamientos altruistas porque producimos un ciudadano con esos hábitos. De acuerdo con el segundo modelo hacemos lo mejor en la educación cuando tenemos éxito en dejar libre la mente *activa* del educando para desarrollar por sí misma sus capacidades *racionales* y para *crear* de un modo autónomo los cursos de acción que debería emprender. Y así como es capaz de incorporar autónomamente los contenidos informativos de la curricula escolar, también sería capaz de "descubrir" los estándares morales que ha de seguir y la motivación para hacerlo.

En el primer modelo, el papel principal y dominante de la relación educativa es jugado por el profesor, y en él es razonablemente fácil enseñar (es decir, imprimir y producir) conductas morales, pero el precio que tenemos que pagar es la autonomía de la joven persona con la que estamos tratando. En el segundo tipo es el educando quien juega el papel más importante, el rol dominante, pero es muy difícil como profesores, algunos dirían que hasta imposible, enseñar a actuar moralmente. Sólo se puede "esperar" que si el trabajo ha sido correctamente desarrollado, el educando autónomo "encuentre" o "descubra" por sí mismo las fuerzas motivacionales para actuar de acuerdo con el contenido moral que, a su vez, ha tenido la oportunidad de inferir racionalmente por sí mismo.

Una paradoja aparente para la filosofía moral de la educación es que el modelo que puede considerarse más tradicional por lo dogmático y paternalista, el primer modelo, es sin embargo capaz de ponerse al servicio de cualquiera de las posiciones éticas y metaéticas imaginables, pues, en efecto, puede transmitir tanto el naturalismo ético como el intuicionismo, tanto las éticas deontológicas como las éticas teleológicas, tanto el relativismo como el absolutismo, tanto la ética del mandato divino (seguramente la más intensamente transmitida recurriendo a este modelo), como la ética escéptica o egoísta, etcétera. En cambio el segundo modelo, que a primera vista parece más "relativista" y fluido, con mayor incertidumbre y libertad para el educando, se tiene que apoyar una teoría moral objetivista, como la de Rodolfo Vázquez, con dimensiones "cognitivistas", y hasta "realistas" porque, de otro modo, su pretensión de que el educando pueda obtener el contenido proposicional de los deberes morales y la fuerza motivacional para cumplirlos a través del sólo vehículo de su autonomía racional y su reflexión es mucho más difícil de aceptar.

Por lo que respecta a la democracia y su destino, pude que estemos obligados a elegir el primer tipo como el mejor método (en términos prudenciales) para educar a los futuros ciudadanos del sistema político, porque si tenemos éxito al aplicarlo podemos estar seguros de que los ciudadanos harán honor a los deberes morales que necesita la democracia para funcionar. Si elegimos el otro tipo de educación lo único que podemos tener por seguro es que los ciudadanos serán personas autónomas, pero no sabremos qué tipo de decisiones últimas tomarán. Una suerte de dilema puede entonces habitar el corazón de la educación: con el primer modelo generaríamos ciudadanos demócratas pero no seres autónomos; con el segundo generaríamos personas autónomas pero quizás no ciudadanos demócratas. Hay quien dice que la única salida para no incurrir en prácticas manipulatorias con los jóvenes estudiantes, escapar a los problemas del primer modelo, y,

al mismo tiempo, ofrecer a esos jóvenes un material moral adecuado a su incipiente autoridad moral, es que el maestro, el profesor, sea un modelo de ejemplaridad por su vida y por su enseñanza. En este sentido no creo que nadie dude que Rodolfo Vázquez es un ejemplo para todos los que le hemos conocido y para todos aquellos estudiantes que han tenido la fortuna de aprovechar sus enseñanzas y su talante.

EL UNIVERSALISMO DE LOS DERECHOS EN LA OBRA DE RODOLFO VÁZQUEZ

Adrián Rentería Díaz*

Sumario: I. *Introducción y método de trabajo.* II. *La universalidad de los derechos.* III. *El lenguaje de los derechos.* IV. *De los derechos morales a los derechos jurídicos*. V. *Derechos y principios.*

I. Introducción y método de trabajo

El propósito que guía este trabajo es, en la medida de mis capacidades, dar alguna aportación al debate teórico acerca de los derechos de las personas. La razón de ello es bastante simple. Estoy convencido, con Rodolfo Vázquez, de que "no existe invento de la humanidad más revolucionario, ni arma conceptual más poderosa contra las diversas formas de fundamentalismo, opresión y violencia, que los derechos humanos"; y, al mismo tiempo, también comparto con él, la convicción de que a pesar del reconocimiento y hasta la tutela jurídica de ellos, "nunca se ha sido tan brutalmente sofisticado en sus diversas formas de violación".[1] Cuando habla de la violación de los derechos Vázquez tiene sin duda en mente el acontecer cotidiano en el contexto actual de nuestro país, donde sólo los malintencionados y/o ingenuos se atreven a sostener que en resumidas cuentas no hay problema alguno en este sentido. Pero me parece, además, que a lo largo de su amplia producción científica es posible identificar en el pensamiento de Vázquez una genuina preocupación filosófica acerca de los derechos de las personas; una preocupación que, por ello, supera con creces los estrechos límites nacionales para insertarse precisamente en un debate de amplio aliento. Su postura liberal igualitaria, que se

* Universidad de Insubria, Italia y Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Rodolfo Vázquez, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. XI, disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3993/2.pdf*.

percibe en muchos de sus trabajos es el resultado, en efecto, de una reflexión teórico-filosófica que le concede, sí, su importancia a la dogmática jurídica nacional, pero, sin descuidar el examen crítico de sus propios postulados desde una perspectiva más amplia.

No tengo ningún empacho en afirmar que hago mía la postura liberal-igualitaria de Vázquez, en muchas, por no decir todas, las declinaciones concretas que de ella se pueden derivar. En la reflexión acerca de la bioética, por ejemplo, creo que la convicción que personalmente he expresado acerca del aborto en varias ocasiones, a favor de la libertad de elección por parte de la mujer,[2] encaja en las tesis que él ha plasmado en varios de sus contribuciones en ese mismo terreno de investigación.[3] Sin embargo, en lo que respecta al tratamiento que hace del concepto mismo de derechos humanos, sobre todo en el reciente libro que he apenas citado, me surgen algunas dudas que es mi intención exponer en este trabajo. En modo particular lo que más me interesa es examinar, porque creo que ahí radica el origen de mis perplejidades, el tratamiento que Vázquez reserva a la noción de universalismo en su conexión con la idea de los derechos de las personas; con la pretensión, repito, de ampliar y posiblemente esclarecer los términos de un debate que da la impresión de haberse convertido en un lugar común, casi trivial. Me parece, en efecto, que la narrativa actual en nuestro país acerca de los derechos de las personas corre el riesgo de caer en serios errores conceptuales que en mayor o menor medida conducen a una comprensión inadecuada de ellos; de tal forma que, como consecuencia, no se proporcionan elementos suficientes a la esfera de la política para que les trate como un factor para combatir la desigualdad insultante que vemos día a día. La finalidad declarada de Vázquez en el libro en cuestión coincide, me parece plenamente, con lo que apenas he dicho, de manera que en resumidas cuentas ambos nos dirigimos a la misma meta; quizá, es lo que trataré de examinar, lo único que cambia es el "sendero" elegido.

Como se puede fácilmente notar en lo antes referido, estoy convencido —y supongo que en esto también hay un terreno común entre Rodolfo Vázquez y yo— que la filosofía y la filosofía del derecho pueden desempeñar una función descriptiva pero también crítica y constructiva de la realidad. Las reflexiones que iré desarrollando en este escrito están basadas casi exclusivamente en las ideas que Vázquez ha expuesto, clara y brillantemen-

---

[2] Por ejemplo en: *El aborto entre el derecho y la moral*, Ciudad Juárez, UACJ, 2001. Además, "La cuestión del aborto. Una perspectiva filosófico-jurídica de un problema ético-moral", *Diánoia*, México, núm. 48, 2002, pp. 89-118.

[3] Por mencionar una: Vázquez, R., *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

te en mi parecer, en el texto citado; me parece, en efecto, que ahí encontramos una presentación acabada tanto de sus tesis acerca de los derechos de las personas como del substrato filosófico que las sostiene. Comenzaré con examinar la noción de derechos humanos propuesta por Vázquez. Enseguida, a partir de las tesis que él deriva de tal noción, analizaré sus ideas acerca del concepto de universalidad de los derechos, así como las consecuencias a las que llega, con la finalidad de sugerir algunas observaciones críticas en lo que respecta tanto al alcance del concepto en cuestión como en relación a las repercusiones a las que podría eventualmente conducir una distinción fuerte entre el universalismo sustantivo de los derechos morales y el universalismo solamente lógico de los derechos jurídicos. En la parte conclusiva, me permitiré aducir algunas razones para sostener la tesis según la cual tal distinción es más bien débil, y por ello, para afirmar la necesidad conceptual de distinguir, en un plano diverso, los derechos en un sentido técnico-jurídico de las pretensiones morales extrajurídicas, reservando así para los primeros el uso de la palabra "derechos".

II. La universalidad de los derechos

Siguiendo una línea argumentativa previamente sostenida por Francisco Laporta, Vázquez enuncia cuatro elementos definitorios de la noción de derechos humanos, que reproduzco fielmente:

> *a*) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de la clase "ser humano" de… *b*)… una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etcétera… *c*)… que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte… *d*)… para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades y la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etcétera…[4]

Con las propias palabras de Vázquez:

> De esta conceptualización se desprende que existe una precedencia de los derechos sobre el sistema de protección de los mismos. Los derechos son anteriores a las pretensiones normativas con las que se procura satisfacerlos: acciones, poderes, libertades e inmunidades, en la terminología de Hohfeld. Los derechos son títulos o, si se prefiere, razones fuertes o relevantes debido al

[4] Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa,* Alicante, vol. 4, 1987, p. 31.

> especial valor que se atribuye a ciertos bienes, intereses, necesidades que, por lo mismo, se desea respetar, proteger y garantizar.[5]

En esta afirmación recurren dos términos que es necesario examinar con detenimiento: derechos y pretensiones. Por un lado se sostiene que los derechos preceden a los sistemas jurídicos en los que, eventualmente, se les tutela. Esto es así, si interpreto de modo adecuado, porque los derechos pertenecen a todos los miembros de la clase "ser humano", independientemente de que un orden jurídico los reconozca como titulares. Hay pues, coherencia entre las dos afirmaciones. Se afirma, además, que los derechos son anteriores inclusive a las pretensiones normativas que tienen la finalidad de satisfacerlos. Luego, en una ideal línea temporal tendríamos primero los derechos, después las pretensiones y por último, eventualmente, el orden jurídico en el que las pretensiones encuentran su concreción en un sistema de tutela jurídica. La plausibilidad de esta línea reside, a mi parecer en la convicción de Vázquez, quien refiere: "los derechos son títulos, o si se prefiere, razones fuertes o relevantes debido al especial valor que se atribuye a ciertos bienes, intereses, necesidades que… se desea respetar, proteger y garantizar". Los derechos, en otras palabras, son bienes, intereses y necesidades, de cuyo valor nace la pretensión de tutela y protección que pasa necesariamente por su inclusión en un orden jurídico a través de disposiciones que definan a los titulares de los bienes y establezcan las reglas mediante las cuales tales titulares puedan disponer sin interferencias de sus bienes. Regresaré más adelante sobre lo anterior,[6] porque ahora me parece sumamente importante examinar la afirmación de Vázquez, cuando a partir de esa noción de derechos, e inspirándose también en Juan Antonio Cruz Parcero,[7] sostiene que es necesario reconsiderar de manera crítica las propiedades que se suele atribuir a los derechos, o sea su universalidad, su carácter absoluto y su inalienabilidad. Mi interés, como he aludido antes, va dirigido a la noción de universalidad, por considerar, de alguna manera, que su esclarecimiento conceptual es una condición *sine qua non* para la comprensión de las otras dos características.

De manera del todo coherente con la noción de derechos que hace suya, Vázquez afirma que si los derechos son de todos los miembros de la

---

5 Vázquez, R., *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria, cit.*, p. XII y XII, Preliminares [podría no coincidir con la edición impresa] disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3993/2.pdf.*

6 De hecho, las observaciones que desarrollaré al respecto (página 13 y sucesivas) constituyen lo que considero más relevante en este escrito.

7 Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo,* México, Fontamara, 1999, e *id.*, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, caps. 1 y 2.

clase "seres humanos", entonces la universalidad es predicable sólo de este tipo derechos, o sea, como hemos visto, de aquellos que surgen de ciertos bienes; mientras que es posible predicar de los que él llama "derechos jurídicos" sólo una universalidad lógica, ya que las pretensiones de tutela y garantía que se generan a partir del valor que se atribuye a los bienes no necesariamente se plasman en los ordenamientos jurídicos que son limitados tanto espacial como temporalmente. Existe, de consecuencia, una imposibilidad conceptual para hablar de los derechos como derechos universales y al mismo tiempo considerarles como derechos plasmados mediante normas jurídicas de derecho positivo. Con las palabras de Vázquez, "puesto que los valores, intereses o necesidades son anteriores a las protecciones normativas, entonces la universalidad debe predicarse de tales bienes, pero no de los sistemas institucionales de protección entre los que incluimos el sistema jurídico".[8] A donde conduzca este razonamiento lo expresa el mismo Vázquez renglones antes con perentoriedad: "si la universalidad de los derechos significa que éstos se adscriben a *todos* los seres humanos, entonces *hay que sacar los derechos humanos del ámbito del sistema jurídico positivo*".[9]

La observación de Vázquez es interesante porque llama en causa un problema que ha ocupado las mentes más lúcidas de la filosofía a lo largo de toda su historia: a saber, la cuestión del estatuto epistemológico de los universales. No voy, de la manera más absoluta, a entrar en este debate milenario porque las implicaciones que supone superan con mucho el alcance y el propósito de este escrito. Confieso que en relación a lo que Vázquez afirma como incompatible, o sea el carácter universal de los derechos , que podríamos llamar universalismo absoluto, y la proclamación de que tales son sólo los bienes que anteceden a los sistemas normativos de protección, pues los derechos plasmados serían universales en un sentido lógico, estoy lleno de perplejidades. Es verdad, en efecto, que a los derechos de las personas se les suele atribuir carácter de universal, sin preocupación alguna por definir en qué consista tal universalismo. Es verdad que no todas las personas son titulares de los mismos derechos y, sin embargo, se habla de derechos universales. Por dar un ejemplo, algunas personas, por el simple hecho de ser ciudadanos de determinados países, tienen derecho a ingresar en territorio estadouonidense simplemente, si viajan en un aeroplano, llenando un formato y presentándolo a la autoridad migratoria;[10] mientras que otras

---

8 Vale cuanto se ha dicho en la nota núm. 5.

9 *Idem*. Las segundas cursivas no son de Vázquez.

10 Bajo la condición de que previamente se hayan registrado *online* y hayan obtenido la ESTA (Electronic System for Travel Authorization).

personas, como bien sabemos los mexicanos, para ingresar legalmente a ese país debemos realizar un largo y costoso trámite para obtener una visa, que puede ser negada de manera completamente discrecional por la autoridad migratoria. Otro ejemplo. En algunos países cuando una persona pierde su empleo por razones no atribuibles a ella misma tiene derecho a una forma retributiva de subsistencia erogada por el Estado, con la finalidad de que con ella pueda hacer frente a sus necesidades básicas mientras encuentra otro empleo; mientras que, en otros países, entre ellos el nuestro, las personas que pierden su empleo no son titulares de un derecho semejante. Podemos entonces, plausiblemente afirmar que si los derechos de las personas son universales, lo son en un sentido no absoluto o sustantivo, como señala Vázquez, sino relativo. Relativo sin duda alguna porque derivan del reconocimiento de ciertas personas como titulares de ellos. Reconocimiento que, es evidente, pasa por el hecho de que determinadas disposiciones jurídicas, en un contexto particular, lo realicen, es decir establezca que las personas X son titulares de los derechos Y mientras que las personas Z no lo son.

Lo anterior sucede con una buena parte de los derechos de las personas pero no con todos. Una persona mayor de edad, por ejemplo, es titular de ciertos derechos, precisamente aquellos conectados con el estatus jurídico al que accede cuando cumple dieciocho años de edad, como los derechos políticos activos y la capacidad jurídica para realizar de manera autónoma determinados actos.[11] En consecuencia, aquellas personas que no hayan cumplido dieciocho años no son titulares de los derechos conectados con este estatus. Sin embargo, no hay duda de que existen otros derechos cuyo alcance cuantitativo en relación al número de sus titulares es diferente. Piénsese por ejemplo en el derecho a la vida, tanto por llamar en causa quizá el más fundamental de los derechos. ¿De cuál base normativa depende este derecho, o, dicho en otros términos, cuáles requisitos debe poseer un sujeto para ser titular de él? No creo que se pueda dudar que, hoy en día para ser titular de este derecho es suficiente ser persona, en suma, haber nacido.[12] De modo tal, bien se puede afirmar que desde una perspectiva puramente formal[13] toda persona es titular de este derecho sin que condiciones par-

[11] En algunos países cumplir 18 años de edad constituye una condición necesaria para poseer licencia de manejar, aunque sólo vehículos con determinadas características y con ciertas limitaciones en cuanto a la velocidad permitida.

[12] No considero aquí el tema no por dejar de reconocer la importancia que merece sino porque nos llevaría muy lejos, en el debate acerca de si otras entidades, como el nascituro, por ejemplo, son personas.

[13] Entiendo con "puramente formal" el simple hecho de que a partir de la así llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos, formada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

ticulares como el color de la piel, la confesión religiosa, las preferencias sexuales, el estatus social o cualquier otra condición de carácter contingente pueda utilizarse como criterio para negarle a una persona su titularidad.

Como se puede fácilmente notar la diferencia del derecho a la vida con respecto a otros derechos es tal que podría inducir a pensar que en este caso estamos frente a un universalismo sustantivo, como lo llama Vázquez, mientras que en el caso del derecho al voto o del derecho a conducir un automóvil el universalismo es sólo de carácter lógico. De tal forma que la consecuencia podría ser la "imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y, al mismo tiempo que son producto de un orden jurídico positivo determinado". Para llegar, como ya se ha evidenciado, al resultado más radical de tener "que sacar los derechos humanos del ámbito del sistema jurídico positivo". En realidad, del análisis de ambos derechos no es posible llegar a las conclusiones de Vázquez, habida cuenta de que, supongo que él estará de acuerdo, si el derecho a la vida de las personas es tal porque así lo establecen —podríamos decir— la totalidad de los ordenamientos jurídicos positivos, ello no significa otra sino que el interés moral por la vida humana ha sido plasmado en normas jurídicas, pero que bien puede ser, como en efecto ha sucedido en el curso de la historia, que el estatus de persona no siempre se ha atribuido (reconocido) a todo ser humano. Se trata, en todo caso —me parece— de un hecho meramente contingente que hoy en día el interés moral por la persona y su reconocimiento jurídico, repito: formal, como titular del derecho a la vida coincidan en este particular momento histórico. Otro ejemplo puede ser útil para que este punto no dé lugar a incomprensiones. Es bien sabido que a la mujer sólo en tiempos muy recientes se le reconoció como titular de los derechos políticos; en nuestro país ésto sucedió en 1953.[14] Son bien conocidas las reivindicaciones de las mujeres que desde la segunda mitad del siglo XIX hacían patente su exclusión del ejercicio del voto, y que, por supuesto, lucharon poniendo en riesgo su propia incolumidad para obtener su inclusión. La pregunta al respecto es la siguiente: ¿eran las mujeres mexicanas titulares de los derechos políticos antes del año 1953? La respuesta, lapalissiana, es negativa, por cuanto justos pudieran parecerles

---

el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ambos de 1966); y, asimismo, por los dos protocolos facultativos, se puede afirmar plausiblemente que toda persona humana en cuanto tal es titular del derecho a la vida, es decir que en todo el planeta se le reconoce como tal. Otra cosa, muy diferente, son las condiciones reales de cada contexto, de cada país, en un momento determinado, que pueden, como de hecho sucede, hacer muy precarias sus concretas garantías.

[14] En Suiza eso sucedió hasta 1971.

a ellas, y hasta a muchos hombres, su interés y sus reivindicaciones. Eran, valga la redundancia, precisa y solamente eso: reivindicaciones morales fundadas en un interés. En ésto estoy completamente de acuerdo con Vázquez cuando afirma que los valores, intereses o necesidades son anteriores a las protecciones normativas. Nuestra divergencia, si se le puede llamar de esta manera, concierne la consecuencia a la que se llega a partir de este punto común. Para él, si los valores, intereses y necesidades son anteriores a las normas de derecho que los positivizan, significa que es posible hablar de universalidad exclusivamente de aquellos (valores, intereses y necesidades) y no de los derechos positivizados. Éstos, los derechos positivizados, serían luego susceptibles de una caracterización como derechos universales desde el punto de vista lógico. De modo que, si se desea continuar predicando de los derechos que son universales en sentido sustantivo, en consecuencia es necesario llegar a la conclusión radical de que hay que sacarlos del ámbito del sistema jurídico positivo.

III. El lenguaje de los derechos

Ahora bien, ¿qué sentido tiene en el discurso de Vázquez, la expresión "sacar los derechos humanos del ámbito del sistema jurídico positivo"? Una primera respuesta, quizá la más obvia, residiría en la intención de Vázquez de poder predicar de ellos su carácter de universal, algo, como se ha podido ver, que no es posible hacer si "los mantenemos" dentro de ese ámbito, o sea si pensamos que los derechos son aquellos establecidos mediante normas jurídicas positivas, particulares y contingentes. Naturalmente si esta respuesta fuera plausible sería por demás ingenuo pensar que esta intención agota en su totalidad el pensamiento de Vázquez; en otras palabras, me parece que es posible imaginar que detras de ella hay algo más. Quizá, y aquí estaría frente a una respuesta más exhaustiva, reservar a las pretensiones que nacen del valor atribuido a ciertos bienes la característica de ser universales en sentido sustantivo, distinguiéndolos de los derechos "jurídicos", se refleja en mayores posibilidades de que tal valor sea reconocido en el derecho positivo y, también de que obtenga más y mejores garantías. Se trataría, si así fuera, de una respuesta que tal vez podríamos reconducir a la temática de la fundamentación de los derechos. Aquí, como es sabido, se bifurcan (al menos) dos senderos: uno que parecería encontrar su base en la convicción de que no es posible hablar de derechos sin hablar de metafísica, o sea que se debe encontrar para ellos una base fundacional que supere las fronteras del

derecho positivo;[15] y otro que, al contrario, sostiene la convicción de que es superfuo ir en busca de una fundación metafísica, absoluta, de los derechos cuando ya se tiene una más modesta, pero quizá más funcional, estructura justificativa relativa, o sea, por un lado, el derecho internacional y la Carta Internacional de los Derechos Humanos y, por el otro, las actuales cartas constitucionales donde los derechos, en efecto, ocupan un lugar central.[16] Naturalmente no voy a entrar aquí en este debate, del que ya me he ocupado en otras sedes.[17] Me pregunto, de cualquier manera, si la intención de Vázquez de "sacar" los derechos del ámbito del derecho positivo porque no es posible hablar de ellos en términos de universalidad sustantiva obedece al primer sendero, o sea, el que conduce a la búsqueda de una justificación metafísica. No estoy seguro de ello en realidad, aunque la expresión que utiliza, "derechos jurídicos", para distinguir este tipo de derechos, universales sólo en sentido lógico, de los derechos universales en sentido sustantivo, que él llama "derechos morales", pudiera sugerir una respuesta positiva.

Cierto es, en todo caso, que históricamente la reivindicación por parte de los excluídos de una titularidad de derechos ha tenido como fundamento central precisamente la idea del universalismo de éstos, a su vez basado en el principio de igualdad. En otras palabras, universalismo sustantivo y principio de igualdad han ido de la mano en el largo proceso que ha conducido a que hoy en día, al menos en el mundo occidental, aunque sea formalmente, algunos derechos, los más fundamentales podríamos decir, se reconocen a toda persona en los ordenamientos jurídicos sin atribuir ningún peso a diferencias como la raza, la lengua, la clase social, la religión, el color de la piel. Creo que Vázquez comparte esta convicción, en parte por su decidida adhesión a una cultura de los derechos liberal e igualitaria.[18] Así, no estando seguro de la intención que subyace a la afirmación de él, me atrevería a pensar que quizá mi perplejidad en realidad se funda en cuestiones meramente lexicales y que, por ello, no constituye una diferencia sustancial entre mi

---

[15] Es la tesis, entre otros, de Alexy, R., "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2004, Jg. 52, H. 1, pp. 15-24., traducida al castellano como "¿Derechos humanos sin metafísica?", *Doxa*, Alicante, núm. 30, 2007, pp. 237-248. Afirma Alexy: "los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal", *ibidem*, p. 248.

[16] Clásica en este sentido es la afirmación de Norberto Bobbio de "el problema de fondo relativo a los derechos del hombre hoy es no tanto el de justificarlos cuando el de protegerlos". Véase Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, p. 16; en español, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asis, Madrid, Sistema Madrid, 1991.

[17] Rentería, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Coyoacán, 2014, pp. 142 y ss.

[18] Que es evidente desde el título del trabajo del que mayormente derivan mis observaciones. Pero que también está presente en su amplia bibliografía.

postura y la suya, habida cuenta de que ambos compartimos la idea de que a pesar de que los derechos son quizá la "invención" más importante para combatir la desigualdad y la discriminación, persisten en muchas latitudes, incluídas la mexicana, detestables formas en las que se les viola sistemática y cotidianamente. Paso, de consecuencia, a examinar la cuestión lexical.

Me parece, y creo que Vázquez estará de acuerdo conmigo, que el lenguaje de los derechos —quizá por la misma relevancia que se les atribuye— con frecuencia está plagado de una excesiva carga semántica emotiva, con el fin, probablemente, de atribuirles un rol que pueda redundar en una mejor protección de las personas en una sociedad democrática. El discurso de los derechos, en efecto, con frecuencia consiste en el uso de un lenguaje con una fuerte carga emotiva en un contexto generalmente solemne y ritual. Un ejemplo que Vázquez llama en causa es precisamente la tendencia a afirmar solemnemente que los derechos de las personas son universales, es decir, atribuyéndole, sin más, una característica de universalidad pero, sin embargo, no enunciando con suficiente claridad lo que se entiende con la palabra "universal". Y es que, me parece, cuando se habla de los derechos de las personas tampoco se les define con una adecuada precisión, y de ahí, a mi parecer, la confusión acerca de su presunta o verdadera —al menos en un cierto sentido— universalidad. Una cosa es hablar de los derechos de las personas desde una perspectiva que considera tales sólo aquellos que en un determinado orden jurídico se les atribuye a determinados sujetos, y otra cosa, muy diferente, es usar la expresión "derechos de las personas" para denotar las pretensiones, necesidades, intereses, o como se les desee llamar, que los individuos pueden poseer, e inclusive manifestar y reivindicar, pero que no forman parte de un determinado orden jurídico. Y también, aunque no me detendré aquí sobre ello, me parece que reconducir todo tipo de derechos subjetivos (humanos, políticos, culturales, sociales, civiles) a la misma categoría conceptual, derechos humanos, tampoco contribuye a hacer luz acerca, no sólo de sus diferencias estructurales, sino, además, de lo que me parece aún más importante: sus diferentes estrategias de tutela.[19]

Una teoría general de los derechos no se debería limitar a dar cuenta de los derechos cuya titularidad corresponde a las personas en un orden jurídico determinado; aunque, por supuesto, para estar en condiciones de conceptualizarlos en modo general sin duda se debe, de alguna manera, considerarlos para poner en evidencia sus estructuras formales, o sea, aquello que los hace comunes con los derechos reconocidos en otros ordena-

[19] Hay diferencias que no deberíamos descuidar, me parece, en el modo de tutelar, por un lado, el derecho a la vida y, por el otro, el derecho a la educación.

mientos jurídicos. Estoy de acuerdo, por ello, con Luigi Ferrajoli, cuando en su definición de los derechos fundamentales sostiene las ventajas de una definición teórica que trata de decir lo que son los derechos y no cuáles son los derechos ni cuáles deben ser.[20] En otras palabras, una teoría general de los derechos debe ir más allá de la mera relevación dogmática de los derechos y debe también no caer en la tentación de la valoración axiológica de ellos: para tratar, como alternativa más oportuna, valga la expresión, de evidenciar su "esencia", o si se prefiere, sus características distintivas. Un modo de cumplir con esta tarea es sin duda aquel que define los derechos tomando en consideración su estructuración como normas jurídicas, es decir, como las posiciones de ventaja de un sujeto frente a otros, las cuales derivan de que una norma jurídica reconoce a los titulares de esas ventajas. Otro modo consiste en afirmar que los derechos son determinadas posiciones, intereses, capacidades que sus titulares poseen independientemente de que así lo establezca un ordenamiento jurídico positivo. En el primer caso, que podríamos reconducir *grosso modo* al iuspositivismo, bien se puede hablar de derechos universales pero solamente con referencia a un universo lógico, es decir determinado por la pertenencia de un ente a una determinada clase, precisamente el universo delimitado por las características atribuidas a sus miembros. De este modo, si ciertos derechos tienen su fundamento en la pertenencia de un sujeto a una determinada clase, digamos la clase de los mayores de edad, es plausible sostener que tales derechos —por ejemplo el derecho de voto— son derechos universales en cuanto agotan el universo lógico definido por las características de los sujetos mayores de edad. En el segundo, que posiblemente podríamos reconducir a alguna forma de iusnaturalismo, las cosas funcionan de manera diferente, porque si los derechos consisten en intereses, capacidades y posiciones de las personas en cuanto tales, el universalismo que es posible predicar es el universalismo que Vázquez llama sustantivo, en otros términos, un universalismo absoluto. Dentro de esta postura, me parece del todo obvio, que no sería necesario ser mayor de edad para ser titular de los derechos que derivan de tal condición, precisamente porque la mayoría de edad sólo es un estatus jurídico. Un sujeto menor de edad, siguiendo la línea argumentativa planteada, sería titular de

[20] *Cfr*. Ferrajoli, L., "Derechos fundamentales", en Pisarello, G. (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005. El original italiano ("Diritti fondamentali") fue publicado en 1998 en *Teoria Politica*, núm. 2. Se suele citar la versión, idéntica, aparecida en Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 5-40, tomada como fuente para la edición de Trotta. De Ferrajoli, como se sabe, existe al respecto una amplísima producción, que a su vez ha sido objeto de innumerables observaciones y críticas.

derechos políticos independientemente de que ciertas normas legales lo establecieran, en virtud de su pertenencia a la clase "seres humanos".

Para resolver esta problemática argumentativa referente a la posibilidad de que un menor de edad en México pudiéra ser titular de derechos políticos, la doctrina ha recurrido a un artificio por demás sofisticado, aludiendo a la distinción entre "titularidad" y "ejercicio". Podemos estar de acuerdo, si hablamos de los derechos que Vázquez llama "jurídicos", que los titulares de ellos lo son en virtud de que poseen ciertos requisitos, personales o temporales, de modo que tales requisitos, en efecto, pueden condicionar el ser o no titulares. Así, se podría pensar que, por ejemplo, la libertad de cátedra está reservada a quienes reúnen los requisitos para ser titulares de una cátedra, y/o que el derecho de voto activo está reservado a quien posee el requisito de ser mayor edad (y que no haya incurrido en otras causales limitantes). La claridad de una situación así delineada es sólo aparente para algunos estudiosos, quienes se preguntan "si semejantes requisitos condicionan la titularidad misma o sólo el ejercicio de los derechos".[21] Como se puede ver a la pregunta subyace la idea, ni siquiera muy escondida, de que una cosa es la titularidad y otra es el ejercicio. Y se fundan en lo que acontece en ciertas ramas del derecho positivo en las cuales un sujeto no es el que ejerce su derecho. Una persona adulta, por ejemplo, formalmente titular de ciertos derechos ligados a la capacidad de actuar, bien puede estar limitada en su ejercicio debido a una causa de interdicción y/o de inhabilitación en determinados casos, o bien, en situaciones más graves, porque se le haya limitado del todo su capacidad de actuar de modo que el ejercicio de sus derechos queda en manos de un administrador nombrado por la ley. Se dice, como consecuencia, que la persona no pierde la titularidad de los derechos en juego pero que el orden jurídico, definitiva o temporalmente, la limita en cuando al ejercicio directo de ellos. Hay quienes, por supuesto, rechazan la diferencia conceptual entre titularidad y ejercicio en relación a los derechos de las personas, por considerar precisamente que lo que sucede en el ámbito práctico, como en el ejemplo que se ha visto, en realidad comporta la pérdida de la titularidad ya sea temporal o definitiva; y por considerar además que tales situaciones se verifican en el ámbito del derecho privado.

En lo que concierne a los derechos de las personas, en efecto, sería por demás arduo sostener la plausibilidad de la diferencia entre titularidad y ejercicio en relación a derechos, por ejemplo, políticos, o sea, derechos que se ejercen por sus titulares o no se ejercen. Un menor de edad, si aceptamos

---

[21] Bastida Freijedo, *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 85.

la diferencia, sería titular de los derechos políticos pero, momentáneamente, las normas jurídicas no le permiten ejercerlos; sin embargo, esto suena —a mi parecer— cuando menos contraintuitivo. Quienes se oponen al rechazo de la diferencia en cuestión, para aceptarla, sostienen que en efecto es loable que en ciertos casos el orden jurídico establezca determinadas medidas limitantes del ejercicio de un derecho como una forma de protección del sujeto, ya que en efecto, es plausible imaginar que una persona que haya visto mermadas seriamente sus facultades mentales puede tomar decisiones, por ejemplo en el ámbito patrimonial, lesivas de sus propios intereses; y de ahí, en efecto, la justificación de que el derecho prevea medidas para limitar, temporal o definitivamente, el ejercicio de sus derechos relativamente a tales aspectos y así nombrar un sujeto tercero que los ejerza por su cuenta y siguiendo sus intereses. Pero, quienes sostienen la distinción afirman también, que "aun siendo loable la finalidad perseguida, semejante postura conduce a que hasta no haber alcanzado la mayoría de edad, o la edad requerida natural o legalmente para su disfrute, las personas menores [o las personas que hayan perdido su capacidad jurídica] no puedan ser consideradas titulares de esos derechos fundamentales".[22] De modo que, en consecuencia, "la decisión, por ejemplo, acerca de si se practica una determinada operación quirúrgica a un menor, o sobre la validez de un contrato de trabajo aún no celebrado en el que se contempla la renuncia por el trabajador menor al ejercicio de su derecho de huelga, no tendrían carácter iusfundamental y serían una cuestión de mera legalidad ordinaria".[23]

El "escándalo" en el que se precipita si se rechaza la distinción se puede evitar, afirman quienes sí la aceptan, si se adopta "una postura más flexible que concibe los derechos como poderes de la voluntad garantizados para la satisfacción de un determinado interés de su titular". De modo que una persona, en esta línea de razonamiento, es titular de un derecho aun y cuando no lo ejerza directamente sino "a través de un representante, en los casos excepcionales de incapacidad de autodeterminación volitiva del titular, cuando de ese modo se satisfaga el interés del primero, jurídicamente tutelado por el derecho fundamental de que se trate".[24] Me parece, y con ello me adhiero a la postura que rechaza la distinción, que se trata de un artificio que, si explica de manera adecuada como en ciertos casos quien ejerce el derecho es un sujeto que no es el titular, por otra parte no da cuenta de la manera más absoluta de lo que sucede, como se ha visto, con otro tipo de-

[22] *Idem*.

[23] *Idem*.

[24] *Ibidem*, p. 86.

rechos que o se ejercen por su titular o no se ejercen. Me inclino entonces a pensar que la pretendida distinción entre titularidad y ejercicio esconde más bien la idea de que la titularidad es universal en sentido sustantivo, relativa a toda la clase de los seres humanos mientras que el ejercicio es universal sólo en sentido lógico porque, como hemos visto, la clase a la que se refiere está limitada por la posesión o no de ciertos requisitos establecidos por la ley.

Ahora bien, ¿qué efecto práctico puede tener sobre los derechos, entendidos como derechos jurídicos, atribuirles sólo el carácter de universales en sentido lógico? En mi opinión el efecto es muy limitado, aun si se considera el derecho a la vida como un derecho de todas las personas, por no hablar de derechos como los político-electorales. Aunque pudiera parecer como un derecho universal en sentido sustantivo, como derecho de todos los seres humanos, el derecho a la vida, a decir verdad, denota también un universalismo solamente lógico porque incluye a una clase de sujetos: aquellos a los cuales, en el derecho positivo, se les reconoce como personas. Esta afirmación tiene sentido si se considera lo que sucede inclusive en algunas legislaciones locales en las cuales a partir de las reformas de 2007 en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) mediante las cuales en práctica se despenalizó el aborto si se realiza dentro del plazo de 12 semanas, se estableció que el concebido, desde el momento mismo de la concepción, es una persona y como tal tiene derecho a la protección de la vida de igual forma que lo tienen los nacidos. Lo que quiero decir es que en realidad también el universalismo sustantivo que se predica de los derechos morales en resumidas cuentas el universalismo al que se hace referencia con las expresiones "persona humana" o "ser humano" es sólo aparente, ya que no es absolutamente pacífico, es decir compartido por todos, el conjunto de sujetos que forman parte de la clase denotada. Claro, lo dicho antes tiene sentido sobre todo si se consideran los derechos como derechos jurídicos, pero, me parece al menos, vale también en el ámbito llamados derechos morales, si se toma en consideración, como se ha sostenido aquí, que las pretensiones de las que éstos nacen a lo largo de la historia han sido menos universales de lo que se tiende a creer, en el sentido de que los valores en los que se han sostenido no siempre han sido referidos a toda la clase de los seres humanos; lo que explica, además, el hecho de que su incorporación en instancias jurídicas ha procedido gradualmente. ¿Qué tiene que ver ésto con las repercusiones del universalismo sólo lógico en relación a los derechos jurídicos? El nexo consiste en que las observaciones anteriores ponen en evidencia la fragilidad de la distinción entre universalismo sustantivo y universalismo lógico, ya que se tiene la impresión de que ambos, derechos jurídicos y los derechos morales, son universales sólo en un sentido lógico. En favor de esta (posible) disolu-

ción de la distinción juega también el hecho, innegable, de que, por otro lado, el valor que se atribuye a los bienes de los que nacería el universalismo sustantivo está muy lejos de haber sido siempre un valor universal. Hoy en día existen buenas razones, estoy convencido de ello, para sostener que los principios de autonomía, igualdad y dignidad, como fundamento de la idea de persona moral como sujeto de derechos, constituyen sin duda alguna la tabla de valores sobre la cual construir una sociedad liberal e igualitaria. La cuestión, me parece, es que en el estado actual de las cosas el sentido que asume tal conviccion es solamente, por ahora al menos, normativo, es decir con finalidades orientativas. Normativas y orientativas tanto en relación al ámbito de lo que Vázquez llama "derechos morales" como en relación a los derechos jurídicos. En suma, me parece que desde una perspectiva filosófica los principios en cuestión (autonomía, igualdad, dignidad), como base teórica para la construcción de una sociedad igualitaria y liberal en cuanto a los derechos es aun una quimera, es una idea guía; y si lo es en esa perspectiva lo es aún más en el terreno concreto de nuestras sociedades actuales, en donde a un lenguaje de los derechos retórico y emotivo no le sigue, como debería, una praxis que trate a todas las personas como personas morales, a pesar de las solemnes declaraciones de igualdad con las que se "condimentan" nuestras cartas constitucionales.

Si viene a menos, o al menos se le limita el alcance heurístico, la distinción entre universalismo sustantivo y universalismo lógico, es posible también, de consecuencia, que ello tenga repercusiones en la distinción que de aquella es un reflejo: la distinción entre derechos morales y derechos jurídicos. Es evidente, por un lado, que nadie tiene la exclusividad del lenguaje y que las reglas de uso de las palabras y las expresiones lingüísticas dependen de opciones que cada uno de nosotros tiene la libertad de tomar en un sentido u otro. Lo que quiero decir es que no pretendo, en lo que sigue, establecer el único, el verdadero, significado de la palabra "derechos"; y que, en consecuencia es del todo lícito intelectualmente que pueda asumir varios significados, tanto en cuanto sustantivo como en cuanto sustantivo acompañado por un adjetivo.

IV. De los derechos morales a los derechos jurídicos

Desde un punto de vista técnico-jurídico, no me cabe la menor duda, la palabra "derechos" alude a una situación, en términos muy pero muy latos, en la que a un sujeto determinado, el titular de los derechos, el derecho, entendido como conjunto de normas jurídicas, le asegura formalmente

una posición en la cual otros sujetos tienen en relación a él el deber jurídico o de abstenerse de cometer algunas acciones o bien de realizar algunas acciones.[25] Tampoco me cabe la menor duda, para mostrar del todo mis barajas, que esta idea es reconducible a una concepción iuspositivista; con lo que queda claro que no es la única alternativa al respecto. En este marco conceptual son evidentes tres cosas. La primera es que los derechos de las personas de los que se discurre son exclusivamente aquellos que Vázquez llama, con una expresión en mi opinión muy afortunada, "derechos jurídicos"; entendiendo con ello, si interpreto en modo correcto su pensamiento, los derechos de las personas que dependen de normas jurídicas por estar establecidos en el derecho objetivo. Éste, para ser aún más claros, establece cuáles y cuántos son los derechos y al mismo tiempo establece quiénes pueden hacer uso de ellos, y bajo qué condiciones. La segunda cosa, muy evidente también, es la idea, a la que Vázquez se adhiere, de que en virtud de lo anterior los derechos de las personas son, sí derechos universales, pero su universalidad es solamente lógica. Dentro de este marco conceptual iuspositivista aun los derechos de las personas que son más universales, y que por ello parecerían serlo en un sentido sustantivo, por ejemplo el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, en realidad lo son en sentido meramente lógico, porque las características distintivas que deben poseer sus miembros dependen de que normas jurídicas así lo establezcan: lo que puede dar lugar, como se ha visto, a un desacuerdo no irrelevante acerca de quienes son (o deban) ser los pertenecientes a la clase de la que estamos hablando. La tercera cosa, finalmente, concierne el aspecto exquisitamente técnico de los derechos de las personas así concebidos, y que podemos reconducir a (al menos) cinco factores. El primero es que la titularidad de un derecho supone siempre un deber hacia terceros. En efecto si somos titulares, en cuanto personas, del derecho a la vida, ello supone que otros sujetos, toda la colectividad en este caso, tiene el deber de abstenerse de cometer acciones que pudieran redundar en la pérdida del bien tutelado por tal derecho, o sea la vida. El segundo factor consiste en que el orden jurídico establece quienes son los sujetos titulares de los derechos, de modo tal que nadie a quien no se le haya atribuido la titularidad de un derecho puede legítimamente arrogarse la pretensión de que otros sujetos tengan un deber hacia

[25] Esta definición embrionaria le debe mucho a la idea de Ferrajoli de que los derechos fundamentales son derechos universales, en sentido lógico, de todos en cuanto personas naturales, personas con capacidad de obrar y ciudadanos, y que, además, consisten en expectativas o negativas (de no recibir lesiones) o positivas (de recibir prestaciones). *Cfr.* Ferrajoli, Luigi,"Derechos fundamentales", *cit.*

él.[26] Al tercer factor concierne el hecho, relevante, de que el orden jurídico establece cuáles son los comportamientos de los sujetos que tienen un deber hacia el titular de un derecho, que viola tal derecho. El cuarto factor, derivado directamente del anterior, es que el mismo orden jurídico, mediante sus normas, quien conecta a los comportamientos violatorios de derechos una sanción, determinándola de una manera más o menos precisa en razón de diversas consideraciones relacionadas con el tipo de derecho en cuestión, los bienes que se pretende tutelar, etcétera. El quinto factor, en una relación directa con los dos anteriores, consiste en el hecho de que las normas de un ordenamiento jurídico atribuyen a un sujeto determinado el poder legítimo para conminar las sanciones a las que nos hemos referido. Es fácil notar como todas estas observaciones, desde una perspectiva técnico-jurídica de matriz iuspositivista, evidencian algo que se ha convertido en un lugar común, o sea la idea de que derechos y deberes constituyen los dos lados, inseparables, de la misma moneda; y evidencian, además, un elemento que personalmente considero de crucial importantancia, es decir, la pretensión legítima de justiciabilidad de un titular de derechos cuando se han verificado comportamientos lesivos de ellos. Con la expresión "pretensión legítima de justiciabilidad" entiendo nada más y nada menos que el poder legal (o jurídico) que posee el titular de un derecho para pretender del ordenamiento jurídico, y del Estado de consecuencia, un comportamiento sancionatorio hacia el sujeto, o sujetos, que el titular considere que ha violado su derecho. Con la finalidad, obviamente, de que en alguna medida se re-establezca la situación antecedente a la violación del derecho, cuando ésto sea posible naturalmente, o bien para que el Estado instaure medidas de alguna manera compensatorias en relación a los bienes que han sufrido perjuicio en razón del comportamiento violatorio.

Personalmente, y queda claro en las observaciones anteriores, asumir una postura iuspositivista, con las características de los derechos que han sido delineadas en el párrafo anterior, en el plano concreto del ejercicio de los derechos tiene algunas ventajas en relación a la postura que los considera sólo como derechos morales y con ello los coloca fuera de la órbita del derecho positivo. No creo que haya necesidad de abundar demasiado para evidenciar tales ventajas. Imaginemos solamente, para referir un tema justamente en boga en nuestro país, que un sujeto sea sorprendido por la

[26] Piénsese, a manera de ejemplo, a la celebración de un contrato como declinación concreta de los derechos conectados con la mayoría de edad. El matrimonio, considerado en efecto como un contrato, es un acto cuya validez depende, entre otros requisitos, de la voluntariedad de las partes: de lo que deriva, por supuesto, que una persona no puede arrogarse legítimamente el derecho de obligar a otra a que se case con ella.

autoridad mientras, en un vagón del metro, toca contra la voluntad de ella, las partes íntimas de una mujer. Sería por lo menos extraño, si no es que rayano en lo rídiculo, que la justificación del sujeto consistiera en aducir que su comportamiento se inserta en sus derechos morales, y que, por tal razón, sería un deber de la mujer someterse a sus deseos. Es del todo obvio, que desde una postura iuspositivista (pero inclusive, podríamos decir, desde cualquier postura mínimamente de sentido común) el sujeto en cuestión no tiene ningún derecho en relación al cuerpo de la mujer, y que, por tanto, su comportamiento es violatorio de los derechos de ella. Por otra parte, supongamos que en una habitación hayan entrado, sin el consentimiento de quien legítimamente vive ahí —o por ser propietario o por ser arrendatario—, con la intención de cometer un robo otras personas. Se haya perpretado o no el robo, es del todo evidente que, siempre dentro de una perspectiva iuspositivista, quien legítimamente vive en esa habitación puede hacer uso de su derecho para denunciar los acontecimientos y pretender con ello que los responsables sean castigados por la ley al menos por violación de domicilio sino es que por hurto.

De aquí la perplejidad que me genera la afirmación de Vázquez de que entonces hay que sacar a los derechos de la esfera del derecho positivo. La perplejidad se origina tal vez, es mi impresión, en una casi imperceptible oscilación en las reflexiones de Vázquez entre una postura iuspositivista, no objetivista axiológicamente, y una postura pospositivista de alguna manera comprometida con un objetivismo mínimo. Ahora bien, estoy hablando de una oscilación entre dos posiciones, es decir en el pasaje de una a otra y vicecersa; no estoy hablando de contradicción y menos aún de incompatibilidad. La oscilación, si tengo razón, me parece que se debe a la genuina preocupación de Vázquez porque a la solemne declaración y al reconocimiento jurídico de los derechos no sigue, como sería auspiciable, su tutela generalizada, hablando al menos de nuestro país, pero el discurso bien podría ser más amplio. En otras palabras, percibo en su afirmación la convicción de que considerando los derechos de las personas como algo que trasciende a los ordenamientos jurídicos, que con frecuencia son incompletos, incoherentes, mezquinos, y que con preocupante frecuencia dar lugar a sociedades desiguales donde la violación de los derechos no es rara (más bien a veces parece una constante), etcétera; y predicando de ellos su carácter universal sustantivo habría mayores probabilidades de que las personas vivieran en una sociedad democrática, liberal e igualitaria. Es el sentido que en mi parecer puede asumir su tesis de que hay que colocar los derechos fuera de la esfera de lo jurídico.

Ahora bien, estoy de acuerdo, como creo que lo está toda persona bien nacida, en que el contexto de constantes violaciones de los derechos de las personas que cotidianamente observamos, aquí como en otras partes del mundo, nos obliga —primero como ciudadanos parte de una comunidad política y enseguida como estudiosos de derecho— a identificar las razones de ello, y no podemos hacerlo si no purificamos el lenguaje de todas sus ambigüedades, vaguedades e imprecisiones. Colocar los derechos de las personas fuera de la órbita de lo jurídico comporta, por un lado, adherirse a la tendencia a distinguir entre derechos jurídicos y derechos morales, entendiendo con ello que sólo los últimos son universales en sentido sustantivo. De alguna manera, es mi impresión, con ello se contribuye a connotar los derechos jurídicos con un vago sabor axiológico jerárquicamente menor con respecto a los derechos morales. Una connotación no justificada si, como sucede, o al menos como personalmente considero que suceda, por un lado, la distinción universalismo sustantivo-universalismo lógico presenta algunas característas que ponen en duda su plausibilidad conceptual; y por otro lado porque, como también me inclino a pensar, aun aceptando que los derechos jurídicos son universales exclusivamente en un sentido lógico, y los derechos morales en sentido sustantivo, de cualquier modo la inclusión de los primeros en los ordenamientos jurídicos, con los elementos que he tratado de evidenciar, presenta ventajas prácticas que no podemos no considerar, si nos preocupa sinceramente, como estoy convencido que sucede, el destino de los derechos y, sobre todo el destino de las personas consideradas como personas morales.

Desde otra perspectiva, teórico-conceptual, tengo también la sensación de que la consecuencia a la que conduce la distinción de la que estamos discurriendo, o sea, hablar de derechos jurídicos, los derechos reconducibles a la esfera delimitada por las normas de un ordenamiento jurídico, y de derechos morales, reconducibles a su vez al valor que se atribuye a determinados bienes prescindiendo de su calificación jurídica, contribuye a generar un discurso de los derechos confuso que, paradójicamente —en mi parecer— termina por dar lugar a condiciones concretas opuestas a las que se pretende alcanzar. Estimo, y creo estar en lo cierto, que Vázquez considera moralmente reprobable que, a pesar de la solemnidad con la que institucionalmente se habla de los derechos de las personas,[27] en la vida cotidiana las personas los ven casi sistemáticamente violados, en ocasiones hasta por

[27] Paradigmática en este sentido sin duda es la reforma de 2011, punto culminante de un proceso que aún no termina, en el cual la narrativa acerca de los derechos está llena de retórica y de buena voluntad.

quienes tienen el deber de vigilar que se cumplan. Naturalmente, lo digo de manera preliminar antes de afirmar lo siguiente, en cuestiones del lenguaje nadie tiene el patrimonio de su uso en un modo u otro. Con ello quiero decir, muy simplemente, que no pienso que haya una definición verdadera de los derechos de las personas, y, por consiguiente, que todas las otras sean falsas. No tengo la ingenuidad semántica de Alice, aunque a decir verdad no tiene ella la exclusiva, quien está convencida de que las palabras tienen un significado que les proprio y que no se les puede "obligar" a indicar cosas diferentes; con ciertas reservas, más bien me inclino a pensar, como Humpty Dumpty cuando afirma que "cuando me sirvo de una palabra... tal palabra significa lo que me parece y me gusta a mí, ni más ni menos".[28] Sin llegar a la posición extrema de Humpty Dumpty, o sea, la peroración de un estipulacionalismo exarcerbado,[29] estoy convencido de cualquier manera de que no hay una relación directa entre la palabra y la cosa designada, de manera tal que, para permanecer en el ámbito de las observaciones que se han desarrollado aquí, no existiendo un significado verdadero de la expresión "derechos de las personas" (o "derechos fundamentales", o "libertades fundamentales" o "derechos humanos" o simplemente "derechos") no es un sinsentido denotar con tal expresión tanto los derechos morales como los derechos jurídicos, en el sentido señalado por Vázquez. Quiero decir con lo anterior que estoy convencido que en el mundo de las ideas todos gozamos de una absoluta libertad semántica en el uso del lenguaje, bajo la condición,

---

[28] En estas observaciones mi deuda con el pensamiento de Uberto Scarpelli va más allá de lo que yo pudiera decir. Refiero aquí su pensamiento: "En el cuento de Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass and what Alice Found There,* se desarrolla entre los personajes Humpty Dumpty y Alicia un diálogo de gran importancia para la filosofía del lenguaje. He aquí el pasaje principal. Humpty Dumpty acaba de explicar que al afirmar «ésta es tu gloria» él quería significar «este es un óptimo argumento para contradecirte»". "Pero —objeta Alicia—«Gloria» no significa «un óptimo argumento para contradecirte»". "Cuando yo utilizo una palabra —responde Humpty Dumpty— esa palabra tiene exactamente el significado que yo quiero darle… ni más ni menos". "Hay que ver —observa entonces Alicia— si usted puede hacer que las mismas palabras indiquen cosas diferentes". Y Humpty Dumpty agrega: "Sólo hay que ver quién es el que manda… eso es todo". *Cfr.* Scarpelli, U., "El método jurídico", en Rentería Díaz, A. (comp.), *Filosofía analítica y teoría general del derecho en Italia,* México, Cajica, 2005, pp. 47-66, apéndice 58.

[29] Sin entrar en detalles que los interesados pueden fácilmente localizar, recuerdo solamente que una definición estipulativa es aquella en la que al *defininiendum* (la palabra a definir) se le atribuye un *definiens* (el conjunto de palabras con el que se le define) totalmente nuevo en relación al uso habitual. Mientras que en una definición lexical (o lexicográfica) el *definiens* reproduce el significado habitual y en una definición explicativa el *definiens* esclarece, redefine en otros términos, el *definiendum* de manera de hacer más preciso su uso en un contexto determinado.

me parece, que precisemos en el modo más claro posible los significados que asumimos, que aduzcamos razones de nuestras opciones semánticas y, lo más importante, que nuestros significados sean constantes a lo largo de nuestras disquisiciones.[30]

V. Derechos y principios

En la apertura del trabajo que aquí ha sido tomado como punto de partida, Vázquez usa la palabra "derechos" para denotar, al menos así lo entiendo, el universo de los derechos de las personas desde una perspectiva jurídica iuspositivista. Con su propio léxico: "Nunca como en estos albores del siglo XXI se ha llegado a reconocer y proteger jurídicamente, y de forma tan integral, los derechos humanos. Al mismo tiempo, nunca se ha sido tan brutalmente sofisticado en sus diversas formas de violación".[31]

Las palabras de Vázquez se insertan en un discurso mediante el cual él revela su preocupación por la incongruencia de que, por un lado, los derechos de las personas estén reconocidos y protegidos, formalmente, por el derecho, mientras que, por el otro, asistimos a la violación sistemática de ellos en nuestras sociedades. Personalmente advierto en el discurso de Vázquez una referencia a los derechos humanos en su acepción jurídica, es decir significando con esa expresión los derechos establecidos mediante normas jurídicas. La cuestión, sin embargo, se complica, y no poco, cuando pasa a proponer de manera articulada una definición de la palabra "derechos". Retomando el pensamiento de Laporta, como ya se ha dicho, en la definición que hace propia Vázquez afirma que los derechos consisten en posiciones, situaciones, etcétera,[32] que por ser bienes morales pertenecen a cada uno de los miembros de la clase "ser humano", de manera que, consecuentemente, constituyen razones fuertes para pretender una protección normativa. De estas consideraciones él hace derivar la tesis, ya expuesta también aquí,[33] de que los derechos preceden, son anteriores en suma, a los sistemas normativos. No creo que exista duda alguna, me he detenido an-

---

[30] A pesar de no compartir del todo los resultados a los que llega Norberto Bobbio en su ensayo de 1950 que es considerado el manifesto programático de la corriente analítica italiana en filosofía del derecho, sus observaciones acerca del buen uso del lenguaje me parecen sumamente útiles. *Cfr*. Bobbio, N., "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", en Rentería Díaz A. (comp.), *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia, cit.*, pp. 15-45.

[31] Rodolfo Vázquez, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria, cit.*, p. XI.

[32] Véase nota 4, *supra*.

[33] Nota 5, *supra*.

tes para dar cuenta de ello,[34] de que en efecto aquellos que Vázquez llama derechos jurídicos (es decir los derechos subjetivos en general establecidos en un orden jurídico) son posteriores, sucesivos, a algo, entendiendo con "algo" un bien, un valor, una pretensión, en síntesis algo que es tan valioso que no se considera oportuno atribuir su gestión a las voluntades individuales, expuestas como están a las pasiones, sino que es mejor, más productivo podríamos decir, incluírlos en un sistema normativo de protección. El ejemplo que he llamado en causa como lucha por la inclusión en un sistema normativo de protección, los derechos políticos de las mujeres, es más que elocuente. Y hasta aquí, es evidente, mi acuerdo con Vázquez es total. En donde se abre una pequeña brecha, sin embargo, es en el uso que él hace del mismo nombre, "derechos", para referirse tanto al universo de los derechos subjetivos jurídicos (en las primeras frases de los "Preliminares") como al universo donde encuentra lugar todo ese algo al que me refería antes, cuyo valor exige (pero no necesariamente obtiene) su reconocimiento en un sistema normativo de protección. Es verdad, se debe dar cuenta de ello, que Vázquez agrega un adjetivo ("jurídicos" en un caso y "morales" en el otro) en aras de distinguir ambos, el jurídico y el extrajurídico. Ahora bien, estoy convencido de que no hay el menor obstáculo para discurrir intelectualmente de ambos contextos, dada mi convicción de que en lo que respecta a los derechos de las personas el primero, en ocasiones, se "nutre" del segundo. Sin embargo, el uso de los adjetivos no logra aquello que personalmente considero crucial, o sea, precisamente distinguir conceptualmente ambos contextos. En otras palabras, hablar de derechos en los casos señalados de alguna manera sugiere una especie de jerarquía entre los derechos morales y los derechos jurídicos, en la cual éstos ocupan una posición subordinada a aquéllos en el sentido muy simple de que podría generarse la convicción, en efecto sostenida por algunos estudiosos,[35] de que los derechos jurídicos (*rectius*: los ordenamientos jurídicos) *deben* reconocer los valores que forman parte del universo de los derechos morales, so pena el propio carácter de juridicidad. No creo, con toda sinceridad, que la postura metaética de Váz-

[34] *Cfr*. p. 2 *supra*.

[35] Me refiero principalmente, si bien no solamente, a Alexy, R., "Una defensa de la fórmula de Radbruch", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, La Coruña, núm. 5, 2001, pp. 75-96; y Vigo, Rodolfo L.,"Iusnaturalismo e neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias", en Carbonell, M. *et al.* (coords.) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, UNAM, 2015, vol. 2, t. IV, pp. 851-885. Es evidente el nexo de estos autores con Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, y su famosa fórmula: "la injusticia extrema no es derecho".

quez, un objetivismo mínimo,[36] le lleve a adherirse a la idea de que la juridicidad de una norma, o de un orden jurídico, depende de que coincida con un valor determinado. Un objetivismo mínimo que, hablando en modo particular de los derechos de las personas, se conecta con los principios de autonomía, igualdad y dignidad que funcionan como un conjunto de parámetros para valorar el tratamiento que las personas reciben como individuos en una sociedad organizada por medio del derecho. Un objetivismo mínimo que, por otra parte, en líneas generales comparto con él, por considerar en efecto que los principios en juego son los que nos permiten dar buenas razones para generalizar la idea de que las personas constituyen entidades morales y que por tal razón merecen ser tratadas como tales por el Estado. Un objetivismo mínimo, finalmente, que conduce a un objetivismo moral difícilmente compatible con la idea de una sociedad liberal que propugna Vázquez, y que permite que a pesar de todo las fronteras entre el derecho y la moral puedan ser identificadas, aún con todas las obvias dificultades que nacen, entre otras cosas, de la pertenencia de ambas experiencias a una común esfera normativa.

Es cierto que la referencia a principios parece sugerir de inmediato una cercanía conceptual entre derecho y moral, y que, para decirlo con las palabras de Uberto Scarpelli, produce el resultado de que los iusnaturalistas de inmediato se presenten con una factura a pagar.[37] Dado que no pienso en Vázquez como un iusnaturalista creo que es oportuno distinguir entre dos modelos de principios, con la idea de enmarcar de manera más clara el punto de convergencia entre mis observaciones y sus tesis. Esta distinción tiene como punto de partida la idea que se tiene de los principios, de cómo están hechos, de cómo funcionan, de cómo se les identifica y de cómo se les justifica.[38] Podemos hablar, en primer lugar, de un modelo de principios concebidos como especie del género "norma" o sea como prescripciones jurídicas caracterizadas por un alto grado de abstracción que no impide, como sucede con toda norma jurídica, que sean aplicados directamente por

[36] Que él manifesta abiertamente en muchas de sus contribuciones, quizá con mayor claridad cuando discurre acerca de algunos aspectos de la bioética. "Sobre el concepto de dignidad y su valor para la bioética", "Bioética, laicidad y deliberación pública", *Del aborto a la clonación. Principios de una ética liberal*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2004.

[37] *Cfr*. Scarpelli, U., "Dalla legge al codice dal codice ai principi", *Rivista di Filosofia*, núm. 1, 1987, pp. 3-50.

[38] Sobre esto véase Borsellino, P., "Uberto Scarpelli. Filosofo attuale", en Borsellino, P. *et al.* (coords.), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Turín, Giappichelli, 2014, pp. 1-19, apéndice 10. En las observaciones siguientes mi deuda intelectual con Scarpelli es del todo evidente.

los jueces y por todo órgano estatal.[39] Se puede hablar, además, de un segundo modelo de principios, entendiendo con ellos instancias, convicciones y orientaciones (pretensiones podríamos decir) que no han sido, o no lo han todavía, traducidas en normas jurídicas pertenecientes a un ordenamiento, de modo tal que este tipo de principios se afirman como un elemento sustancialmente distinto en relación a las normas jurídicas.[40] Me parece evidente que en estas observaciones[41] se ve reflejada la distinción de Ronald Dworkin entre normas y principios,[42] cuyo debate parece verdaderamente interminable.[43]

Los principios de los que habla Vázquez, me parece, no son reconducibles ni a un modelo ni a otro de los que he recapitulado en el párrafo anterior, inspirándome en el pensamiento de Scarpelli. Me parece más bien, que aún manteniendo el uso de la palabra "principios", cuya carga valorativa y emotiva es evidente, a lo que se refiere Vázquez son todas aquellas pretensiones de reconocimiento jurídico que nacen de la tradición, de la historia, de la educación, de una constante duda y revisión derivada de las presiones ambientales; dado el valor más o menos compartido que se les atribuye generan reivindicaciones para, precisamente, entrar a formar parte del universo de un sistema normativo de protección. Son principios que,

---

[39] Aquí, como observa Borsellino, *op. cit.*, p. 10, el pensamiento de Scarpelli coincide con el de Crisafulli, V., *La costituzione italiana e le sue disposizioni di principio*, Milán, Giuffrè, 1953 y es de alguna manera replicado por Jori, M., *Saggi di metagiurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 1985, específicamente, pp. 301-332.

[40] La referencia es Scarpelli, U., "Un modello di ragione giuridica: il diritto naturale razionale", en Faralli, C. y Pattaro, E. (coords.), *Reason in Law*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 258, citado por Borsellino, P., "Uberto Scarpelli. Filosofo attuale", *cit.*, p. 12.

[41] Son reflexiones de Scarpelli de mediados de la década de los ochenta del siglo pasado.

[42] Es bien sabido que Dworkin habla de esta distinción en *Taking Rights Seriously* (1977), y que en su pensamiento sucesivo constituye uno de los puntos centrales; es menos conocido, sin embargo, que el mismo Dworkin años después, cuando la distinción ha generado un debate del que aún no se ve el final, pone en duda su plausibilidad conceptual en *Justice in Robes*, con el desenfado que le era característico: "La idea del derecho como un conjunto de stándards diferentes que en línea de principio podemos identificar y contar, me parece una ficción escolástica", cito de la traducción italiana, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 6; y más adelente, en una nota a pie página: "puedo haber contribuido a este error. En trabajo anterior he sugerido que 'el derecho' contiene no sólo reglas sino también principios... De cualquier manera me corregí rápidamente", *ibidem*, pp. 285 y 286. Sobre este esta "precisación" de Dworkin, que personalmente considero relevantísima, véase Schiavello, A., "Ronald Dworkin e il positivismo giuridico: un bilancio provvisorio", *Rivista di Filosofia del Diritto*, núm. 1, 2014, pp. 19-40.

[43] Naturalmente no es éste el espacio para entrar en el detalle de este debate, al que sin duda alguna han contribuido las tesis de Robert Alexy, presentes ya en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; el original es de 1986.

para decirlo con una frase hecha, no han sido constituidos de una vez y para siempre, no están esculpidos en la roca, sino que se van formando y transformando siguiendo un camino paralelo al desarrollo de la humanidad, a la toma de conciencia de las personas acerca del rol fundamental que ocupan en una sociedad organizada. Se explica así —seún lo considero— el hecho de que si entendemos de esta manera los principios nos queda claro que las reivindicaciones que nacen a partir de los valores que representan, y que se colocan en una esfera extrajurídica, son susceptibles de ser insertados en un sistema normativo de protección; pero que sean susceptibles de entrar a formar parte de un universo jurídico, no significa que de hecho lo hagan, pues, como Hans Kelsen nos enseña, las normas jurídicas se crean mediante un acto de la voluntad. Y no, fundiendo el deber ser de los principios extrajurídicos con el ser del derecho positivo (que a su vez expresa un deber ser, por supuesto) mediante un acto del pensamiento, un acto intelectivo, aunque éste tome como punto de partida valores universalmente reconocidos.

De ahí mi opinión personal de que pudiera parecer más oportuno reservar el uso de "derechos" para los derechos jurídicos, los que forman parte de un sistema de protección normativa, y por tanto utilizar otra palabra para denotar todas aquellas formas reivindicativas extrajurídicas que tienen su razón de ser en principios relacionados con la persona humana tales como la autonomía, la dignidad, la igualdad. Claro, como dije antes, no existendo un monopolio del lenguaje cabe la posibilidad, aun sin caer en el extremismo de Humpty-Dumpty, de usarlo de la manera que se prefiera. Mis preferencias personales, como es claro, van hacia el uso de la palabra "derechos" en un sentido técnico-jurídico, pues estoy convencido de que de esa manera se podrían generar mejores condiciones para una reflexión más profunda acerca de las formas organizativas que asumen nuestras sociedades, no sólo en cuanto a las instituciones de que se dotan, sino también, y sobre todo, de las técnicas que se crean, o que no se crean, para garantizar el ejercicio concreto de los derechos de las personas. Y, por otra parte, además, llamar "derechos" sólo a los derechos jurídicos nos permite tener distintas las esferas jurídica y extrajurídica, pero no para mantenerlas en una relación de mutua exclusión, sino, al contrario, para poner las bases teóricas para una mejor lucha por el reconocimiento de derechos que, por alguna razón, aun no forman parte de un sistema normativo de protección, en la construcción de una sociedad liberal e igualitaria, libre de toda forma de discriminación; sobre la base, precisamente, del valor que se le atribuye a la persona moral y a los principios (autonomía, dignidad e igualdad) que la conforman. De esta manera, los derechos, entendidos como derechos jurídicos, permanecen dentro (y no se mueven de ahí) un sistema normati-

vo de garantías, lo que en mi opinión, como ya lo he evidenciado, podría facilitar su estudio para la comprensión aquello que los derechos dicen que debe ser y lo que es en la práctica; y también, cuando esta distancia sea demasiado amplia, rayana en la patología, puede poner a la academia en una mejor condición para la propuesta a la esfera de la política de reformas de *lege ferenda.* Las pretensiones, los valores, los principios externos a la esfera jurídica, permanecería fuera de este ámbito pero sin que eso signifique no puedan jugar un papel relevante en la transformación tanto de la sociedad como del derecho, en virtud de su eventual incorporación en un sistema de garantías justiciables.

LA LAICIDAD: ¿NEUTRALIDAD O IMPARCIALIDAD? REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA POSTURA DE RODOLFO VÁZQUEZ

Faviola Rivera Castro*

Sumario: I. *¿Cómo entender la laicidad?* II. *La laicidad como neutralidad y como igualdad*. III. *Bibliografía*.

I. ¿Cómo entender la laicidad?

En varios lugares Rodolfo Vázquez ha propuesto dos modificaciones a la manera tradicional de entender la laicidad.[1] En primer lugar, ha propuesto que la laicidad no se entienda más como "neutralidad" sino como "imparcialidad". En segundo lugar, ha propuesto que la imparcialidad del Estado se dirija no sólo a cuestiones religiosas, sino también a las "convicciones metafísicas" de los ciudadanos.[2] Estas dos modificaciones amplían significativamente el alcance de la laicidad. En su propuesta, se trata de una laicidad que ya no limita al Estado en su capacidad para intervenir en materia religiosa, sino que le exige intervenir tanto en materia religiosa como en cuestiones que conciernen a las convicciones metafísicas de los ciudadanos.

---

* Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] Vázquez, Rodolfo, "Laicidad, religión y razón pública", *Diálogos de derecho y política*, Medellín, año 2, núm. 4, mayo-agosto de 2010; y *Democracia y laicidad activa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

[2] Esta postura ha sido bien recibida en la literatura. En Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 34, se escribe lo siguiente: "La laicidad —en una república laica— no es sinónimo de neutralidad del Estado en materia religiosa, lo que exige la laicidad, en todo caso, es una posición de imparcialidad por parte del Estado en dicha materia, lo cual implica que, en ocasiones, deba remover los obstáculos o barreras que impidan a todas las personas (creyentes y no creyentes) gozar y ejercer su esfera de libertades —incluida la religiosa— de manera libre y plena".

Considero que ambas modificaciones son sumamente problemáticas. Sin embargo, por razones de tiempo, me ocuparé solamente de la propuesta de remplazar la neutralidad con la imparcialidad. Vázquez se refiere a la neutralidad como una concepción "pasiva" de la laicidad porque significa la inacción del Estado en cuestiones de religión. Le parece inadecuada porque, considera, hay situaciones en las que el Estado debe intervenir aunque se trate de materia religiosa: situaciones en las que el Estado debe corregir una desigualdad entre los ciudadanos respecto de sus derechos y libertades en materia de convicciones religiosas o metafísicas.

Aunque Vázquez no lo hace (o, por lo menos, no siempre), voy a empezar por caracterizar ambas nociones. En primer lugar la neutralidad; concepto que usualmente se asocia con el liberalismo y que se entiende de diversas maneras en la literatura filosófica. La neutralidad en materia de religión usualmente se entiende en relación con una pluralidad de confesiones religiosas.[3] La exigencia de neutralidad es que el Estado trate a las varias confesiones de manera igualitaria: que no favorezca o perjudique (o no se proponga favorecer o perjudicar) a ninguna en particular. Así, se asume un vínculo interno entre neutralidad e igualdad.[4] Una manera de entender este vínculo interno es que la neutralidad es la manera apropiada de tratar a las diversas confesiones religiosas de manera igualitaria. Según esto, el valor político fundamental es la igualdad. La neutralidad sería una política institucional que aspira a realizar la igualdad.

Los desacuerdos importantes tienen lugar respecto de las varias maneras en que el Estado puede ser neutral. En la literatura filosófica dominan dos maneras de entender la neutralidad del Estado en materia de religión: en los propósitos y en los efectos.[5] De acuerdo con la primera, el Estado permanece neutral si no actúa con el propósito de favorecer o perjudicar a alguna confesión religiosa en particular. De acuerdo con la segunda manera de entender la neutralidad, el Estado permanece neutral si sus políticas (al margen de las intenciones) no tienen el efecto de favorecer o perjudicar a

---

[3] Goodin, R. y Reeve, A. (eds.), *Liberal Neutrality*, Londres, Routledge, 1989; y Wall, S. y Klosko, G. (eds.), *Perfectionism and Neutrality*, Maryland, Rowman y Littlefield, 2003.

[4] Esta estrecha asociación entre neutralidad e igualdad también tiene lugar en la versión que Cécile Laborde, ofrece de la laicidad republicana francesa. Véase "On Republican Toleration", *Constellations*, Nueva York, vol. 9, núm. 2, 2002; y *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, parte I.

[5] Patten, Alan, "Liberal Neutrality: a Reinterpretation and Defense", *The Journal of Political Philosophy*, Malden, vol. 20, núm. 3, 2012; Kymlicka, W., "Liberal Individualism and Liberal Neutrality", *Ethics*, Chicago, vol. 99, núm. 4, 1989; Raz, J., *Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986; y los artículos en Goodin, R. y Reeve, A., *op. cit.*, y en Wall, S. y Klosko, G., *op. cit.*

alguna confesión religiosa. Los partícipes en este debate están de acuerdo en que la neutralidad en los efectos es imposible de lograr. Sin embargo, la neutralidad en los propósitos también enfrenta problemas importantes, tal que algunos han propuesto abandonar la noción de neutralidad por impracticable.

Me he referido muy brevemente a este debate entre los liberales angloestadounidenses para ubicar en el mapa conceptual a la noción de neutralidad específicamente laica. Lo distintivo de esta última es que, al menos históricamente, no se entendió, originalmente, en relación con una diversidad de confesiones religiosas, sino que se entendió en relación con una sola religión dominante. Por ello, en la tradición laica, por así llamarla, no existe el vínculo interno entre la neutralidad y la igualdad al que me referí anteriormente. En esta tradición, la neutralidad no se concibe como una manera (o "la" manera) de realizar la igualdad entre varias confesiones religiosas. Lejos de ello, la neutralidad laica se ha entendido, históricamente, como una manera de realizar tanto la independencia del Estado respecto de la religión, como su supremacía sobre la misma. Por ello, un Estado laico es neutro en materia religiosa cuando no interviene en ella: cuando elimina todo contenido religioso (palabras, símbolos, rituales) de su ámbito de competencia (instituciones, legislación, políticas públicas, el discurso político, etcétera) y relega dicho contenido religioso a la esfera de las asociaciones privadas y de la conciencia individual. Como usualmente se dice, el Estado laico "privatiza" (o aspira a privatizar) la religión. De allí el señalamiento de Vázquez de que la neutralidad es una concepción "pasiva" de la laicidad porque significa la inacción del Estado en cuestiones de religión.

A la observación de Vázquez es preciso agregar que él se refiere a la neutralidad específicamente laica, ya que la neutralidad liberal no tiene por qué ser pasiva. Un Estado que se propone ser neutral en los propósitos (según la caracterización que ofrecí hace un momento), puede intervenir en materia religiosa siempre y cuando no lo haga con el propósito de beneficiar o perjudicar a alguna confesión religiosa en particular. El Estado neutro así concebido puede, por ejemplo, subvencionar instituciones de salud o educativas que estén a cargo de asociaciones religiosas siempre y cuando no se proponga beneficiar o perjudicar a alguna en particular.

II. La laicidad como neutralidad y como igualdad

En suma, la neutralidad específicamente laica se distingue de la liberal propia del liberalismo angloestadounidense de dos maneras estrechamen-

te relacionadas entre sí: en primer lugar, la neutralidad laica no se asocia usualmente (o históricamente) a la igualdad de las confesiones o asociaciones religiosas; en segundo lugar, sólo la neutralidad laica exige la completa independencia del Estado respecto de la religión, lo cual implica la prohibición de toda intervención del Estado en materia religiosa y la privatización de la religión.

Al interior de la tradición laica, sin embargo, está teniendo lugar un cambio importante: la laicidad del Estado en materia de religión ha empezado a entenderse en relación con una pluralidad de instituciones religiosas, no sólo vinculadas con una Iglesia dominante (aclaro que en esta tradición usualmente se habla, por razones históricas, de Iglesias o de instituciones religiosas, en lugar de "confesiones" como habitualmente se hace en el ámbito anglosajón). Este cambio se debe, obviamente, a que si bien puede existir una Iglesia dominante (como la católica en México o en Francia), la pluralidad religiosa va en aumento. En mi opinión, el desafío conceptual que este cambio social nos plantea no ha sido tematizado adecuadamente. La pregunta conceptual que surge es si, en este nuevo escenario social, es adecuado seguir entendiendo la neutralidad como la independencia del Estado respecto de la religión, o bien, si sería más apropiado ligar la noción de neutralidad a la de la igualdad de las diversas asociaciones religiosas frente al Estado. Algunos pensamos que la noción tradicional de laicidad como independencia del Estado respecto de la religión sigue siendo apropiada aunque necesite algunos ajustes. La propuesta de Vázquez, en cambio, se inscribe en la dirección de abandonar la noción específicamente laica de neutralidad y de ligar la laicidad a la idea de igualdad. Sin embargo, si se habla de igualdad en este contexto, uno se topa, inevitablemente, con la multitud de dificultades que los teóricos de la neutralidad liberal han discutido durante décadas. La pregunta que estos autores han tratado de responder es ¿cómo puede el Estado tratar de manera igualitaria a las diversas confesiones religiosas?

La propuesta de Vázquez, como mencioné, es sustituir la noción de neutralidad con la de imparcialidad. Con este cambio vincula a la laicidad con la idea de la igualdad en materia de religión y de convicciones metafísicas. Un trato imparcial, en el sentido moral y filosófico de esta noción, se exige solamente cuando los destinatarios del mismo se consideran en un plano de igualdad. Éste es un rasgo central que comparten la neutralidad liberal y la imparcialidad. A menos que se asuma la igualdad de los agentes, el trato imparcial o neutral ni se plantea. Pero, ¿en qué se distingue la imparcialidad de la neutralidad liberal? Confieso que una dificultad con que me topé para entender la propuesta de Vázquez es que no sé si con el tér-

mino "imparcialidad" se refiere a "*fairness*". No sé. "*Fairness*" exige que una decisión o elección pueda ser aceptable desde la perspectiva de todos los participantes. La imparcialidad, en cambio, exige que quien evalúa una situación le otorgue igual consideración a los intereses de todos los afectados y que no se vea influido por ciertas consideraciones, como prejuicios o intereses personales. En cualquier caso, Vázquez asume que la imparcialidad exige asegurar la simetría de los participantes en alguna interacción: que ninguno de ellos se encuentre en una situación de desventaja. De acuerdo con esto, el trato imparcial consiste en corregir desigualdades existentes. Ahora bien, si la laicidad se entiende como imparcialidad así concebida, al Estado laico le compete la tarea de corregir ciertas desigualdades entre los ciudadanos en materia de religión y de convicciones metafísicas. A diferencia de la neutralidad laica, un Estado imparcial sería altamente interventor en esta materia.

El razonamiento que Vázquez ofrece a favor de esta postura proviene de un voto recurrente del ministro José Ramón Cossío en el que se sostiene que "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".[6] El ministro sostiene que la Constitución no exige la inacción, sino la imparcialidad. El caso que motiva esta reflexión es el de la solicitud de amparo de un padre de familia con el fin de ampliar el régimen de convivencia con su hija menor para asistir y celebrar con ella las festividades y tradiciones judías. La solicitud apelaba a la Convención sobre los Derechos de los Niños para garantizar "los términos y condiciones idóneas para que la menor pudiera formarse un juicio propio acerca de la identidad y la práctica religiosa judías". El tribunal colegiado negó el amparo con el argumento de que "la autoridad jurisdiccional no puede determinar lo pertinente respecto a la libertad religiosa por impedirlo el principio de laicidad del Estado".[7] En efecto, si la laicidad se entiende como neutralidad, el Estado debe abstenerse de intervenir con el fin de asegurar que la menor goce de las condiciones idóneas para "formarse un juicio propio acerca de la identidad y la práctica religiosa judías". En cambio, si la laicidad se entiende como imparcialidad, el Estado debe corregir la situación de la menor que se encuentra en situación de desventaja dentro de una sociedad mayoritariamente cristiana.

---

6 Vázquez, R., *Democracia…*, *cit.*, p. 13.

7 *Idem.*

Vázquez sigue esta pauta y señala que el Estado debe garantizar "la igualdad en la pluralidad de creencias en el marco de una democracia liberal".[8] Esta idea ha sido muy bien recibida y se ha señalado que la imparcialidad "implica que, en ocasiones, [el Estado] deba remover los obstáculos o barreras que impidan a todas las personas (creyentes y no creyentes) gozar y ejercer su esfera de libertades —incluida la religiosa— de manera libre y plena".[9] De acuerdo con Vázquez, el goce de la libertad religiosa y de convicciones metafísicas debe ser igual para todos los ciudadanos en el sentido de que no deben existir entre ellos asimetrías que el Estado pueda corregir. Según entiendo, la igualdad en cuestión surge entre los ciudadanos en el ejercicio de su libertad religiosa e ideológica. No se trata de mantener la igualdad entre asociaciones religiosas como en la laicidad liberal.

Las preguntas que se plantean son: ¿de qué igualdad se trata?, ¿qué tipos de asimetrías o situaciones desventajosas debe corregir el Estado laico en materia de religión y de convicciones metafísicas?, ¿se trata a acaso de desigualdades en los recursos y oportunidades con que los ciudadanos cuentan para llevar a cabo los ritos y tradiciones propios de su credo religioso o de sus convicciones metafísicas?, o, ¿se trata de desigualdades en los recursos y oportunidades para transmitir a sus descendientes los contenidos de su credo religioso o convicción metafísica, como sugiere el voto del ministro Cossío?, ¿exige la laicidad que el Estado corrija la situación de desventaja en que se encuentran muchos ciudadanos? En una sociedad tan desigual como la mexicana, muchos ciudadanos carecen de los recursos para llevar a cabo tales ritos y tradiciones. ¿Debe el Estado compensarlos para que se encuentren en una situación de igualdad con otros ciudadanos en este respecto? Mi opinión es que no. Ni el estado laico ni ningún estado liberal deben intervenir directamente para corregir este tipo de desigualdades. El Estado debe, ciertamente, asegurar que todos los ciudadanos cuenten con recursos y oportunidades para ejercer sus derechos y libertades. Pero no le compete intervenir directamente para asegurar que los ciudadanos se encuentren en un plano de igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa ni de ninguna otra libertad civil.

La postura de Vázquez hace recordar la distinción que John Rawls traza entre una libertad y el valor de la misma. El "valor" de una libertad, de acuerdo con él, son los beneficios que una persona obtiene del ejercicio de dicha libertad,[10] los cuales pueden ser muy desiguales a pesar de que la

---

8 *Ibidem*, p. 14.

9 Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *op. cit.*, p. 34.

10 Rawls, John, *El liberalismo político*, Madrid, Crítica, 1996, p. 363.

protección de tal libertad sea la misma para todos. Si traducimos a la terminología rawlsiana la postura de Vázquez significa que la protección de la libertad religiosa no es suficiente. Además de ello, es necesario que el Estado laico asegure el valor equitativo de la libertad religiosa y de convicciones metafísicas; es decir, debe asegurar que los ciudadanos puedan obtener los mismos (o aproximadamente los mismos) beneficios del ejercicio de la libertad religiosa o, por lo menos, debe corregir la posición de desventaja en que se encuentren algunas personas en el ejercicio de esta libertad. La imparcialidad exige que el Estado remueva los obstáculos que impiden a las personas beneficiarse de esta libertad de manera equitativa. Esto es lo que significa "garantizar el principio de igualdad".[11]

Sin embargo, esto es exactamente lo que Rawls dice que no debe hacerse en el caso de las libertades civiles —como la religiosa—. Él sostiene que si bien se debe proteger el ejercicio de las libertades civiles, no se debe garantizar su valor equitativo porque ello sería irracional, superfluo y generador de conflictos sociales. Rawls menciona el caso de la libertad religiosa y señala lo siguiente:

> Algunas personas podrían contar, así, entre sus obligaciones religiosas, la de hacer peregrinajes a grandes distancias o la de construir catedrales o templos magnificentes. Garantizar el igual valor de la libertad religiosa supondría en tal caso exigir que tales personas recibieran una provisión especial que les permitiera hacer frente a esas obligaciones… mientras que quienes tuvieran creencias religiosas que no les obligaran sino a modestas demandas de medios materiales no recibirían ese tipo de provisiones… Es manifiesto que tal tipo de garantía resulta socialmente divisoria, un estímulo para la controversia religiosa, si no para la contienda civil.[12]

Además de resultar socialmente divisoria, la propuesta de asegurar el principio de igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa (o de asegurar su valor equitativo para todos los ciudadanos) tiene otras consecuencias importantes. El Estado deja de ser autónomo respecto de la religión en el momento en que se declara competente para intervenir en materia religiosa con el fin de corregir desventajas entre los ciudadanos en el ejercicio de su libertad religiosa. Así concebida, la laicidad del Estado ya no reside en su independencia respecto de la religión. En oposición a lo que Vázquez señala, la imparcialidad laica no es compatible con la privatización de la religión.[13] Por el contrario: las cuestiones religiosas y de convicciones metafísi-

---

[11] Vázquez, R., *Democracia…*, *cit.*, p. 14.

[12] Rawls, J., *op. cit.*, p. 365.

[13] Vázquez, R., "Laicidad…", *cit.,* p. 6.

cas se convierten en materia de intervencionismo estatal. Aunque Vázquez no aclara qué tipo de medidas serían necesarias para garantizar el principio de igualdad en materia religiosa y de convicciones metafísicas, no sería sorprendente que algunos consideren a la educación pública como un instrumento idóneo para ello. De este modo, la educación ya no sería laica en el sentido de la neutralidad laica (es decir, independiente de la religión), sino un instrumento de la imparcialidad, es decir, en un medio para asegurar que los ciudadanos se encuentren en un plano de igualdad en el ejercicio de su libertad religiosa y de convicciones metafísicas. Consecuencias como éstas, a mí, por lo menos, me parecen altamente indeseables.

III. Bibliografía

Goodin, R. y Reeve, A. (eds.), *Liberal Neutrality*, Londres, Routledge, 1989.

Kymlicka, W., "Liberal Individualism and Liberal Neutrality", *Ethics*, Chicago, vol. 99, núm. 4, 1989.

Laborde, Cécile, "On Republican Toleration", *Constellations*, Nueva York, vol. 9, núm. 2, 2002.

———, *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

Patten, Alan, "Liberal Neutrality: a Reinterpretation and Defense", *The Journal of Political Philosophy*, Malden, vol. 20, núm. 3, 2012.

Rawls, John, *El liberalismo político*, Madrid, Crítica, 1996.

Raz, J., *Morality of Freedom*, New York, Oxford University Press, 1986.

Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

Vázquez, Rodolfo, "Laicidad, religión y razón pública", *Diálogos de Derecho y Política*, Medellín, año 2, núm. 4, mayo-agosto, 2010.

———, *Democracia y laicidad activa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

Wall, S. y Klosko, G. (eds.), *Perfectionism and Neutrality*, Maryland, Rowman & Littlefield, 2003.

RAZÓN PÚBLICA, TOLERANCIA E IDIOSINCRASIA RELIGIOSA

Alfonso Ruiz Miguel*

Sumario: I. *Introducción*. II. *Creencias religiosas idiosincrásicas*. III. *La coacción y la libertad de elegir*. IV. *La tolerancia religiosa*. V. *A manera de conclusión*.

I. Introducción

En 2010, por iniciativa del común maestro y amigo Ernesto Garzón Valdés, la Fundación Coloquio Jurídico Europeo organizó una jornada con dos ponencias de Rodolfo Vázquez. Este tipo de encuentros sigue la buena pauta de encomendar siempre una contraponencia que sirva para iniciar el debate. La primera ponencia de Rodolfo versó sobre "Laicidad, religión y deliberación pública" y a mí me tocó corresponder con un texto titulado "La laicidad y el eterno retorno de la religión".[1] El acuerdo sobre los temas de fondo —el deber general de laicidad del Estado y la insuficiente relevancia de las razones religiosas como razón pública común apta para la deliberación democrática— era tan neto que dediqué la mayor parte de mi respuesta a comentar y ampliar nuestra común posición que, salvo precisiones de matiz, compartía sobre todo la línea liberal defendida por Rawls o Dworkin sobre el tema.

La única eventual discrepancia que avanzaba la ponencia de Rodolfo, y a la que yo traté de replicar, versaba sobre un punto: el alcance de la idea de laicidad, donde Rodolfo emprendió la defensa de una posición no de *neutralidad* estatal en materia religiosa, citando un escrito mío que había utilizado aquel término, sino de *imparcialidad*, todo ello con objeto de contraponer una actitud meramente pasiva o de inacción frente a una actitud activa en

* Universidad Autónoma de Madrid.

[1] Los dos textos se encuentran recogidos en Vázquez, Rodolfo *et al.*, *Democracia, religión y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 13-46 y 47-89.

defensa de los derechos fundamentales y de la autonomía de la política frente a la religión. En mi réplica, tras salvar los posibles escollos puramente terminológicos, reconocí rápida y abiertamente que el Estado debe mantener políticas activas, además de referentes a la protección de los derechos básicos, también en relación al fomento de la ciencia, para dedicar un mayor espacio a discrepar sobre las limitaciones constitucionales que en México afectan a los ministros de cultos en el sufragio pasivo y en los derechos de asociación y de expresión en materia política, precisamente apoyándome en la necesidad de garantizar los derechos básicos.

El coloquio no pudo celebrarse en persona y no hubo debate entonces ni, que me conste, respuesta escrita posterior por parte de Rodolfo. No sé por ello hasta qué punto se mantiene viva la anterior discrepancia ni si, sea como sea, tendría mucho sentido que yo dedicara mi contribución en este —por tantas razones— merecido homenaje a insistir nuevamente en un tema sobre el que he reincidido posteriormente y para el que no tengo argumentos adicionales.[2] En cambio, dentro de los comentarios de mi contraponencia sobre la relación entre razón pública y creencias religiosas, he encontrado luego cierta insatisfacción teórica en un punto que invita a una revisión o, al menos, a una profundización. Me alegra pues participar en este digno homenaje, no discrepando con Rodolfo, sino, si acaso, conmigo mismo, o en todo caso, revisando a fondo algo mantenido por mí con ocasión de un diálogo con Rodolfo. No excluyo que así le pueda dar oportunidad de discrepar una vez más conmigo, lo que daría por bienvenido. Pero en un homenaje como éste, que preveo muy nutrido, tampoco me importaría liberarle del trabajo de tener que responderme si no encuentra razón para ello.

II. Creencias religiosas idiosincrásicas

En el debate de 2010 mi argumento central fue que las creencias religiosas no son relevantes ni aceptables como ejercicio de la razón pública por su naturaleza esencialmente idiosincrásica. Permítaseme que reproduzca aquí el argumento por extenso:

---

[2] *Cfr*. Ruiz Miguel, Alfonso, *Laicidad y Constitución*, México, UNAM, 2013, ap. II.2, disponible en: *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3241*; también en una versión corregida como "Libertad religiosa, confesionalidad y laicidad", en Salazar Ugarte, Pedro y Capdeville, Pauline (coords.), *Para entender y pensar la laicidad*, México, UNAM-Cátedra Extraordinaria Benito Juárez sobre laicidad, 2013, t. II.

> …las creencias religiosas carecen de la especial pretensión de objetividad exigible a las proposiciones morales de justicia, esto es, aquellas que en un sistema democrático sólo son imponibles coactivamente tras una deliberación con razones que pretendan ser aceptables para todos. Por verdaderas o válidas universalmente que se consideren por sus creyentes, las creencias religiosas se suelen reconocer, y en todo caso han de reconocerse, como idiosincrásicas y, por tanto, como carentes de dicha pretensión de objetividad, en el sentido de que no son susceptibles de aceptación de forma voluntaria ni racional, sino como producto de un acto de fe, sea por la aceptación incuestionada producto de la educación infantil o sea a partir de un deslumbramiento, conversión o proceso similar idénticamente no racional ni voluntario. Y ese rasgo las convierte en irrelevantes e inaceptables en un debate como el democrático, en el que se pretende imponer decisiones coactivamente vinculantes para todos los ciudadanos.[3]

Me parece que las afirmaciones anteriores plantean un tema importante pero exigen, como he dicho, alguna precisión y profundización. Lo haré mediante una argumentación teórica imbricada en la historia de las principales doctrinas a propósito de la intolerancia y la tolerancia religiosas.

El argumento de la irrelevancia de las creencias religiosas parte de la premisa mayor de que sólo son aceptables en la deliberación pública las razones que pueden pretender ser asumidas racional y voluntariamente. A él se añade la premisa menor de que, en contraste, las creencias religiosas son en último término de naturaleza idiosincrásica porque en su origen se asumen de manera no racional ni voluntaria. La conclusión es que tales creencias no son aceptables como ejercicio de la razón pública. Aunque creo que la premisa mayor y la conclusión de este razonamiento se mantienen en pie, su premisa menor debe articularse de manera mucha más fina.

La consideración primera y esencial que es decisiva para una posición liberal sobre la cuestión de la irrelevancia de las razones religiosas en la deliberación pública no es tanto, al menos inicialmente, la naturaleza involuntaria y no racional de las creencias religiosas como la necesidad inexcusable de su aceptación de manera voluntaria o, lo que es lo mismo, la inexorable incorrección de intentar imponer por la fuerza una creencia religiosa y, por ello, de cualquier criterio sin otro apoyo que el de venir derivado de una creencia religiosa. Es claro que este argumento asume como premisa previa y más o menos implícita que, al menos en un sistema democrático, la deliberación pública es la antesala de una decisión política con alcance jurídico

---

[3] Ruiz Miguel, Alfonso, "La laicidad y el eterno retorno de la religión", en Vázquez, Rodolfo *et al.*, *Democracia, religión y Constitución*, *cit.*, pp. 59 y 60.

y, por tanto, con alguna suerte de imposición coactiva. Así pues, admitir que las razones religiosas entren en la deliberación pública supone, también, proponerlas como posible fundamento del uso de la coacción jurídica en contra de quienes no comparten aquellas razones (salvo que las compartieran de forma unánime, lo que en la práctica es impensable). Es el respeto riguroso a la autonomía individual de los ciudadanos lo que impide aportar criterios religiosos, o propuestas sólo derivadas de ellos, a la discusión pública. Es de interés comenzar a ilustrar este punto con unas referencias históricas a los argumentos básicos en defensa de la intolerancia religiosa, y no sólo por su valor intrínseco para nuestro tema, sino también porque forman parten de un aspecto poco recordado de la cultura cristiana occidental que hoy está volviendo a resucitar con nuevos ropajes, especialmente en el ámbito del fundamentalismo yihadista.[4]

Son bien ilustrativas las dos distintas posiciones que Agustín de Hipona —el primer teorizador importante de la intolerancia frente a los herejes— mantuvo para justificar la persecución de la herejía donatista. La primera es que no habría nada de malo en imponer coactivamente el catolicismo, para él la creencia religiosa verdadera, conforme a dos apelaciones a la autoridad de los textos sagrados: la frase *compelle intrare* ("obligadles a entrar") de una parábola de Jesús, y la violencia con que Dios convirtió a Pablo al cristianismo al derribarlo del caballo.[5] Pocos párrafos más abajo, sin embargo, en un paso en el que Agustín comienza reconociendo la imposibilidad de obligar

---

[4] En mi texto anterior hacía eco de una cita de Dworkin sobre el actual fundamentalismo cristiano, según la cual "[m]uchos conservadores religiosos [...no] creen que la religión sea inaccesible a los ateos, tampoco piensan que el dios al que honran deniegue su gracia a esas personas; piensan más bien que los ateos se niegan con tozudez a abrir sus corazones a la verdad"; véase *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Nueva Jersey, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2006, pp. 64 y 65. No conozco el alcance de estas posiciones, pero me parece claro que buena parte de la estrategia del fanatismo islamista (bien representado por el llamado Estado islámico y por Al Qaeda y sus franquicias) tiende a provocar una expansión del extremismo cristiano occidental a la busca de una grave confrontación de raíces fundamentalmente religiosas.

[5] "Eres de la opinión de que nadie debe ser obligado a seguir el camino recto; pero has leído en Lucas 14:23 que el dueño de la casa les dice a sus siervos: 'A todos los que encontréis, obligadles a entrar [*compelle intrare*]'. También has leído cómo el que primero era Saulo y luego Pablo fue compelido a conocer y a abrazar la verdad mediante la gran violencia con la que Cristo le forzó; pues no puedes negar que la vista de que gozan tus ojos es más preciosa a los hombres que el dinero o cualquier otra posesión; vista que Pablo perdió repentinamente cuando fue arrojado al suelo por la voz del cielo y que no recobró hasta que se convirtió en miembro de la Santa Iglesia. Tú eres de la opinión de que no se debe usar coerción alguna con ningún hombre para librarle de las fatales consecuencias del error, y sin embargo, en ejemplos que no pueden ser disputados, ves que eso es lo que hace Dios, que nos ama con más cuidado que nadie para nuestro provecho"; véase *Carta 93, a Vicente el Rogatista*, núm. 5;

a ser bueno a la fuerza, termina por desmentir tanto su primera posición como esta última afirmación con dos argumentos nuevos y distintos entre sí: por una parte, dice, lo relevante es atender al buen fin que se pretende y no al medio coactivo (lo que sugiere que lo considera malo); y, por otra parte, añade, una coacción suave —"mediante castigos como el destierro o las multas"—[6] resulta ser un medio no sólo idóneo, sino, también justificable para imponer la aceptación voluntaria de la verdad.[7] En síntesis, sea porque la coacción es mala pero el buen fin de la verdad la justifica como medio, sea porque, siendo bueno el fin, tampoco es propiamente mala, lo decisivo es que la coacción, además de ser idónea, resulta legitimada para cambiar la voluntad de las personas en materia religiosa.[8] Al final, la fe impuesta

---

he utilizado la traducción al inglés de Cunningham, J. G., disponible en: *http://www.newadvent.org/fathers/1102093.htm.*

[6] Esta síntesis simplifica y edulcora las penas convalidadas por el obispo de Hipona, pues Pierre Bayle detalla mucho más e incluye azotes, pérdida de la tercera parte de los bienes o despojo total, prohibición de comprar y vender, así como la aprobación de la muerte de los paganos; *cfr. Comentario filosófico sobre las palabras de Jesucristo* «Oblígales a entrar», *en el que se prueba por diversas razones demostrativas que no hay nada más abominable que realizar conversiones a la fuerza, y en el que se refutan todos los sofismas de los que convierten a la fuerza y la apología que San Agustín ha hecho de las persecuciones* [1687], Colomer, José Luis (ed.), Madrid, CEPyC, 2006, pp. 282 y 313.

[7] "Ahora ves por tanto, supongo, que lo que hay que considerar cuando uno es obligado no es el mero hecho de la coerción sino la naturaleza de aquello a lo que es obligado, esto es, si es bueno o malo: no es que uno pueda ser bueno a pesar de su propia voluntad, sino que a través del miedo o del sufrimiento de lo que no desea, o bien renuncie a sus prejuicios hostiles o bien sea obligado a examinar la verdad de lo que él había sido confiadamente ignorante, de modo que bajo la influencia de tal miedo repudie el error que solía defender o busque la verdad que antes desconocía y así que ahora mantenga voluntariamente lo que antes rechazó. Tal vez sería del todo inútil afirmar esto con palabras si no lo demostraran tantos ejemplos. Vemos no sólo unos pocos hombres aquí y allá sino muchas ciudades que antes eran donatistas y ahora son católicas, detestando vehementemente el cisma diabólico y amando ardientemente la unidad de la Iglesia"; *ibidem*, núm. 16; la referencia textual al exilio o las multas, en el núm. 10.

[8] El punto de la idoneidad (sobre el que volveré más adelante en el texto) es muy relevante en Agustín porque reconoce que su opinión había sido originalmente que "nadie debe ser coaccionado a la unidad de Cristo, que debemos actuar solo mediante palabras, luchar solo con argumentos y vencer por la fuerza de la razón, *a menos que quisiéramos tener fingiendo ser católicos fingidos a los que sabíamos herejes confesos*", pero que llegó a la convicción opuesta precisamente por ver la eficacia de la coacción en genuinas conversiones masivas; *cfr. ibidem*, núm. 17. Se comprende que si la razón para oponerse a la coacción religiosa era puramente de eficacia, el cambio de criterio no es tan drástico como si la razón hubiera sido de carácter ético. En todo caso, lo decisivo en el asunto es que Agustín termina considerando a la coacción religiosa como legítima, para lo que la creencia en su idoneidad, para una conversión auténtica es meramente una condición necesaria. Sobre ello, véase la pertinente crítica de Bayle, *Comentario...*, *cit.*, pp. 271 y ss.

coactivamente puede terminar siendo producto de una convicción libre, siempre, naturalmente, que se trate de la verdadera fe, pues la *libertas erroris* es lo peor para la muerte del alma.[9]

El cristianismo hegemónico sentó así las bases para el paso ulterior, luego abiertamente defendido por Tomás de Aquino, de justificar la máxima coacción física de la condena a muerte en la hoguera de los herejes recalcitrantes, esto es, de quienes habiéndose apartado y vuelto una vez a la Iglesia católica se apartaban una segunda vez, arrepentidos o no. Siempre con un apoyo cardinal en argumentos de los Evangelios y sus comentaristas, en especial del citado *compelle intrare*, Aquino distingue entre judíos y gentiles por un lado, que no habiendo aceptado nunca la fe católica "de ninguna manera deben ser forzados a creer", y herejes y apóstatas por otro, que sí recibieron esa fe, y conservando algo de ella, "deben ser forzados, incluso físicamente, a cumplir lo que prometieron y a mantener lo que una vez aceptaron".[10] Es significativo, además, que a diferencia de Agustín, Aquino no se plantee siquiera la cuestión de la legitimidad de esta coacción contra el hereje, seguramente por considerar, sin más, que la fe católica, una vez profesada, es producto de una buena voluntad libre, mientras que la herejía implica apartarse de tal fe mediante un acto voluntario pero malo y desviado.[11] La conclusión, indudablemente lógica es que no hay problema alguno en obligar al hereje a ser verdaderamente libre volviendo al catolicismo o en castigarle cuando ha violado de forma voluntaria y pertinaz su libre compromiso con la verdad.

III. La coacción y la libertad de elegir

A pesar de cierta diferencia de enfoques a partir de una misma fundamentación religiosa, la esencia de la posición de Agustín y Aquino es común: no hay libertad de salida de la religión verdadera, siendo lícita la coacción contra esa salida porque, si toda creencia religiosa procede de un

---

9 "Quae est enim peior mors animae quam libertas erroris"; *Epístola 105*, núm. 10.

10 *Suma teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1965, IIaIIae, pp.10-18.

11 "Dice efectivamente San Jerónimo, y lo recoge el *Decreto*: *Herejía, vocablo griego, significa elección; es decir, que cada uno elige la disciplina que considera mejor*... quien profesa la fe cristiana tiene voluntad de asentir a Cristo en lo que realmente constituye su enseñanza. Pues bien, de la rectitud de la fe cristiana se puede uno desviar de dos maneras. La primera: porque no quiere prestar su asentimiento a Cristo, en cuyo caso tiene mala voluntad respecto del fin mismo. La segunda: porque tiene la intención de prestar su asentimiento a Cristo, pero falla en la elección de los medios para asentir, porque no elige lo que en realidad enseñó Cristo, sino lo que le sugiere su propio pensamiento"; *ibidem*, IIaIIae, pp. 11-21.

acto voluntario, la voluntad de apartarse de la fe verdadera no es válida ni relevante (¿por qué, en cambio, se rechaza la coacción para convertir a gentiles y judíos?, ello no deja de ser incoherente). Pues bien, la irracionabilidad de esta posición, por decirlo en términos de Rawls, no está en la consideración de las creencias religiosas como voluntarias —sobre lo que he de volver enseguida—, sino en la negación de la libertad para profesar una creencia estimada falsa y la consiguiente imposición por la fuerza estatal de la que se considera verdadera: no hay libertad para el error, vendría a resumir esta doctrina en 1888 el papa León XIII en su encíclica *Libertas*.

No es casual que los defensores de la tolerancia religiosa en la época de la Reforma dirigieran su argumentación deontológica fundamental contra la anterior doctrina de los teólogos católicos, secundados en aquella época por muchos protestantes. En los tres grandes defensores de la libertad de conciencia del siglo XVII, Roger Williams, Pierre Bayle y John Locke, se repite un motivo común que tiene una doble vertiente; por un lado, la idea de la libertad de conciencia, conforme a la cual la adopción o el abandono de una creencia o de una Iglesia deben estar exentas de toda coacción externa y quedar en el ámbito de la convicción y, por tanto, de la libre aceptación por las vías de la persuasión, la enseñanza o el ejemplo[12] (cabe añadir que en esta doctrina tiene un peso muy relevante, como razón auxiliar, la consideración opuesta al fundamentalismo de Agustín y Aquino, de que las creencias religiosas no tienen el estatuto de una verdad dogmática, sino que están marcadas por la duda y la consciencia de la falibilidad humana);[13] por otro lado, el principio de separación entre Iglesia y Estado, conforme al cual el magistrado civil está legitimado para castigar cualquier conducta dañosa, pero no para intervenir coactivamente en asuntos o disputas religiosas, salvo para garantizar la paz civil.[14] Tal vez la síntesis literariamente más sugestiva de tales ideas, como siempre con refuerzos religiosos, la propuso Roger Williams en el siguiente texto:

> Hay tres formas de tomar la espada: primero, por crueldad asesina, tanto por personas privadas o públicas, sean Estados o Sociedades, imbuidos por la ira o la venganza de unos contra otros.

---

[12] *Cfr*. Williams, Roger, *El sangriento dogma de la persecución por causa de conciencia* [1644], Blázquez Martín, Diego (ed.), Madrid, CEPyC, 2004, esp. caps. III, LXXIV y XCIV; Bayle, *Comentario*..., *cit.*, esp. pp. 50, 52, 119, 122, 158, 196 y ss., y 289-292; y John Locke, *Carta sobre la tolerancia* [1690], Bravo Gala, Pedro (ed.), Madrid, Tecnos, 1991, esp. pp. 6, 7, 12, 13 y 17.

[13] *Cfr*. Williams, R., *op. cit.*, cap. LXXIV; Bayle, *op. cit.*, p. 184; y Locke, *op. cit.*, pp. 12 y 28.

[14] *Cfr*. Williams, R., *op. cit.*, esp. caps. XXXIX, XL, XLIV, XLV, LII, XCIV, CI, CXXV...; Bayle, *op. cit.*, esp. pp. 174 y 175, 189-192 y 335-338; y Locke, *op. cit.*, pp. 8, 9, 11, 23 y 65.

> En segundo lugar, una forma justa y correcta de tomar la espada es para castigar a los ofensores de la Paz civil, tanto en casos ordinarios, personales o privados, o más públicos, como es el caso de los Opresores, los Tiranos…
>
> En tercer lugar, hay una tercera forma de tomar la espada, que es la que Cristo prohibió a Pedro cuanto éste le vio en peligro: desenvainar la espada por razón de Cristo y su Evangelio.[15]

Junto a la anterior argumentación, que en último término se fundamenta en el respeto a la autonomía de los individuos en la esfera religiosa, los tres defensores de la tolerancia coinciden también en un segundo argumento, históricamente certero: la afirmación de carácter consecuencialista de que si la intolerancia y las persecuciones religiosas son causantes de guerras y conflictos civiles, la tolerancia religiosa es el mejor caldo de cultivo de la paz civil.[16] Este argumento también sigue siendo hoy perfectamente asumible por el pensamiento liberal, pues conecta el principio de razón pública al modo de Rawls con la necesidad de estabilidad política en la medida en que el riesgo de conflictividad de las razones religiosas añade una buena razón para excluirlas de la deliberación pública.

En las anteriores ideas, que constituyen el núcleo de la discusión entre intolerantes y tolerantes en materia religiosa, no parece tener relevancia el criterio de la idiosincrasia de las creencias religiosas que destaqué en el escrito del que he partido, si bien de una manera algo confusa que ahora es momento de aclarar. Allí identifiqué la idiosincrasia de las creencias religiosas con dos ideas distintas que pueden y deben separarse conceptualmente: de un lado, la imposibilidad racional de pretensión de objetividad, en el sentido de que no es razonable mantener la aceptabilidad general de cualquier creencia que consideramos peculiar o privativa nuestra o del grupo al que pertenecemos, como la prohibición de mi religión de comer un tipo de alimento; la obligación de rezar en ciertos momentos o de llevar ciertas vestimentas; la prohibición del aborto, porque creo que mi Dios insufla el alma desde el momento de la concepción; la consideración de la mujer como sometida al hombre, conforme al relato bíblico de la costilla de Adán; etcétera: podemos denominar a este significado *idiosincrasia de la creencia*. Por otra parte, el origen último de la creencia religiosa, en cuanto basada en un acto de fe y no de razón generado en un proceso no voluntario, como la educación infantil, la fascinación hacia una persona o conducta

---

[15] Williams, *op. cit.*, cap. CXXXVIII, p. 291 (he eliminado las varias cursivas originales, que entorpecen la lectura).

[16] *Cfr*. Williams, *op. cit.*, esp. caps. IX, XVII, LXXXVII y CI; Bayle, *op. cit.*, pp. 28, 29, 65, 113 y ss., 185, 186, 267 y 268; y Locke, *op. cit.*, pp. 57, 58, 60, 61 y 63.

ejemplar, la conversión por deslumbramiento, etcétera; este otro significado puede denominarse *idiosincrasia del origen*. En realidad, este segundo sentido de creencia idiosincrásica, que presupone el primero pero le añade un rasgo que lo hace más restrictivo, no es estrictamente necesario —aunque pueda no ser superfluo— para fundamentar la libertad religiosa. Basta el primero para distinguir relevantemente entre las creencias religiosas (así como las de virtud personal) y las creencias básicas de justicia, que en la medida que se consideran imponibles a otros mediante la coacción de los códigos penales han de tener racionalmente la pretensión de ser objetivas o admisibles para cualquiera (siempre con la salvedad de que, lo impuesto en principio por la fuerza en la sanción de los delitos es la conducta que traslada la creencia a la realidad y no tanto la creencia misma, salvo —siempre de modo indirecto o concomitante a la sanción de la conducta— para atender a la existencia de intencionalidad, o, para agravar o atenuar la sanción conforme a la mayor o menor maldad de las motivaciones). Y, del mismo modo que alguien que a partir de un cierto temperamento innato ha cultivado deliberadamente un tipo peculiar de carácter no deja por ello de mantener su idiosincrasia, tampoco es necesario postular que las creencias religiosas son "no-voluntarias" ni "racionales" para mantener que son genuinamente idiosincrásicas y que, por tanto, no deben pretender imponerse a terceros contra su voluntad. El punto invita de nuevo a una ilustración histórica.

IV. La tolerancia religiosa

En sus defensores clásicos, el argumento decisivo y central en favor de la tolerancia religiosa es la necesidad de respetar la autonomía individual que no daña a otros, en nuestro caso, la voluntad de mantener o de adoptar estas o aquellas creencias en materia religiosa por convicción y con independencia de la posible naturaleza involuntaria y "no-racional" de su origen. Sin embargo, la idiosincrasia del origen no deja de aparecer en su argumentación, aun con distintos acentos, como una razón adicional para reforzar la exclusión de la coacción. Así, Roger Williams también alega que la fe es un regalo de Dios sin el cual la espada sólo serviría para fomentar una conversión hipócrita;[17] Bayle afirma que en cuanto admitimos que "no somos dueños de nuestras ideas y que una ley eterna nos prohíbe traicionar nuestra conciencia..., no se puede sino sentir horror" hacia quienes torturan

[17] Williams, *op. cit.*, cap. XL, p. 92.

a otro por querer seguir tales ideas;[18] y, en fin, Locke también advierte que "es absurdo que las leyes impongan cosas que los hombres no tienen poder para cumplir" cuando "creer que esto o aquello es verdad no depende de nuestra voluntad".[19]

Ahora bien, a pesar de partir del mismo punto, Williams y Locke están afirmando algo muy distinto que Bayle: mientras los dos primeros sostienen la imposibilidad, en un sentido claramente fáctico, de la conversión por fuerza; en cambio, Bayle está haciendo un juicio moral sobre la inadmisibilidad de las conversiones forzosas y del castigo al hereje.[20] Pues bien, mientras el juicio de Bayle puede ser pertinente (aunque, como he dicho, "no-necesario" ni decisivo pues las conversiones forzosas y el castigo por motivos religiosos serían inadmisibles en todo caso), el argumento de Williams y Locke está lejos de ser plenamente convincente.

Aunque se trata de una cuestión compleja, en la medida en que es difícil evaluar los efectos íntimos de los procesos de conversión forzada, es posible que en este concreto asunto el punto de vista de Agustín de Hipona, también antes comentado, estuviera más en lo cierto que el de Roger Williams y John Locke. Es verdad que la propia historia del cristianismo primitivo, en la Roma imperial, muestra fehacientemente la posibilidad de fracaso de las persecuciones religiosas.[21] Pero, en general, sin que se pueda negar el fenómeno de los convertidos fingidos, tampoco cabe excluir la gran eficacia de las persecuciones y las conversiones forzadas masivas y sistemáticas, especialmente en generaciones sucesivas a la inicial. Me parece que en esto ocurre algo similar a la cuestión de la eficacia de la pena de muerte: mientras esa eficacia es debatible, y probablemente muy baja, en aplicaciones esporádicas y legales, es difícil discutir su capacidad de aterrorizar mediante su aplicación masiva y sistemática en situaciones de ocupación bélica y similares. Entre los varios ejemplos históricos que podrían aducirse, del cristianismo medieval a los inicios del Islam, baste mencionar el exterminio de herejías como la donatista o la cátara o la conversión al catolicismo de las poblaciones indígenas latinoamericanas, esta última llevada a cabo por el procedimiento combinado de la predicación persuasiva de los frailes con el

[18] Bayle, *op. cit.*, II parte, cap. VI, p. 193.

[19] Locke, *op. cit.*, p. 48.

[20] No obstante, Bayle también viene a afirmar en otros lugares una tesis similar a la de Williams y Locke, por ejemplo, "Forzar a hacer el bien es un enunciado contradictorio"; *cfr. Comentario...*, *cit.*, p. 356.

[21] Pierre Bayle, sin embargo, argumenta sensatamente que la supervivencia del cristianismo puede explicarse por los largos periodos de tolerancia y, sobre todo, porque los emperadores romanos no se empeñaron lo suficiente en destruirlo; *ibidem*, p. 33.

respaldo de la dominación militar de los conquistadores, tras socavar o debilitar la religión originaria mediante el sometimiento a las élites políticas y religiosas indígenas. Por si alguien duda del carácter coercitivo del proceso, le recuerdo la frase atribuida a Al Capone: "Se puede conseguir más con una palabra amable y una pistola, que sólo con una palabra amable". Por lo demás, todo proceso educativo en la infancia, y también el religioso, tiene siempre un cierto componente coactivo (aunque seguramente variable, conforme a momentos y creencias), sin que haya posibilidad de dudar del rotundo éxito histórico de la transmisión de creencias en materia religiosa por ese medio.

V. A manera de conclusión

En suma, por sintetizar el recorrido anterior, la razón por la que desde un punto de vista liberal las creencias religiosas deben ser preservadas de la coerción y, a la vez, por la que la deliberación pública democrática que justifica la coerción jurídica debe ser preservada de las creencias religiosas es de manera eminente el respeto a la autonomía individual y, como argumento adicional, el potencial de conflictividad y riesgo para la estabilidad política que alienta tras las disputas religiosas. El argumento de la autonomía resulta reforzado por la consideración de la religión como creencia idiosincrásica, en el sentido de que las creencias religiosas, por su carácter peculiar y privativo, sólo deben valer para sus propios creyentes, quienes no pueden pretender imponer tales creencias por la fuerza. A modo de hipótesis conclusiva, si además ese carácter peculiar y privativo de las creencias religiosas caracterizara también el origen de tales creencias por derivar o depender de procesos de convicción no voluntarios ni racionales se duplicaría, por así decirlo, el carácter idiosincrásico de tales creencias añadiéndose una razón más para negar su pretensión de aceptabilidad respecto de terceros y, por tanto, en la deliberación pública.

EDUCACIÓN Y MERITOCRACIA

Fabio VÉLEZ*

A Rodolfo, por su hospitalidad

> "Whenever you feel like criticizing any one", he told me, "just remember that all the people in this world haven't had the advantages that you've had".
>
> F. SCOTT FITZGERALD, *The Great Gatsby*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Revisitando "Igualdad y educación"*. III. *La herencia como transmisora de tipos de capital*. IV. *Postura fuerte*. V. *Postura débil*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuestionar o tan sólo reivindicar la posibilidad de repensar un término tan consagrado entre nosotros como el de meritocracia genera, antes incluso de ser escuchado, un natural recelo en el auditorio. De hecho, es más que probable que ante semejante tesitura cualquier ponente se viera en la obligación, retórica si se quiere, de tener que improvisar alguna suerte de *captatio benevolentiae* o, en román paladino, de excusa o preterición. Y es que, es menester reconocerlo, en nuestras exhaustas "sociedades de rendimiento"[1] no ha lugar

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

[1] Chul-Han ha advertido lúcidamente cómo el neoliberalismo del siglo XXI habría creado "sociedades de rendimiento" donde la mayoría de los sujetos, bajo la etiqueta de emprendedores (a pesar de su condición de asalariados), se hacen explotar a sí mismos, *i. e.*, sin coacción externa, véase *La sociedad del cansancio*, trad. de A. Saratxaga, Barcelona, Herder, 2012, pp. 25-32.

a suspender, si quiera por un momento, un valor improfanable como el de meritocracia.

Lo que me gustaría analizar de la mano del profesor Vázquez es la pertinencia o impertinencia de su uso.

Les adelanto ya, ante las previsibles suspicacias que una tarea como ésta pudieran despertar, que quien aquí les habla comparte igualmente con los presentes cierta incomodidad al someter a escrutinio un ídolo que tomaba hasta hace bien poco por evidente y necesario. Pero como es bien sabido, en ocasiones, resulta del todo sano ocuparse y preocuparse por aquello que normalmente descartamos por pertenecer al sentido común.

Desde hace un tiempo para acá he venido percibiendo que hay un catálogo de términos (democracia, soberanía, representación… entre los cuales se encuentra, sí, la meritocracia) que no parecen corresponderse o encajar del todo con la realidad.[2] Términos que, si me permiten el juego, uno sentiría la necesidad de escribir bajo comillas o de pronunciar acompañándolos de un guiño. Curiosamente para el caso, de todos ellos el que más ha resistido a esta distancia irónica ha sido precisamente el de meritocracia.

Pues bien, tras analizarlo detenidamente y sin descanso, la relectura Piketty y su afamado volumen de historia económica, *El capital en el siglo XXI,* me ha posibilitado despejar y articular la incómoda desazón que hoy, si estoy afortunado, pretendo participarles.

Procedamos, pues, sin digresión. Lo que Piketty destapa en su libro, aunque luego no despliegue (y de esto nos ocuparemos más adelante), es que, por un lado, no disponemos de evidencia empírica —o *no* al menos en los últimos doscientos años, tiempo más que razonable— para defender ningún ascenso en lo que a la meritocracia se refiere; por otro, y en razón de lo anterior, que esta misma meritocracia, correctamente analizada, no deja de ser un anhelo específico de nuestra condición moderna y democrática.[3]

---

[2] G. Lakoff señala que, tal vez, el problema no sea entre lenguaje y realidad, sino entre "enmarcados" (*frames*) profundos dependientes de valores antagónicos, véase *The Political Mind*, Nueva York, Penguin, 2009, p. 189. Aun aceptando la interesante hipótesis, *creo* (es una intuición) que el marco no podría garantizar —y no me refiero a lo que Lakoff denomina "bi-conceptualidad", *i. e.*, a la idea de que un individuo pueda compartir varios marcos— la univocidad dentro de sus lindes.

[3] Esta aspiración no tenía sentido bajo el Antiguo régimen, donde el incuestionable estatus aristocrático se obtenía por herencia y filiación; en suma, nepóticamente. Ahora bien, tras el punto de inflexión que supone la Revolución francesa, el proyecto democrático no puede sino eliminar de su lenguaje la aristocracia adscrita, teniendo que ceder el paso a una meritocracia adquirida. Recuérdese a este propósito el artículo 6o. de la *Declaración de los*

A mi entender, la confusión a la hora de manejar este concepto, y de medir con justeza su pertinencia o no, tendría que ver precisamente con distinguir apropiadamente la realidad del deseo, es decir, con prevenirse ante un cierto *bovarismo*, y no caer en la tentación especiosa de mezclar *ilusión* y *esperanza*. De este modo, la resistencia surgiría al utilizar un concepto que no encuentra correspondencia en el presente, pero que en principio nadie, bajo ciertas condiciones (y todo se jugará en estas condiciones), se negaría a aceptar en otro contexto, ahora sí, indefectiblemente por venir.

II. Revisitando "Igualdad y educación"

La propuesta que pretendo aflorar hoy nace de la lectura de la *opera prima* del profesor Rodolfo Vázquez, *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático* (1997).

En concreto, el apartado en cuestión que me gustaría revisitar en su compañía es el ubicado en el capítulo III, 1, 1.1., titulado: "Igualdad y educación". El interés por este epígrafe obedece a una observación perogrullesca, y tal vez por ello en general desatendida, que viene a decir poco más o menos que la sociedad suele coincidir en el hecho de que debería tratarse de forma igual a todos sus miembros, aunque discrepe, sin embargo, en los criterios y las prioridades.[4]

El profesor Vázquez comenzaba este epígrafe presentando las múltiples opciones a la hora de conjugar la igualdad, la educación y la justicia, a saber: la igualdad ante la ley, la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados. Una vez expuesta la tríada, Vázquez mostraba un especial interés, sin menospreciar las restantes, por la segunda de ellas:

> No es mi propósito hacer un análisis minucioso de cada una de éstas. Sin embargo, sin dejar de hacer mención a la igualdad frente a la ley y reconocer la enorme importancia del debate contemporáneo en torno a los criterios de justicia distributiva, pienso que resulta más provechoso dedicar un mayor espacio al tratamiento de la igualdad de oportunidades en la educación.[5]

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella [la ley], son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos".

[4] Nagel, T., *Igualdad y parcialidad*, trad. de J. F. Álvarez, Barcelona, Paidós, 1996, p. 69.

[5] Vázquez, R., *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*, México, Fontamara, 2010, p. 123.

Pues bien, tras reconocer al poco que un derecho igualitario a la educación exigiría un reconocimiento sustantivo y no meramente formal, y cuya traducción material reclamaría un Estado con deberes positivos, el profesor Vázquez se adentraba en el escurridizo asunto de la meritocracia: "En la práctica, la igualdad de acceso se traduce en la eliminación de discriminaciones injustas y, positivamente, en la estricta consideración de los méritos. Ésta es la forma de igualdad de oportunidades que satisface el modelo tradicional de la meritocracia".[6]

Interesa —y mucho— este aspecto, ya que como el propio autor advertía, la igualdad de oportunidades, a su vez, se subdividía en dos partes: el acceso y el punto de partida. La distinción no era bagatela o asunto menor pues, cuando correctamente escrutada, la igualdad de acceso —la que habríamos contemplado hasta el momento— sólo sería garante, por sí sola, de una parte de esta igualdad mayor. O mejor dicho, faltaría aún por incluir, para completar debidamente la ecuación, la igualdad en el punto de partida, es decir, no sólo la que velaría por garantizar las reglas del *fair play* en la competición, sino la que tendría que revisar, y llegado el caso corregir, la situación en la línea de salida: "[La igualdad de oportunidades en el punto de partida] trata de corregir las desigualdades en los méritos derivada de la situación familiar y social, especialmente en sus aspectos económicos y culturales".[7]

En este estadio, y cuando parecía que la igualdad de oportunidades se imponía como un modelo sin fisuras, cuando todo apuntaba a que se había alcanzado prácticamente el equilibro perfecto, el profesor Vázquez, ayudándose de un célebre pasaje de *La teoría de la justicia* de Rawls, aventuraba una posible complicación, una objeción en definitiva, a la propuesta previamente desplegada: "Aun aceptando que se pueda lograr una igualdad de oportunidades sustantiva, se alcanzaría un sistema que conlleva un componente de arbitrariedad y, por lo tanto, de «injusticia», en tanto que permite, en términos de Rawls, «la lotería de los talentos naturales»".[8]

Si recapitulamos al tenor de los pasajes citados y de la marcha argumentativa podríamos dejar en claro lo siguiente: la igualdad de oportunidades que, es importante señalar, sólo sería capaz de corregir desigualdades en los méritos fruto de la situación familiar y social, nunca la suerte de los talentos o dones naturales, en último término, y como confiesa el profe-

---

6 *Ibidem*, p. 126.

7 *Ibidem*, p. 136.

8 *Ibidem*, p. 138.

sor —al hilo del trilema de Fhiskin—, "se suaviza aunque no se resuelve definitivamente".[9]

III. La herencia como transmisora de tipos de capital

Acerquémonos al primer asunto polémico; aquel en el que, juiciosamente, se aventuraba una suavización de la desigualdad, aunque no una resolución definitiva. En este punto, sea todo dicho (y referido con el máximo cariño), se le podría reclamar al doctor Vázquez haber abundado algo más en esta cuestión de espinosas aristas.

La "sociología de la educación" ha dedicado varios e interesantes estudios para desmontar precisamente, no sólo la "igualdad formal" en la educación, sino, la igualdad de oportunidades. En este sentido, el auxilio de Bourdieu-Casseron y en concreto de *Los herederos* (1964) podría brindarnos una especial ayuda. El propósito de éstos, para hacerlo breve, no era otro que explicitar el peso incorregible que la familia ejercía en la transmisión de los diferentes tipos de capital, es decir, no sólo el económico sino también, y *sobre todo*, el social y cultural.[10] El asunto era complejo y delicado ya que, al heredarse de manera discreta (al ser una herencia, digamos, invisible socialmente), discriminaban a la postre y sin levantar sospechas en perjuicio de los más desafortunados. Según Bourdieu-Casseron, precisamente por mor de lo anterior, las desigualdades sociales terminaban traduciéndose en privilegios (no sólo económicos) que reaparecerían transmutados en forma de méritos: "La ceguera frente a las desigualdades sociales condena y autoriza a explicar todas las desigualdades —particularmente en materia de éxito educativo— como desigualdades naturales, desigualdades de talentos".[11]

---

[9] *Idem.*

[10] Para el caso mexicano, como señala R. Raphael: "El informe de *Movilidad social en México 2013*, del Centro de Estudios Espinosa Yglesias, asegura que 6 de cada 10 profesionistas tuvieron un padre que antes logró un título de licenciatura; si el progenitor estudió sólo preparatoria, su hijo tendrá una posibilidad sobre tres de hacer una carrera. En contraste, si el papá hizo estudios de primaria, su hijo contará únicamente con el 12% de probabilidad… Mucho de lo que hacen los seres humanos ocurre primero por imitación [por *habitus*, diría yo bourdieurianamente]: si en la casa donde se nació se valora el estudio, es altamente probable que los hijos sean estimulados para cursar una buena escolaridad", *Mirreynato. La otra desigualdad*, México, Booket, 2015, pp. 260 y 261.

[11] Bourdieu, P. y Passeron, J. C., *Los herederos: los estudiantes y la cultura*, trad. de M. Mayer, México, Siglo XXI, 2012, p. 104. Como dejaba patente en otro de sus recomendables libros,

Esta lógica obviamente ponía en un serio brete la factibilidad de una igualdad en el punto de partida, así como de sus medidas para lograrlo (discriminación inversa, acciones afirmativas, etcétera), pues resultaba ciertamente arduo imaginar cómo el Estado, sin caer en autoritarismos morales, podría suplir el papel de la familia en este sentido.

Abordemos, ahora, el segundo; es decir, aquel relativo a la "lotería natural" rawlsiana. Sorprendía también en este punto que el profesor Vázquez no hubiera continuado las aceradas consecuencias que necesariamente toda herencia entrañaba en su arbitrariedad. Recuerden lo que Rawls esgrimía:

> No merecemos el lugar que tenemos en la distribución de los dones naturales, como tampoco nuestra posición social en la sociedad. Igualmente, problemático es el que merezcamos el carácter superior que nos permite hacer el esfuerzo por cultivar nuestras capacidades, ya que tal carácter depende, en buena parte, de condiciones familiares y sociales afortunadas en la niñez, por las cuales nadie puede atribuirse mérito alguno. La noción de mérito no puede aplicarse aquí.[12]

Con este pasaje, todo hay que decirlo, Rawls estaba socavando las condiciones para cualquier escenario meritocrático. Y, en efecto, de manera poco menos que magistral, reducir el mérito a capricho del azar era la estrategia perfecta para relegarlo del debate.[13] En este sentido, era cuestión de tiempo desprender el natural corolario, a saber, que la distribución originaria, correctamente examinada, no era ni justa ni injusta, en consecuencia, que lo único que con propiedad podría calificarse en este sentido sería el modo en el que las instituciones actuasen al respecto.[14] Se comprendía así también que Rawls, acto seguido, tuviera que corregir esta discordancia mediante el "principio de diferencia", es decir, canalizando las diferencias

---

El amor al arte, el gusto artístico no era un don natural repartido casualmente entre las clases distinguidas sino, antes bien, fruto de una continuada educación del juicio estético.

[12] Rawls, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 106.

[13] M. Sandel ha reconstruido magistralmente las diferentes maneras de gestionar ese reducto genuino (o no) del individuo, desde el debate Rawls-Nozick, véase *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de M. Melón, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 91-134.

[14] No estoy del todo convencido de que la segunda parte, la referida a la "posición social", sea una cuestión allende la justicia, pues —dicho con palabras de H. Putnam— la pobreza no deja de ser algo que hace la gente a la gente. *Los rostros de la injusticia* de J. Shklar podría abrir un interesantísimo debate a este respecto.

ventajosas en pro del beneficio común y, por ende, en favor de los más desfavorecidos.

Ahora bien, la cita no se detenía ahí; esta continuaba haciendo hincapié en la labor indeleble que la fortuna *familiar* y *social* imprimían en la infancia para, por así decir, actualizar la potencia *natural*. El hecho que el aspecto natural fuera rebajado a condición necesaria, pero ya no suficiente, despejaba una grieta por la cual empezar a sospechar de la pureza de la "lotería natural". O dicho con Bell:

> Todo esto hace que la cuestión de la relación entre la inteligencia y la herencia genética sea muy delicada. ¿La inteligencia se hereda en gran medida? ¿Se puede elevar la inteligencia nutriéndola? ¿Cómo se pueden separar la capacidad y el empuje innatos del perfeccionamiento logrado a través de la educación?[15]

Las preguntas, nada inocentes de Bell, nos permitirían incluso dar un giro de tuerca a la "lotería natural". Pues, como él mismo dejaba entrever, tal vez pudiera darse el caso de que la inteligencia se cultivara.[16] ¿Y si ese fuera el caso? ¿Qué consecuencias acarrearía?

IV. Postura fuerte

Soy de la opinión de que el concepto de meritocracia tiene el propósito general de conciliar un oxímoron, a saber, el de democracia y capitalismo. Y lo cierto es que esta misión "diplomática", por utilizar una metáfora, ha acompañado como una sombra al término desde su aparición. No es casual, por ende, que M. Young —padre del término— ya denunciara en su libro *The Rise of Meritocracy* (1958),[17] no sólo los abusos cometidos en su nombre, sino los que peligrosamente habrían de seguir.

---

[15] Bell, D., *The Coming of Post-Industrial Society*, New York, Basic Books, 1973, p. 411.

[16] Mientras escribo este texto, leo un artículo en el periódico que recoge los resultados de un macro-estudio dirigido por D. Benjamin y publicado en *Nature*, que refleja la escasa impronta de los genes, en comparación con el entorno, para el éxito educativo, véase Sampedro, J., "¿Fracaso escolar? No culpen a los genes", *El País*, Madrid, 11 de mayo de 2016. No deja de llamar la atención que años antes, la CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales) publicara un estudio defendiendo las tesis contrarias, con miras a una reforma educativa y a una reducción del presupuesto público, véase Abellán, L., "La CEOE ve en los genes la clave del éxito escolar", *El País*, Madrid, 22 de junio de 2011. Sobre el poder lamentable que ejerce la patronal empresarial en la educación superior, véase Fernández Liria, C. y Serrano, C., *El Plan Bolonia*, Madrid, Libros de la Catarata, 2012.

[17] Según todo parece, M. Young habría acuñado el término "meritocracia".

Para los interesados, Young alertaba en su escrito de las funestas consecuencias de hacer regir una sociedad bajo el único y estrecho criterio de la meritocracia. Según él, la fórmula del éxito (*Intelligence* + *Effort* = *Merit*) terminaba materializándose en una élite de dirigentes que, si bien rigurosamente seleccionados por *tests* de inteligencia y rendimientos académicos, ocultaba en su seno un elemento irreductiblemente oprobioso. Y esto se hacía evidente, no tanto porque el ascenso social de las estratos más desfavorecidos fuera marginal, sino porque el descenso de las clases más beneficiadas no parecía tener lugar.[18] Pero había más y peor, pues el sistema educativo, lejos de constituir la plataforma ejemplar en la que diluir estas diferencias, lejos en suma de promover una meritocrática movilidad social,[19] estaría antes al contrario favoreciendo su reproducción. Habríamos creado una educación —pública o privada— notoriamente excluyente y, lo que es, si cabe peor, afín a una ideología de claras reminiscencias sociodarwinistas. Y es que, ¿acaso la naturaleza no era sabía en la elección de los más aptos?

> Ahora que las personas son clasificadas en virtud de su habilidad, la distancia entre clases se ha incrementado inevitablemente. Las clases altas ya no vacilan ni se cuestionan su status. Hoy los elegidos dan por sentado que su éxito es la justa retribución a su capacidad, a sus genuinos esfuerzos… Hoy, la élite asume que los inferiores socialmente son de hecho inferiores.[20]

Lo que cabe rescatar de este cuadro distópico, al menos para el examen que estamos ensayando, es el haber puesto de manifiesto tanto la parcialidad con la que se delimita el mérito, cuanto la complicidad del sistema educativo para reproducirlo y justificarlo. En primer lugar, porque la noción de inteligencia que criticaba Young —y, ¡que todavía funge en la mayoría de las escuelas!— es harto restringida, como denodadamente y desde hace décadas vienen denunciando psicólogos y pedagogos.[21] En segundo, porque como apenas empezamos a vislumbrar, no está del todo claro qué parte de esa inteligencia sea natural o cultivada. Y en tercer y último lugar, componiendo las anteriores, porque al no contemplar la escuelas (y subsi-

---

[18] Young, M., *The Rise of Meritocracy*, Nueva Jersey, Transaction Publishers, 1996, p. 88.

[19] Véase, Boudon, R., *La desigualdad de oportunidades. La movilidad social en las sociedades industriales*, Barcelona, Laia, 1990.

[20] Young, M., *op. cit.*, p. 97. Si no ando errado, es posible advertir en esta argumentación un claro "sesgo de resultado", véase, Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. de J. Chamorro, Barcelona, Debate, 2013, pp. 266 y ss.

[21] Véase por ejemplo Gardner, H., *Frames of Mind. The Theory of Multiple Inteligences*, Nueva York, Basic Books, 1993.

diariamente, los Estados) estos sesgos y, consiguientemente, al no ponerles remedio alguno,[22] estarían inequívocamente facultando una segregación que, ironía cruel donde las haya, situaría en un segundo plano la variable realmente imparcial para el éxito, a saber, el *esfuerzo*.

Este era el diagnóstico de Young, con el paso de las décadas, y arrepentido de su propuesta:

> Las habilidades de tipo convencional, que solían estar distribuidas entre clases de forma más o menos aleatoria, se han venido concentrado en una sola clase gracias a la maquinaria educativa… con una increíble batería de certificados y titulaciones a su disposición, el sistema educativo ha dictado aprobación para una minoría… esta nueva clase tiene todos los medios a su alcance, y en gran parte bajo su control, por la que se reproduce a sí misma.[23]

En este punto, retomar a Piketty no sería del todo baladí. Así pues, su obstinada insistencia en no subestimar el papel mediador del mérito, una vez aceptada la economía de mercado, podría acreditarlo.[24] Y, en efecto, lo que en *El capital en el siglo XXI* se intenta *grosso modo* demostrar es que el capital, siguiendo la parábola heraclitánea de Aquiles y la tortuga, siempre opaca —devora, diría Piketty— al capital humano, o en paráfrasis más mundana, que la herencia siempre termina venciendo al trabajo. Una vez aclarada la dinámica, hay algo, empero, en lo que Piketty no parece ahondar y, según creo, no es precisamente asunto del que uno pueda o deba desembarazarse. A saber, no hay manera de que el capital humano se imponga sobre el capital como tal porque, entre otros motivos, para obtener y desarrollar el primero sería necesario contar con el respaldo del segundo, es decir, no hay posibilidad —en términos generales— de mérito sin herencia (de ahí la corrección a la fórmula: *Inheritance* + *Effort* = *Merit*). Son éstos, pues, términos

---

[22] Mientras preparo este texto, cae en mis manos por azar el informe de la Encuesta Nacional de Educación (2015). Pues bien, enfrascado en la lectura de su autocondescendiente análisis me topo, ojiplático, ante el siguiente epígrafe: "El gasto público destinado a educación". Me queda claro que en la guerra de las palabras el neoliberalismo ha salido claro vencedor; seguir considerando la educación un gasto, y no una inversión, es una prueba triste de lo anterior. Es más, si uno se pone fino, hablar de gasto —en educación— implicaría considerar de antemano que el mercado es eficiente en la asignación de recursos relativos al aprendizaje y a la innovación (y, por lo tanto, que toda intervención del Estado constituiría siempre una injerencia perjudicial). No obstante, como han demostrado Stiglitz y Greenwald, esto es una falsedad fácilmente comprobable, véase *La creación de una sociedad del aprendizaje*, trad. de A. García, México, Crítica, 2015.

[23] Young, M., "Down with the meritocracy!", *The Guardian*, Londres, 29 junio de 2001.

[24] Piketty, T., *El capital en el siglo XXI*, trad. de E. Cazenave-Tapie, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 42.

imbricados que, no obstante, Piketty presenta en ocasiones por separado, al dibujar la posibilidad de un escenario en donde uno sustituyera progresiva y definitivamente al otro. Ahora bien, si este no parece ser el caso, si no hay tal dicotomía y la interdependencia es a todas luces evidente, ¿por qué seguir manteniendo el término?

La meritocracia, por lo tanto, habría servido como instrumento ideológico para explicar y legitimar las desigualdades sociales al no tomar debidamente en cuenta, si no directamente omitir, la dispar igualdad de oportunidades.[25] Si en el siglo XX, pese a todo, la meritocracia habría encontrado un perfecto caldo de cultivo para su expansión, para su adopción acrítica entre un amplio espectro social, respondería única y exclusivamente al "desarrollo de una verdadera «clase media patrimonial»".[26]

Lo que todavía cabría preguntarse es qué ocurre con los otros, con los orillados a los márgenes de la sociedad.[27] ¿Puede reconocerse un excluido en la meritocracia?[28] ¿Puede además si quiera internalizarlo cuando esta le da herramientas para explicar y justificar su desventajosa situación actual?[29]

---

[25] Un ejemplo paradigmático de esta nueva situación lo podríamos hallar en un polémico artículo de P. Graham, "Economic Inequality", al defender sin titubeos la desigualdad económica en parámetros exclusivos de productividad, disponible en: *http://paulgraham.com/ineq.html*, recuperado el 25 mayo de 2016. Como antídoto a tanta parcialidad y cinismo, véase Krugman, P., "¿Es necesaria tanta desigualdad?", *El País*, 15 de enero de 2016.

[26] *Ibidem*, p. 285. El profesor Vázquez —con cierta ironía— se preguntaba en su último libro a propósito de la legitimidad de una resistencia cuando lo que está en juego son los derechos patrimoniales y no los fundamentales: "¿Vale la resistencia de aquellos que se encuentran por encima del nivel de pobreza? ¿Tienen las clases medias un derecho legítimo a la Resistencia, o estas protestas deben calificarse de elitistas o burguesas?", véase *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015, p. 126. Cabría, del mismo modo, hacerse una pregunta similar para este contexto: ¿no tiene derecho la clase media —cuyo capital fundamental es el humano— a reivindicar la meritocracia, *su* meritocracia? Mi respuesta es sencilla y directa: ¡claro que la tiene! Ahora bien, no deberíamos —según creo— dejarnos cegar por un "sesgo de clase"; es más, yo mismo me dejé encandilar por esta ideología en el pasado. Insisto en el ángulo, y en la necesidad de ampliar el campo visual: una clase media, si es que suficientemente acompañada de un sólido estado de bienestar, podría con esfuerzo prosperar; no sucedería lo mismo con los excluidos socialmente, para quienes el esfuerzo sería una variable apenas computable.

[27] Sobre la superfluidad de los excluidos y, más en concreto, su no reciclabilidad o su incapacidad para la reinserción en el sistema, véase Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, trad. de P. Hermida, Buenos Aires, Paidós, 2005.

[28] Es interesante al respecto, Sennett, R., *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, trad. de M. Galmarini, Barcelona, Anagrama, 2012.

[29] Sobre la crueldad de este punto, véase Barbosa, L., *Igualdade e meritocracia: A etica do desempenho nas sociedades modernas*, Río de Janeiro, Fundaçao Getulio Vargas, 1999.

V. Postura débil

Si como creemos, la auténtica "igualdad de oportunidades", a pesar de las acciones afirmativas, no sólo es fácticamente inviable, sino un instrumento ideológico para legitimar la desigualdad de oportunidades, entonces tal vez tampoco fuera un desatino probar desde otro ángulo y recuperar la meritocracia por otra vía, aunque rebajada en sus pretensiones iniciales. En suma, indagar en la posibilidad de construir una "meritocracia distributiva".

Para ello, tal vez resulte aconsejable dejarnos guiar —al menos hasta cierto grado— por el teórico que con más atención y rigor se ha dedicado a construir una teoría de la justicia desde el mérito. Nos referimos a Sadurski y, en concreto, a su libro *Giving Desert its Due* (1950). Dicha elección engarzaría, por otra parte, sin excesivos matices con la postura del profesor Vázquez relativa a la negación de la "igualdad en los resultados".[30] La tesis de Sadurski a este respecto es clara y contundente: "Considero que el esfuerzo es el criterio principal del mérito, fundamentalmente porque el «resultado» o el «éxito», entre otros, reflejan factores que se encuentran más allá de nuestro control y, por lo tanto, de difícil reclamo o crédito".[31]

Interesa, antes que nada, atender al criterio delimitado por Sadurski para correlacionar el mérito y la equidad. En efecto, bien mirado, el esfuerzo, comparado con otros criterios como el resultado o el éxito, poseía todas las características en su haber para investirse como el óptimo candidato, no sólo porque, comparado con el resto, es indiscutiblemente el menos *responsable* de factores externos (discriminación, herencia, talento…),[32] sino porque permitiría anclar la competitividad en términos relativos y no absolutos.[33]

---

[30] A este respecto, sobre el posicionamiento del liberal igualitarismo, véase la breve panorámica en Dworkin, R., *Ética privada e igualitarismo político*, trad. A. Domènech, Barcelona, Paidós, pp. 87-96.

[31] Sadurski, W., *Giving Desert its Due. Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht, Reidel Publishing Company, 2010, p. 134.

[32] Nagel, T., *op. cit.*, pp. 112 y ss. Véase también su contribución en *La suerte moral*, trad. de S. Rosell, Oviedo, Krk Ediciones, 2013. Sobre la impronta de la suerte en su sentido más literal y azaroso, véase Frank, R. H., *Success and Luck. Good Fortune and the Myth of Meritocracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2016. Como señala acertadamente Frank: el problema a la hora de analizar el éxito, los casos de éxito, es que normalmente los estudios no contemplan los fracasos; es decir, *verifican* pero no *falsean* la teoría.

[33] Escriben Bourdieu-Casseron a este respecto: "pretender jerarquizar a los sujetos según su mérito real, es decir, según cuáles hayan sido los obstáculos superados, sería condenarse, si se lleva al final esta lógica, *es decir hasta el absurdo*, a la competencia por categorías (como en el

Así y todo, esta teoría presenta una serie de problemas teóricos y prácticos que reclaman un tratamiento más pormenorizado. En resumen, si bien es cierto que una teoría del mérito debe presuponer la libertad de los agentes (lo contrario —el determinismo— imposibilitaría el mérito), Sadurski es plenamente consciente del peso que ejercen las *circunstancias*. Es más, aun asumiendo lo borroso del asunto, lo verdaderamente complicado sería determinar qué parte resulta propiamente imputable, una vez descontada la carga de lo arbitrario, a la autonomía del sujeto. Recordemos, por añadidura, que para Sadurski el mérito implicaba siempre un esfuerzo consciente que tiene efectos socialmente beneficiosos.[34] Pues bien, como él mismo avanzaba, esta discriminación podría conducirnos, de un lado, a una *mise en abyme*[35] y, de otro, a un consenso de los méritos que, sin tener que plegarse al mercado, no contemplara, pese a ello, la pluralidad de las sociedades modernas. Estas opacidades eran las que llevaban a Sadurski a postular un sistema radical de igualdad de oportunidades o, tal y como yo lo presentaría, una meritocracia distributiva.

Tal vez, la manera más idónea para hacerse una idea del plan que tiene en mente Sadurski sea perseguir la lectura práctica que éste hace de la "lotería natural" de Rawls; hágase memoria, aquello de que la igualdad de oportunidades no podría neutralizar o compensar a la postre las diferencias naturales de partida, y recordemos que Rawls se había visto obligado a interceder en semejante contratiempo mediante el auxilio del "principio de diferencia" y la redistribución reparadora del "acervo común".[36] Pues bien, según Sadurski, de igual forma, esta lotería natural podría ser equilibrada

---

boxeo)… habría que examinar no el grado de éxito puntualmente alcanzado sino su relación con el punto de partida, situado más o menos arriba… En esta lógica la desventaja superada conduciría —en la medida en que sea posible— a considerar como iguales a los autores de logros desiguales", *op. cit.*, pp. 104 y 105.

[34] A. Sen ha dedicado jugosísimas páginas a la justicia distributiva expuesta por Marx en la *Crítica al Programa de Gotha* y las contradicciones del "esfuerzo sincero", véase *Sobre la desigualdad económica*, trad. de I. Verdeja, Barcelona, Crítica, 1979, pp. 122 y ss.

[35] W. Sadurski escribe: "This suggest that the principle of equal opportunity has a complex, 'multi-level' structure. Its implementation depends upon people having equal chances to satisfy a criterion of selection, but those equal chances depend on previous equal chances in the acquisition of the chances to satisfy this condition…, and so on, and so forth. For instance, equal opportunity in obtaining a particular position depends on equal opportunity of studying at a good university, and that depends in turn on equal opportunity to study in a good secondary school, and that depends…, etc. Each time, in order to discern equal opportunity, we must step back to a previous stage, when…", *op. cit.*, p. 201.

[36] Puntualizaba así Rawls: "el principio de diferencia no es el principio de compensación y no exige que la sociedad trate de nivelar las desventajas como si se esperara que todos fueran a competir sobre una base equitativa en la misma carrera", *op. cit.*, p. 103.

pero, para ello, nada mejor y más efectivo que el establecimiento de una "tasa de aptitud" (importada de Tinbergen para la causa):

> …basada en las aptitudes o capacidades innatas de los individuos antes que en sus ingresos, de manera que no gravemos los esfuerzos marginales de las personas… La contribución personal a un fondo social debería ser calculada en función de su potencial innato y no de su esfuerzo real. El plan propuesto (por Tinbergen) llevaría a una situación en la que sólo los beneficios derivados de las capacidades (pero no el esfuerzo) serían tasados.[37]

Este nuevo enfoque, efectivamente, haría languidecer la desigual competitividad de la igualdad de oportunidades, toda vez que el esfuerzo, ahora investido como criterio trascendental, igualaría a todos los competidores bajo un mismo rasero.

VI. Conclusión

Es hora de apuntalar algún tipo de conclusión. Probemos. Si, como efectivamente Sen advierte, el concepto de mérito es intrínsecamente dependiente de nuestras concepciones sociales,[38] es decir, no abriga *a priori* un contenido propio; si, además, como señala García Cívico, la historia revela que este contenido ha sido siempre provisto por la potencia hegemónica del momento;[39] entonces, una vez asumido lo anterior, uno parecería estar legitimado: *i*) a eliminar de su discurso tal vocablo; o bien, *ii*) a utilizarlo sólo en contextos relativos, nunca absolutos.

Digámoslo de manera no tan apretada. Si se acepta la meritocracia, lo que comportaría admitir una suerte de *realidad* meritocrática en ciernes, estaríamos de alguna manera u otra justificando el *statu quo*, esto es, tolerando, si no avalando, la sociedad presente. En sendos supuestos, tal concepto debería —siguiendo la trayectoria intelectual del mismo Young— resemantizarse peyorativamente o abandonarse por completo.

La otra opción, siguiendo a Sadurski, pasaría por defender una meritocracia relativa o distributiva.[40] Ahora bien, incluso en este caso, serias difi-

---

[37] Sadurski, *op. cit.*, p. 128.

[38] Sen, A., "Merit and Justice", en Arrow, K. *et al.*, *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2000, pp. 5-16.

[39] García Cívico, J., "La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo", *Anuario de filosofía del derecho*, Valladolid, núm. 30, 2014, pp. 191-216.

[40] Tal vez, podría ser denominada "ponocracia" (trabajo, esfuerzo + poder).

cultades emergerían para esquivar el prerrequisito de Sen (*i. e.,* aquello de que cada sociedad debería determinar previamente qué valores considera meritorios) y, por consiguiente, tampoco sería infundado el temor de que el mercado, en última instancia, acabase fagocitando el concepto.[41] Quedaría pendiente encontrar el mecanismo práctico para determinar el equilibrio de cargas y recompensas, una vez aislado el esfuerzo de la herencia. Todo ello conduce, como advertía pragmáticamente Campbell, a que:

> Aunque ésta es una posición perfectamente coherente que puede adoptar la persona partidaria del mérito, y podría en efecto ser un modelo para instaurar un empleo justo, resulta que pone a la justicia en tal conflicto práctico con la realidad económica que podría tener el efecto de desplazar la búsqueda de la justicia hacia circunstancias radicalmente utópicas.[42]

Puesto que la realidad es la que es (y tampoco cabe negar la riqueza generada por la economía de mercado), sería tramposo no posicionarse en este sentido. Triple es la conclusión a la que hemos arribado, auxiliados en parte por Dubet: *i*) no es que uno no sea meritocrático, es que no se dan las condiciones para serlo; *ii*) para que la meritocracia pudiera —por lo menos— postularse, sería menester, antes, promover y garantizar una igualdad de oportunidades real (con todas las distinciones y cláusulas que se han apuntado a propósito de la igualdad en el punto de partida);[43] y *iii*) en el ínterin (*ahora*), y ante el dilema de elegir entre igualitarismo *versus* meritocracia,[44] se nos antojaría más justo decantarnos por la desigualdad

---

[41] R. Sennett se hace eco de una investigación realizada durante décadas por el sociólogo O. Dudley Duncan, y cuyos resultados arrojaban lo siguiente: "…encontró sorprendentes uniformidades: profesionales como los médicos, los enfermeros, los maestros y los trabajadores sociales eran objeto de mayor admiración que los ejecutivos de empresa y los agentes de bolsa, pese a que los ingresos de éstos eran varias veces superiores a los de aquéllos", *La cultura del nuevo capitalismo*, trad. de M. Galmarini, Barcelona, Anagrama, 2015, p. 98.

[42] Campbell, T., *La justicia*, trad. de S. Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 179.

[43] El deslizamiento en el debate igualitarista de las "necesidades" a las "capacidades" es sumamente esclarecedor, véase por ejemplo Sen, A., *La idea de justicia*, trad. de H. Valencia, México, Taurus, 2010.

[44] En este punto, no es un dislate prefigurar el "resentimiento" razonable, aunque parcial, de esa clase media esforzada a la que remití en la nota 26. Creo que hay que evitar, a propósito de lo cual, echar mano de la excepción para justificar el modelo establecido (aquello de: "si uno quiere, puede; y si no repara en X…"). Si la "mano invisible", como glosaba con sorna Stiglitz, era invisible porque nunca se la veía; podríamos decir, *mutatis mutandis*, que apelar en este punto al *american dream* (esfuerzo + sacrificio = éxito) es sólo garantía de eso, de que nos hallamos ante un *dream*.

del igualitarismo antes que por la desigualdad de la meritocracia, puesto que de esta manera se verían más beneficiados los más vulnerables.[45]

¿Qué opina de todo lo expuesto el *profesor Vázquez? ¿Seguiría haciendo uso del término meritocracia?*

[45] Escribe F. Dubet: "En el horizonte de un mundo perfectamente justo, no habría incluso ninguna razón para distinguir entre estos dos modelos de justicia. Pero en el mundo tal como es, la prioridad dada a la igualdad de posiciones se debe a que ella provoca menos 'efectos perversos' que su competidora y, por sobre todo, a que es la condición previa a una igualdad de oportunidades mejor lograda… La igualdad de posiciones, aunque siempre relativa… No apunta a la solidaridad perfecta de las utopías (o más bien de las pesadillas) comunistas, pero busca la calidad de la vida social y, por ese camino, la de la autonomía personal: soy tanto más libre de actuar cuanto menos me veo amenazado por desigualdades sociales demasiado grandes. En esto, nada quita al liberalismo político, aunque conduzca a dominar y a limitar el libre juego del liberalismo económico", *Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*, trad. de A. Grieco, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 113 y 116. Creo que este argumento de Dubet es lo suficiente sólido para salir airoso de las observaciones puntillosas de Dworkin a la "discriminación inversa", véase *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, pp. 327-348.

ENTREVISTA A RODOLFO VÁZQUEZ*

Manuel ATIENZA**

1. *La primera pregunta que quiero hacerte en esta entrevista que se publicará en la revista de filosofía del derecho que tú fundaste es de carácter biográfico. Me gustaría que nos contaras cómo fue que te interesaste en la filosofía del derecho, y cuál fue tu trayectoria intelectual antes de convertirte en iusfilósofo.*

Desde mediados de 1974, mi familia, padres y hermanos de origen argentino, estábamos ya instalados en la Ciudad de México. Para entonces había decidido estudiar filosofía y, por diversas circunstancias, ingresé en una universidad jesuita, la Universidad Iberoamericana (UIA), donde concluí los estudios de licenciatura y maestría. En ese periodo concentré mi atención en la filosofía clásica y medieval, y en áreas teóricas como la epistemología y la metafísica. Había iniciado, también en la UIA, la licenciatura en derecho, interesado sobre todo en aquellas materias que consideraba de frontera con la filosofía —teoría del Estado y constitucional, derechos humanos, derecho penal, por ejemplo— y motivado más por una responsabilidad de justicia y servicio social acorde con el ideario jesuita de la universidad que por un genuino interés por la profesión jurídica. Aun así, recuerdo con gran satisfacción las asignaturas que cursé con un jurista y humanista ejemplar de nombre Efraín González Morfín. En 1979 ingresé como profesor de tiempo completo en la que ha sido hasta la fecha mi universidad, el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Entre actividades administrativas y docentes, que requerían de una inmersión total, postergué el inicio del doctorado y la continuación de los estudios jurídicos, hasta que, como suele suceder, el encuentro con algunas personas, la lectura más selectiva de obras, y el mero paso de los años con un poco más de madurez intelectual, me encaminaron a la que sería mi vocación por la filosofía del derecho.

* Originalmente publicado en revista *Isonomía*, México, núm. 45, 2016, pp. 191-218.
** Universidad de Alicante.

Bajo la guía de Fernando Salmerón, hacia fines de los años ochenta, inicié el doctorado en filosofía en la UNAM, lo que me permitió familiarizarme con la filosofía analítica anglosajona y con autores modernos y contemporáneos, especialmente en las áreas de ética y filosofía política. Salmerón conocía también la filosofía del derecho argentina, que se venía desarrollando con grandes resultados académicos y que él mismo había promovido en México desde la dirección del Instituto de Investigaciones Filosóficas. Poco a poco me fue introduciendo en la lectura de sus autores más representativos. Por ese entonces, la revista *Doxa*, que tú fundaste, llevaba ya varios números publicados y, literalmente, los fui leyendo de cabo a rabo comenzando por ese estupendo número inaugural, de 1984, que me abrió las puertas al vasto mundo de los pensadores y de los problemas contemporáneos de la filosofía del derecho, y que en ese momento me resultaban toda una revelación.

Creo que este periplo, que he resumido apretadamente, me fue preparando para el que sería uno de los encuentros personales que más cambiaría sin duda mi vida académica y, en muchos sentidos, personal, que tuvo lugar en 1989, en uno de los congresos nacionales de filosofía celebrado en Xalapa, Veracruz: el encuentro con nuestro común maestro Ernesto Garzón Valdés. Había leído algunos escritos suyos y reseñado un libro que editó en 1985, *Derecho y filosofía*, donde había reunido los trabajos de varios iusfilósofos alemanes contemporáneos y en cuyo prólogo criticaba el uso indiscriminado de la expresión "positivismo jurídico" y la sospecha sobre la "complicidad positivista en la implantación de la barbarie nazi". Con esas pocas armas —y ahora veo que con gran audacia— me le "apersoné" en el Congreso, y con su proverbial generosidad y ese trato jovial y siempre igualitario que tanto lo caracteriza, iniciamos una plática que se ha mantenido hasta el día de hoy. Como era de esperarse con Ernesto, comenzaron a surgir proyectos académicos de todo tipo. Uno de estos proyectos, producto de esa primera conversación, fue la organización al año siguiente de un par de seminarios en México. Uno de ellos estaría a su cargo y, para el otro, él me proponía invitar a un joven profesor español, disciplinado y brillante —son los términos que usó Ernesto—, que resultó ser Manuel Atienza. Esos seminarios se llevaron a cabo en 1990 y en ese momento dio inicio, además de nuestra amistad, otro capítulo de mi vida académica.

2. *Pasemos entonces a tu producción iusfilosófica. En primer lugar, me gustaría que nos trazaras un mapa de tu recorrido intelectual durante estos últimos 25 años. ¿Cuáles son los temas de que te has ocupado? ¿Por qué esos temas y no otros? ¿Ha habido algún cambio de marcha en ese recorrido o más bien habría que hablar de un avance*

progresivo en una misma dirección? ¿Cuáles consideras que han sido tus principales aportaciones en el ámbito de la filosofía del derecho?

La obra de Ernesto para inicios de los años noventa abarcaba una gran variedad de temas, fruto de su amplia producción intelectual. En 1993, sería reunida en su libro *Ética, derecho y política*. Este libro, junto con el de Carlos Nino de 1989, *Ética y derechos humanos*, y tu *Introducción al derecho*, que habías publicado en 1985, marcarían en buena medida mi orientación hacia una filosofía del derecho normativista, crítica del positivismo jurídico y del iusnaturalismo, y ciertamente enmarcada dentro del giro hacia la "rehabilitación de la razón práctica" que se había inaugurado desde los setenta al impulso de, entre otras, la obra de John Rawls.

En 1992 concluí mis estudios de doctorado y opté por trabajar alrededor de una problemática que me había acompañado desde los años ochenta y que sigue siendo un tema de permanente preocupación: la educación. Era una temática en la que confluían la filosofía práctica y el derecho, y que constituía un laboratorio de trabajo fecundo para poner a prueba una concepción liberal de la misma, crítica de los modelos, libertario, comunitarista y conservador, y justificada a su vez desde un enfoque igualitario y democrático. Los trabajos de Amy Gutmann, como los de Nino, en la línea de una educación democrática, desde un objetivismo constructivista, me dieron las pautas epistémicas para comenzar a valorar la necesidad de un acercamiento deliberativo en el ámbito de la educación —que podía ser igualmente aplicable, con mucho provecho, a otras problemáticas sociales—. A mediados de 1993 se presentó la oportunidad de hacer una estancia sabática en la Universidad de Oxford, donde pude redactar la tesis bajo la asesoría del propio Ernesto desde Alemania, de un querido profesor del ITAM —Carlos de la Isla— y de James Griffin, en Keble College. Al mismo tiempo, en los diferentes periodos en que se divide el calendario académico en Oxford tuve la fortuna de asistir a los seminarios de Ronald Dworkin, Gerald Cohen, Bernard Williams y Joseph Raz. Todo un privilegio que reafirmó mi firme dedicación a la filosofía del derecho. La tesis quedó concluida en 1995 y se publicaría en 1997 con el título *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático.*

En 1991 Ernesto me había invitado a dirigir con él una colección de libros que comenzarían a publicarse bajo el título de "Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política", en la editorial Fontamara de México. Nunca imaginé que podía dedicar parte de mi tiempo a labores de editor, y creo que hoy no dudaría en decir que si tuviera una segunda vida me dedicaría

a respirar y vivir entre libros. Me acompañan siempre, los toco, los huelo y los apilo cerca de mí. Me entusiasman, y de vez en cuando me releo y me descubro en ellos. Me han vacunado, para bien —o quizás para mal— de toda mediación tecnológica para acceder a ellos: prefiero el trato directo y "personal". En 1991 daría inicio el Seminario "Eduardo García Máynez" sobre teoría y filosofía del derecho, y un poco más adelante, en el otoño de 1994, haría su aparición el primer número de la revista *Isonomía.* Menciono estas tres actividades porque tenía la convicción de que, a partir de los libros, el seminario y la revista, sumado a un reforzamiento de la docencia en las áreas teóricas de la licenciatura en derecho, se podía contribuir a revitalizar y actualizar la filosofía del derecho en México. Por supuesto, no se estaba descubriendo el hilo negro, pero sí que después de un cierto letargo que caracterizó a la década de los ochenta, era necesario y, en cierta forma, urgente, ponernos al día con lo que se estaba produciendo y debatiendo en otras latitudes.

Con todo, poco se podía avanzar si al mismo tiempo no se apoyaba la formación de posgrado de nuestros estudiantes, fuera del país. Muchos de nuestros actuales profesores realizaron sus estudios en universidades extranjeras y se beneficiaron de esa gran red académica que se iba construyendo poco a poco con la generosidad de nuestros amigos y colegas. Esto era posible sólo en la medida en que siguiéramos en la idea de superar cualquier tipo de actitud parroquial y de ser capaces de unir fuerzas entre las distintas universidades del país.

Concluido el doctorado, en los años siguientes completé la licenciatura en derecho en el ITAM. Durante un buen tiempo pensé, con cierta culpa, que el camino debía haber sido a la inversa: desde el derecho hacia la filosofía, quizás por aquella idea de Norberto Bobbio de que la filosofía del derecho más robusta es la que realizan los juristas, y no los filósofos desde cosmovisiones preconcebidas. Hoy pienso que esta dicotomía bobbiana esconde una concepción escindida entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, que no da cuenta de la dimensión totalizadora de la filosofía en su carácter justificatorio. La filosofía del derecho es un saber de orden práctico, orientado a resolver conflictos y procurar la cooperación pacífica en la sociedad. Si es así, el análisis descriptivo de las normas debería constituir, en el mejor de los casos, una etapa inicial en el proceso que debe concluir en una función, como decía, justificatoria. En este sentido, me uno a los críticos del positivismo analítico, que es la mejor versión del positivismo, no para rechazarlo, sino para cuestionarlo y trascenderlo en lo que se ha dado en llamar un pospositivismo. En cualquier caso, para fines de los noventa, estaba

terminada mi tesis de licenciatura, que se publicaría en 2001, con el título *Liberalismo, Estado de derecho y minorías,* con un prólogo espléndido de Ernesto.

Junto con el tema de la educación, los problemas relacionados con la ética médica y la salud ocuparon también un lugar central en mis intereses académicos. He abordado su problemática desde la filosofía del derecho o, si se quiere, desde la bioética y el derecho. De nueva cuenta, la bioética constituye un campo muy fértil para reflexionar sobre temas de frontera, de mucho vértigo intelectual por el mismo carácter novedoso que introducen los descubrimientos de la ciencia y el dinamismo propio de las aplicaciones tecnológicas. Gracias a la hospitalidad y amistad de Paolo Comanducci, Cristina Redondo y Riccardo Guastini, aproveché una estancia sabática en Génova, en el año 2000, donde pude iniciar una investigación más disciplinada sobre algunos problemas de la bioética que culminaría con la publicación del libro *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, en 2004. En este libro abordé temas como el aborto, la eutanasia, la reproducción asistida, el trasplante de órganos, la genética, la clonación, e incluí un capítulo inicial sobre "Teorías, principios y reglas" en el que intenté desarrollar la idea de "equilibrio reflexivo" de Rawls, aplicada al campo de la bioética, y proponer varios ejercicios de ponderación entre principios y derechos a partir del análisis de algunos casos paradigmáticos. Asimismo, con destacados científicos como Ruy Pérez Tamayo, Rubén Lisker y Ricardo Tapia, así como con el apoyo decidido de una reconocida académica y feminista, Marta Lamas, decidimos fundar el Colegio de Bioética A. C. Uno de los principales propósitos era desarrollar y consolidar en el país una bioética laica, liberal, incluyente, con perspectiva de género y solidaria, que sirviera de contrapeso a la bioética confesional y conservadora que tenía y tiene como principal portavoz a un buen sector de la iglesia católica. Si algún activismo he incorporado a mi vida académica es éste que te comento.

Después de varios años dedicados a la docencia creo que nace de una manera espontánea la necesidad de poner en blanco y negro los temas, problemas e ideas que has ido desarrollando clase por clase, y que en mi caso correspondieron a los cursos de Filosofía y de Teoría del derecho. En 2006, con una reedición ampliada en 2010, publiqué *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, y en 2008, con la colaboración de Farid Barquet, Jorge García Azaola y Andrea Meraz, *Teoría del derecho*. El primero de estos libros daba cuenta de una filosofía analítica del derecho dispuesta sin falsos temores a incorporar conceptos metafísicos como condición de cualquier discurso racional, en la línea de una metafísica descriptiva a la Strawson y Platts, y anclada en una metaética objetivista "mínima" para responder a la multiplicidad de problemas ético-jurídicos. Una filosofía del

derecho que, en tanto crítica, incorporase en su argumentación principios de justicia y permitiese a los juristas ofrecer vías de solución a los problemas, en tanto juristas, y no en tanto moralistas o politólogos. La teoría subyacente a esta pretensión era la liberal igualitaria, y desde ella intenté responder a temas como la relación entre el derecho y la moral; la valoración moral de algunos problemas de interés jurídico como la justificación de las penas, los supuestos filosóficos del análisis económico del derecho, o las relaciones entre privacidad y publicidad; la igualdad y los derechos humanos; la justificación del Estado de derecho en un entorno de globalización y —no podía estar ausente— para cerrar el libro el tema sobre modelos teóricos y enseñanza del derecho.

Por su parte, en *Teoría del derecho* traté de ajustarme al plan de estudios de la Facultad de Derecho de la UNAM, tomando todas las libertades necesarias para escribir un libro moderno y actualizado respecto de los debates contemporáneos sobre la materia. El índice incluía una teoría de las normas y de los ordenamientos jurídicos, un análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, así como una exposición de las diversas teorías de la argumentación jurídica y de los diversos argumentos interpretativos. Una de las unidades bisagra entre la teoría y la metodología jurídicas estuvo dedicada a explicar los diversos modelos de ciencia jurídica desde Kelsen hasta nuestros días —pasando por autores como Hart, Alchourrón y Bulygin, Dworkin, Schmill, entre otros— en una síntesis muy apretada, como demandaban las condiciones del libro, pero necesaria para explicar los debates sobre epistemología contemporánea.

A partir de la crisis de 2008 resultaba casi obligado dirigir la atención a su impacto en la organización política de los Estados, comprendidos éstos en un entorno mundial, así como las relaciones sociales hacia el interior de los mismos. En nuestra región latinoamericana había buenas razones para pensar que el proyecto de una democracia constitucional había cumplido muy escasamente con las promesas anunciadas, y a los ancestrales problemas de pobreza, desigualdad y corrupción se sumaban ahora los de una creciente impunidad, violencia e ingobernabilidad. Durante una estancia sabática en Madrid, gracias a la generosa invitación de Isabel Wences y José María Sauca, así como a los encuentros y diálogos con tantos amigos de diversas universidades del país, pude dar un poco de orden a algunas ideas relacionadas con el Estado de derecho, el constitucionalismo, los derechos sociales y la justicia global. Intenté analizar estas ideas desde lo que me parecía que podía ser el proyecto de un nuevo consenso socialdemócrata para nuestros países. Debía tratarse de un consenso liberal y progresista, que tomara distancia de los excesos populistas, de la cerrazón nacionalista

y de cualquier tipo de dogmatismo autoritario, y reafirmara la necesidad de una democracia plural, incluyente y representativa, con la mirada siempre puesta en los grupos más vulnerables. ¿Cómo construir una socialdemocracia sin nostalgias por un Estado de bienestar rebasado por las demandas sociales, en un contexto mundializado? Traté de ofrecer algunas respuestas desde la filosofía del derecho en un libro que se publicaría en 2012 con el título *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo.*

En los últimos años y a raíz de una reforma constitucional en materia de derechos humanos en México —reforma de gran calado de mediados de 2011— retomé algunas ideas que había trabajado sobre derechos humanos y las organicé distinguiendo los diversos ámbitos: individual, social —a partir de algunos colectivos concretos—, e institucional. Suena ambicioso pero mi pretensión era muy modesta: realizar una lectura crítica de algunas propuestas normativas sobre los derechos humanos en sede legislativa, judicial y doctrinaria, que requieren de una reflexión filosófica atenta, y que no siempre es asumida ni comprendida a cabalidad por los propios operadores jurídicos. Reuní estas reflexiones en el libro *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, publicado en 2015.

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, 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, entonces, con los estudios históricos y con la impartición de seminarios sobre clásicos que alimenten la capacidad de asombro y la posibilidad de ejercitar la duda de forma inteligente. Desde 2007, con varios colegas del ITAM y de otras universidades, dimos inicio al Seminario "Lectura contemporánea de los clásicos", formulándonos una pregunta canónica: ¿por qué leer [al clásico en cuestión] hoy? Iniciamos, como recordarás, con tu seminario sobre Marx, quizás motivados por aquella frase que te gusta citar, con toda razón: "a quien no ha leído a Marx, se le nota". Con el tiempo, junto al Seminario "Eduardo García Máynez", se han ido incorporando otros seminarios, en respuesta a la necesidad de ampliar la reflexión filosófica, y de derecho comparado, a otras áreas jurídicas más específicas, como el derecho privado, el constitucional y el penal. Para mí, todos estos seminarios han sido y son la necesaria culminación, como decía, de una formación jurídica integral.

Si volteo la mirada hacia atrás, en estos últimos 25 años, desde aquellos seminarios iniciales de 1990, no creo percibir rupturas o grandes desencantos, sino más bien, como creo que se desprende de la respuesta, una continuidad que se ha ido desarrollando progresivamente y por incorporación de nuevos problemas y necesidades propias de la profesión. Eso sí, de lo que no tengo duda alguna es de que, cuanto más profundizas en este vasto mundo de la filosofía del derecho, mayor conocimiento vas adquiriendo de su riqueza y potencialidades, aunque al mismo tiempo también adquieres una enorme conciencia de tus propias carencias y limitaciones.

3. *Me gustaría ahora que profundizáramos en alguna de las cuestiones de las que has hablado y que transcurren por todos los campos de la filosofía del derecho. Empecemos por el tema de la educación. ¿Crees que está en peligro la enseñanza de la filosofía del derecho de cara al futuro, o te parece que, por el contrario, la filosofía jurídica está adquiriendo, en los últimos tiempos, más peso del que antes tenía en lo que podemos considerar como nuestras culturas jurídicas? Y tú que posees una formación tanto jurídica como filosófica y que has tenido mucho contacto tanto con filósofos no juristas como con sociólogos, politólogos, etcétera, ¿por qué crees que, al menos en el mundo latino, los filósofos y los científicos sociales no parecen tener por lo general mucho interés en el derecho y suelen carecer lisa y llanamente de cultura jurídica? ¿O te parece que no es así? Y, en fin, ¿qué piensas de lo que suele llamarse "nueva pedagogía" y del papel que está jugando en la forma de encarar la enseñanza del derecho y la investigación jurídica —me refiero a lo de la educación basada en competencias, a lo que en España llamamos "plan Bolonia" y a cosas por el estilo—? ¿Te parece compatible con lo que tú entiendes por "educación liberal"? ¿Qué peligros amenazan hoy tu modelo de educación liberal?*

Permíteme comenzar por el último paquete de preguntas. El plan Bolonia y la nueva pedagogía por competencias no son fenómenos aislados sino que se inscriben en un programa intelectual y político más amplio que, aun con todo lo ambiguo y denostado del término, podríamos denominar "neoliberal". El término no debe circunscribirse sólo a la economía: abarca también a la política, al derecho y, ciertamente, a la educación. Lo que me parece importante entender es que para el neoliberalismo la institución del mercado es algo bueno *per se*: es un procesador de información que, a partir del sistema de precios y de un ejercicio competitivo, permite determinar

con eficiencia qué, cuánto y cómo producir los bienes que demandan los consumidores. El mercado se vuelve un fetiche que, en su propio dinamismo, en la medida en que se minimicen los factores de distorsión, producirá las bondades requeridas para cualquier sociedad medianamente decente. La democracia misma debe entenderse en términos de mercado con actores racionales que maximizan sus preferencias electorales, al menor costo posible. El Estado tiene la encomienda de supervisar que las transacciones se realicen de la manera más segura posible estableciendo correctamente, entre otras cosas, los derechos de propiedad. Se trataría de un Estado gendarme y regulador. Cualquier otro tipo de atribución para el Estado se deslizaría hacia un bienestarismo paternal contrario al desarrollo pleno de las libertades individuales. En el proceso educativo hay consumidores racionales y las instituciones encargadas de satisfacer sus preferencias deben estar atentas a las señales del mercado para identificar el tipo de competencias o capacidades que se requiere satisfacer para que, en definitiva, el futuro egresado se desempeñe con productividad y eficiencia, y sigamos reproduciendo el proceso económico. Por supuesto, aquellos conocimientos o habilidades que no satisfagan las exigencias del mercado, o aquellos cuyo costo de implementación sea mayor que el beneficio producido para la sociedad, deben eliminarse. En esta lógica las ciencias sociales y las humanidades tenderán a desaparecer de los *curricula* universitarios.

Un esquema como el que acabo de describir en sus líneas generales no es compatible con lo que he defendido como una educación liberal, igualitaria y democrática. El mercado no es algo bueno *per se*: debe ser usado como un instrumento más, poniéndolo al servicio de una lucha real y efectiva contra la pobreza y las desigualdades sociales. En el contexto de esta concepción el Estado no debe comprometerse exclusivamente con deberes negativos, sino también y primordialmente con deberes positivos en términos de garantizar un piso parejo y condiciones de igualdad de oportunidades tanto en el acceso como en el punto de partida, sin olvidar las condiciones que hacen posible la permanencia del educando a lo largo del proceso educativo —a través de, entre otras, cuando sea el caso, un robusto sistema de becas—. En términos democráticos, sería insuficiente garantizar las reglas procedimentales de competencia electoral: también deben garantizarse las precondiciones sustantivas que hacen posible el mismo juego democrático y que no son otras que los derechos humanos, tanto individuales como sociales. Bajo estos supuestos, una educación liberal no debe quedar determinada por las exigencias del mercado, sino más bien por finalidades que lo trasciendan, de modo tal que el futuro egresado sea capaz de "domarlo" y de poner los límites que exige la salvaguarda incondicional de los derechos

humanos, con un responsable "sentido de justicia". Si esto es así, creo que la primera obligación de las universidades es reforzar sus áreas de sociales y humanidades. Deberían esforzarse, en primerísimo lugar, por formar buenos ciudadanos. Aclaro: no ciudadanos buenos (sigo siendo un ferviente liberal), sino buenos ciudadanos. Pretender encorsetar la educación en un esquema Bolonia, orientado exclusivamente a las habilidades competenciales de especialistas, emprendedores, técnicos o líderes, se encontraría algo así como en las antípodas de mi propuesta educativa.

Uno de los efectos colaterales de la educación neoliberal es separar las competencias deseables según las áreas de especialización, jurídica, económica o política. Se elimina el sentido unificador de las ciencias sociales y, por supuesto, cualquier pretensión normativista o justificatoria. En los *curricula* de economía y política prácticamente se ha eliminado toda referencia a una posible filosofía de la economía o filosofía política. La expresión "Teoría de…", le ha ganado la batalla a la de "Filosofía de…". Como decía más arriba, el *ser* se ha escindido radicalmente del *deber ser*. Si quieres ser científico de la economía o de la política, piensa como científico: asume un punto de vista externo, neutral-avalorativo y empírico-descriptivista. Todo lo demás son meras charlas de café. Da la impresión de que en la práctica nos hemos instalado eficaz y confortablemente en una concepción pre-rawlsiana de las ciencias sociales. Thomas Piketty, en su libro *El capital en el siglo XXI* decía —creo que con razón— de que era hora ya de que la economía superara su pasión infantil por las matemáticas y por la especulación puramente teórica, que deviene en ideológica, y recuperara su dimensión interdisciplinaria, histórica y práctica. El derecho no ha sido ajeno a esta atomización de las ciencias sociales, y yo diría que ha operado un desinterés tanto de los economistas y politólogos por la cultura jurídica, como de los propios juristas por la cultura económica o política. La solución se dice fácil, pero presupone una renovación curricular en cuyo contexto se comprenda de nueva cuenta al derecho —y a la economía y a la política— como una subdisciplina de la ciencia social. Parafraseando a Piketty, creo que ya 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 comprenda como un saber práctico.

Para ser más específicos, a la filosofía del derecho he procurado situarla dentro de lo que podría ser el paradigma de la modernidad ilustrada, liberal y democrática, y he tomado distancia de otros dos paradigmas: el paradigma pre-moderno, tradicionalista, "jurisprudencial y doctrinal", en los términos de Ferrajoli, relacionado con algunas concepciones iusnaturalistas, y el paradigma posmoderno, escéptico y decisionista propio de algunas

propuestas realistas del derecho. No soy de los que piensan que es posible construir una suerte de síntesis superadora de estos tres paradigmas que tome lo mejor de cada uno y construya… ¿qué? Cualquier intento en esta dirección, me parece, ha terminado por diluir cada concepción en una suerte de lugares comunes irrelevantes. Creo que desde Rawls y siguiendo la ruta de una rehabilitación de la razón práctica en el marco de la modernidad —y a diferencia de lo que ocurre con la economía y la ciencia política— sí que se está operando poco a poco un reposicionamiento de la filosofía del derecho —que también se va desprendiendo de su ropaje formalista sin necesidad de levantarle un acta de defunción al positivismo analítico— a partir de la aceptación de dos proposiciones en las que recojo tus ideas y la de otros pensadores afines, entre los que me incluyo, a saber:

I) El derecho debe entenderse como una realidad dinámica que consiste en una práctica social compleja que incluye, además de normas y procedimientos, valores, acciones y agentes; que considera enunciados que juegan un papel relevante en el razonamiento práctico incorporando otras esferas de la razón práctica como la moral, la economía y la política; y que se concibe como instrumento para prevenir o resolver conflictos y, al mismo tiempo, como un medio para la obtención de fines sociales. II) La razón jurídica no debe entenderse como razón estratégica o funcional medida por criterios de éxito o de eficiencia, sino por pretensiones de corrección, de justicia o de legitimidad, que se determinan a partir del diálogo y del consenso como criterios de justificación; y que esta justificación sólo es posible bajo la convicción de que existen criterios objetivos, contra la arbitrariedad, que le otorgan un carácter crítico y racional, así como un conjunto de necesidades y capacidades básicas de los seres humanos con las que el derecho se encuentra vinculado.

4. *¿Cómo ves la enseñanza del derecho y de la filosofía del derecho en México y en el conjunto de los países latinos, de América y de Europa? Aunque ya has dicho algo en la respuesta anterior ¿cómo diseñarías tú un programa de filosofía del derecho para estos países? ¿Y qué materias que caen en el ámbito de lo que solemos llamar filosofía del derecho deberían incluirse en un plan de estudios jurídicos?*

Con mucha tenacidad, con el objetivo de incorporarnos a los debates contemporáneos en las ciencias sociales, y debido a la necesidad misma de replantearnos los problemas jurídicos desde un enfoque global, crítico y propositivo, en el mundo latino hemos ido abandonando las concepciones iusnaturalistas e iuspositivistas ortodoxas, así como sus correspondientes

modelos de enseñanza. Esto no quiere decir que no existan en nuestros países instituciones universitarias ancladas en concepciones estatistas, legalistas y dogmáticas del derecho, reforzadoras del *statu quo*. Sorprende en verdad su capacidad de resistencia, pero pienso que irán desapareciendo poco a poco. Lo que sí no hemos sabido incorporar a nuestros *curricula* han sido las concepciones críticas del derecho, y si bien desde una postura liberal presentan muchos puntos cuestionables, ha sido una gran omisión no incluir sus reflexiones en los contenidos de las materias jurídicas. Han sido los críticos quienes mejor han cuestionado los modelos clásicos en la enseñanza del derecho, quienes han arriesgado propuestas creativas para el diseño de los programas jurídicos y quienes mejor han comprendido la necesaria interdisciplinariedad del derecho con las ciencias sociales, así como la importancia de la narrativa histórica para la mejor comprensión de sus instituciones. Pienso que una concepción liberal del derecho, argumentativa y democrática, robustecería su propio modelo pedagógico dialogando y contrastándose con las propuestas de los críticos.

Dicho lo anterior, y si aceptamos que nuestros egresados deben ser ante todo unos "guardianes" de la deliberación democrática y unos "promotores activos" de la justicia, con un conocimiento sólido de su entorno histórico y sociocultural, entonces necesitamos reforzar nuestros programas de derecho con una serie de cursos que me parece podrían ser los siguientes: 1) teoría de las normas y de los ordenamientos jurídicos; 2) conceptos jurídicos fundamentales y fuentes del derecho; 3) historia de las ideas e instituciones jurídicas (con lectura de los clásicos en sus fuentes primarias); 4) teoría y práctica de la argumentación jurídica (judicial, legislativa y litigiosa); 5) sociología y crítica del derecho; 6) teoría de la democracia y derechos humanos, y 7) teoría de la justicia y derechos humanos. Tal conjunto sería el cuerpo compacto de materias que integraría lo que en un sentido amplio entendería por filosofía del derecho. Estos cursos deberían impartirse a lo largo de la carrera jurídica del estudiante, y en interacción y diálogo con cada una de las llamadas materias "dogmáticas". En la etapa final de su licenciatura se ofrecería un conjunto de materias opcionales, tipo seminario, sobre temas sociales selectos impartidas desde un enfoque interdisciplinar y abiertas a todos los alumnos de economía, derecho y ciencia política.

Como ves, no soy muy imaginativo como para proponer una restructuración radical de nuestros *curricula* de derecho; creo que con algunas reformas de fondo sería suficiente. Las preguntas que quedan pendientes son complicadas y se mueven en ese difícil terreno de la política educativa que supone la elección de alternativas y su impacto en la selección de profesores

para integrar la facultad, o en la selección de alumnos de acuerdo con el perfil de egresado que se quiera. Pero esto ya es otro asunto.

5. *Otro campo de estudio al que has dedicado mucha atención es el de la bioética. Dices haber tratado de desarrollar y consolidar en el país (en México) "una bioética laica, liberal, incluyente con perspectiva de género y solidaria", y que eso te ha llevado también a incorporar cierto activismo en tu vida académica. Al respecto, quiero plantearte dos preguntas. Primera: ¿Ha sido realmente un proyecto exitoso? ¿En qué sentido? Y segunda: ¿Podrías aclararnos un poco más de qué manera sirve la noción de "equilibrio reflexivo" de Rawls para solucionar los problemas bioéticos? ¿Qué tipo de dificultad involucran: teórica, conceptual, o de otro tipo?*

Hoy día es un lugar común afirmar que la medicina, según la célebre frase de Stephen Toulmin, "ha venido a salvar la vida de la ética", es decir, a rescatarla de la rigidez y la abstracción excesiva que la caracterizó hasta principios de la década de los setenta. Si pensamos que el término "bioética" fue empleado por primera vez por Potter en 1971, y que uno de los libros vertebrales sobre la materia, *Principles of Biomedical Ethics*, de Beauchamp y Childress, fue publicado a finales de esa década, debemos reconocer que esta disciplina es una recién llegada al escenario de la filosofía y del conocimiento en general. Tradicionalmente los temas de la bioética eran objeto de preocupación de los propios médicos y eran ellos mismos quienes se planteaban de manera poco rigurosa los grandes dilemas morales. Asimismo, los problemas de vida o muerte parecían, por lo general, ser un coto cerrado y exclusivo de los teólogos. De manera un tanto improvisada los legisladores —no necesariamente con formación jurídica y sin ningún conocimiento científico— dictaban leyes sobre la materia. De modo que la bioética como actividad practicada profesionalmente por filósofos y juristas es una ciencia joven.

Pese a su juventud, debemos reconocer que la literatura generada a partir de los setenta es quizás de las más abundantes en el campo de la ética aplicada, y cada día cobra más relevancia e interés en la propia literatura jurídica. Profesionalizar la bioética, y acercarse a su temática con una mirada científica, laica, plural y con pretensión de normarla desde un punto de vista jurídico, ha sido una batalla ardua en países que, como los nuestros en América Latina, se asientan en tradiciones profundamente conservadoras. Pero no hay marcha atrás. Creo que no se trata tanto de pensar en términos de éxitos o fracasos sino de aprender a leer los "signos de los tiempos" y acompañar los avances de la ciencia y la tecnología, sin prejuicios y con

un ánimo de tolerancia y respeto por las diferencias. Desde este punto de vista, los logros alcanzados son incuestionables y en México no hemos sido la excepción. Sin duda, una asociación civil como el Colegio de Bioética ha contribuido significativamente a normalizar los conocimientos de bioética en el país y contribuir a su consolidación desde una visión, como decía, laica y liberal.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho tiene sentido preguntarse si las teorías éticas y los principios y reglas normativos deben considerarse relevantes para orientar las decisiones de los legisladores, del personal sanitario, de los funcionarios públicos de la salud y, de manera especial, de los diversos comités de ética hospitalarios. Y si deben serlo, cabe preguntar qué características deben reunir tales teorías, así como tales principios y reglas, para resultar pertinentes. En general, se puede decir que respecto de esta problemática existen dos puntos de vista encontrados. Por una parte, se cree que, ante la imposibilidad de alcanzar algún consenso entre las diferentes teorías morales, el filósofo "modesto" debe limitarse al oficio de técnico en su disciplina. Por la otra, el filósofo "ambicioso" piensa que cualquier decisión pública se inscribe en un marco teórico que debe aplicarse a la resolución de cada uno de los casos que se presenten a su consideración. Los filósofos ambiciosos, a su vez, abogan por una concepción generalista de la moral (ética deontológica, utilitarista, de derecho natural, por ejemplo) o bien por una concepción particularista (contextualismo, casuística, ética del cuidado, de la virtud, entro otras posibles). En un terreno intermedio, que señala las limitaciones de cada una de las dos posiciones extremas, se ubican aquellos filósofos que apelan a un "equilibrio reflexivo" entre principios generales y convicciones particulares. Pienso en los propios Beauchamp y Childress a partir de la quinta edición de su libro, en 2001, o rawlsianos como Norman Daniels o Dan Brock, o en tus contribuciones a la bioética en un trabajo que titulaste "Juridificar la bioética".

En una síntesis rigurosa diría que los principios normativos (y las reglas) son relevantes siempre que se acepten las siguientes condiciones: 1) su pluralidad y objetividad en tanto que expresan la exigencia de satisfacción de necesidades y capacidades básicas y presuponen una "moralidad común", lo que Beauchamp y Childress llaman *pretheoretical common sense moral judgments* en la línea del "sentido de justicia" de Rawls que, como sabemos, recupera la teoría de los sentimientos morales de la escuela escocesa; 2) el recurso al "equilibrio reflexivo" que permita la justificación de decisiones a partir de los llamados por Rawls "juicios ponderados", "razonables" o "considerados", con el fin de evitar el universalismo principalista deductivo, así como el particularismo relativista y, en el extremo, escéptico; 3) su valor

prima facie y el recurso a la ponderación cuando dos principios o derechos entran en conflicto; 4) la distinción, si es necesaria, entre principios primarios (autonomía, dignidad e igualdad) y secundarios (paternalismo justificado, utilitarismo restringido o diferencia) y la prevalencia de los primeros sobre los segundos para determinar la carga de la prueba; finalmente, y 5) la "subsunción", que significa el tránsito necesario de los principios a las reglas con la mirada puesta en los casos concretos. El conjunto de principios y reglas —de resoluciones que fueran emanando de cada uno de los comités hospitalarios, estatales y a nivel nacional— irían conformando una suerte de "jurisprudencia", que garantizaría continuidad en las decisiones y seguridad entre los ciudadanos, como paso previo para su formal incorporación a la normatividad oficial.

6. *A propósito de tu libro de 2006,* Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho, *afirmas haber incorporado "conceptos metafísicos" en la línea de Strawson y Platts. ¿Podrías poner algunos ejemplos de esos conceptos y de cómo los has analizado?¿Cómo se relaciona todo ello con la propuesta de un objetivismo moral "mínimo"?*

Creo que para quienes tuvimos una formación filosófica inicial de corte clásico y tradicional no resultaba fácil tomar distancia del dualismo platónico, judeo-cristiano y cartesiano. La necesidad de dar respuesta a algunos problemas de la bioética, de la ética en general, así como de la filosofía política y jurídica, de un modo más acorde con el estado del arte de la ciencia y con un "sentido de justicia" *en* y *para* este mundo, obligaba a replantearse los supuestos antropológicos dualistas y cualquier tipo de filosofía práctica que implicara alguna referencia a algo trascendente. Con Strawson asumí una concepción de la persona entendida como particular básico al que se le pueden atribuir *tanto* propiedades corpóreas *como* estados de conciencia. A diferencia de lo que ocurre en el dualismo cartesiano, la noción de mente no es inteligible independientemente de la noción de persona. La lectura de Platts, en línea con Hart, me permitió comprender la importancia de las necesidades básicas entendidas como "categóricas, graves, urgentes, básicas y no sustituibles", y la idea de que los derechos humanos deben tener correspondencia con ellas, sean estos derechos jurídicamente reconocidos en la sociedad o no. Esta concepción de los derechos, por otra parte, era perfectamente compatible con la idea de "coto vedado" de Garzón Valdés, que había incorporado ya en mi libro sobre *Educación liberal.* También Ernesto me había dado algunas claves de comprensión para un acceso negativo a la jus-

ticia que, sin duda, permitía un mayor consenso empírico y racional que las propuestas positivas. Esta vertiente negativa la usaría después para acceder a conceptos como el de dignidad personal, o para trazar una tipificación de las sociedades de acuerdo con las propuestas de Margalit, Shklar y Sen, entre otros autores. La lectura de Sen me permitió complementar la noción de necesidades básicas con la de capacidades, asumiendo las limitaciones de las primeras en términos de pasividad, mínimos de bienestar material y carácter estático. La noción de capacidades comprendía también a las libertades positivas con un sentido interdependiente y dinámico. Desde el punto de vista de la metaética intenté fundamentar la propuesta de un liberalismo igualitario y democrático en una concepción objetivista que, siguiendo a Fishkin, se presentaba como crítica tanto de una concepción absolutista como de una concepción subjetivista de la moral. Pero no de cualquier objetivismo. No de teorías objetivistas que se proponían deducir principios morales a partir de las propiedades naturales o de los deseos o preferencias del ser humano, ni tampoco en teorías objetivistas que descansaran en la aceptación de premisas normativas obtenidas a partir de un consenso fáctico. Ambas teorías incurrían en la conocida falacia y no conseguían distinguir con claridad que —como tú lo has expresado correctamente— "objetivismo moral no equivale a realismo moral". Desde Rawls hasta Nino, la vía más coherente con los postulados kantianos —racionalidad, coherencia e integridad— y con la tradición empirista inglesa hasta la metafísica descriptiva, me pareció la del constructivismo, que toma como punto de partida la "práctica social de la discusión moral". Desde esta práctica es posible inferir como supuestos *a priori* un conjunto de principios normativos —autonomía, dignidad, igualdad— y derivar de los mismos una serie de derechos que, por ejemplo, constituirían las pre-condiciones de todo discurso democrático —en correspondencia, claro está, con las necesidades y capacidades—. La misma noción de persona moral, coherente con la definición propuesta por Strawson, *debía* entenderse como aquel particular que posee las propiedades fácticas necesarias —físicas y mentales— para ejercer tales derechos: capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos; un sujeto subyacente a tales capacidades; separabilidad; independencia e individualidad. Esto para mí constituía el núcleo básico requerido para justificar una antropología y una ética normativa que diera cuenta de los problemas propios de la bioética, la filosofía política y la filosofía del derecho.

7. *En tus últimos libros has abordado con detalle los temas del Estado de derecho y de los derechos humanos (incluyendo los derechos sociales) que, obviamente, constituyen*

dos elementos básicos de cualquier teoría del derecho. ¿Podrías aclararnos en qué sentido tu concepción pospositivista del derecho se diferencia, desde ese punto de vista, de las orientaciones positivistas?

En la historia contemporánea de las ideas jurídicas y políticas hay dos momentos de quiebre con relación al iuspositivismo. El primero, desde la teoría del derecho, es la distinción propuesta por Dworkin entre principios y reglas que, como sabemos, obliga a Hart a revisar su concepción positivista de meros hechos, a partir de la tesis de la fuente social, para terminar proponiendo un híbrido que denominó "positivismo suave", poco convincente. Creo que si incluimos límites sustantivos en el ordenamiento jurídico, en términos de imperativos morales de justicia, debemos hacernos cargo que ya desde el problema de la *identificación* del derecho hay que asumir un punto de vista crítico, interpretativo o argumentativo, ajeno al descriptivismo y a la pretendida neutralidad axiológica de la propuesta positivista. Aquí no hay concesiones posibles, ni términos medios. Es verdad que el positivismo analítico funciona muy bien como una herramienta fina de disección normativa (sin exageraciones estériles), pero creo que los logros indudables que se han obtenido se deben más a la herramienta analítica que a la propia concepción positivista. Desde este punto de vista, *Normative Systems* es un libro modélico, pero también diría que nada impide a un pospositivista hacer uso del método analítico y que, de igual manera, *Las piezas del derecho* sería otro libro modélico.

El segundo momento viene de la filosofía política a partir de la obra de Rawls. *Una teoría de la justicia* es el intento más serio, junto con el de Habermas, de ofrecer una fundamentación racional de las normas morales. Las condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad para la construcción de los principios de justicia ofrecen un marco teórico sólido para la crítica del utilitarismo, del intuicionismo y de toda forma de emotivismo. Las vertientes escépticas o subjetivistas del positivismo jurídico parecerían situarse en una etapa anacrónicamente pre-rawlsiana. Por cierto, si algo debemos agradecerle a Dworkin es haber trasladado al mundo del derecho toda la discusión en torno a la teoría de la justicia de Rawls y el debate en torno a los problemas de igualdad. Por otra parte, uno de los conceptos básicos de la filosofía política es el de "autoridad normativa" y su vinculación lógica con la pretensión de obediencia. Esta pretensión implicaría una presunción de corrección (Alexy) o de legitimidad (Garzón Valdés) por parte de quien ordena con respecto a lo ordenado. Si esto es así, se puede decir que tal pretensión de corrección tiene una connotación moral y sostener, además, la

tesis de que existe una conexión necesaria débil —en tanto se trata de pretensiones— entre derecho, política y moral.

Bajo tales premisas, pienso que a partir de Rawls y Dworkin había que replantearse seriamente el tránsito de un Estado legislativo a un Estado constitucional y democrático de derecho. En el mundo latino ese tránsito vendría de la mano de autores como Elías Díaz, Carlos Nino o Luigi Ferrajoli, y creo que hoy resultaría difícil e inútil pretender justificar un Estado de derecho desde enunciados formalistas y legalistas, en la línea de lo que el propio Ferrajoli ha llamado un "paleopositivismo". He defendido en mis trabajos una concepción del Estado de derecho a partir de la satisfacción de cuatro exigencias: 1) primacía de la ley bajo el principio de imperatividad; 2) reconocimiento, protección, garantía y promoción de los derechos humanos; 3) control judicial de constitucionalidad y principio de independencia, y 4) responsabilidad de los servidores públicos bajo el principio de publicidad. Todas ellas condiciones necesarias y, en el conjunto, suficientes, para que exista un Estado de derecho.

Ya me he referido en alguna respuesta anterior a la comprensión de los derechos como pre-condiciones del discurso democrático, justificados a partir de los principios de autonomía, dignidad e igualdad, pero quisiera decir algo más con respecto a los derechos sociales. Lo que me parece importante remarcar 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, pero también entre los derechos civiles más básicos encontramos derechos de prestación. 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, resulta un binomio conceptual simplificador de una realidad interdependiente y mucho más compleja.

Por otra parte, se ha querido llevar la oposición "principio de libertad *vs*. 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". Lo cierto es que la mera distribución igualitaria de bienes y recursos carece de una justificación independiente. Por ello se comprende que, como dice Laporta, la igualdad de riqueza, de bienes primarios, de necesidades, de capacidades básicas, es necesaria sólo 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, y este carácter supremo de la Constitución ha significado su necesaria rigidización, así como la creación de instituciones que permitan salvaguardar los derechos —incluyendo los sociales— contra cualquier imposición mayoritarista.

8. *¿Y qué piensas en relación con dos cuestiones vinculadas al Estado de derecho y que, como sabes, fueron temas de discusión en el Congreso de Filosofía del Derecho del mundo latino que celebramos en Alicante: el papel de los jueces en la democracia y el fenómeno de la anomia?*

La primera cuestión nos remite al argumento contramayoritario, y la segunda, entre otros temas, al problema de la corrupción y a la responsabilidad de los servidores públicos. Como bien dices, ambos se discutieron profusamente en el Congreso, y no podía ser de otra manera. Si algo ha caracterizado a nuestros países de América Latina, por ejemplo, han sido los altos niveles de corrupción y de impunidad de que gozan nuestros funcionarios, incluidos nuestros jueces. Con respecto a la relación entre jueces y democracia creo que ha sido notoria en la región la emergencia del Poder Judicial como una condición necesaria para garantizar la gobernabilidad de nuestros países. En buena medida esto es explicable por el descrédito que han alcanzado los partidos políticos y la ineficacia del poder administrativo. Por supuesto, esta presencia activa del Poder Judicial ha presentado el lado oscuro y luminoso de las decisiones, aciertos e inconsistencias y una cierta incapacidad para reaccionar adecuadamente ante la opinión pública y sus demandas legítimas. Digamos que buena parte de nuestros jueces no están entrenados para participar en el debate público y contribuir a reforzar una democracia deliberativa. Hay que trabajar mucho para que salgan de esa caverna oscura del formalismo legalista en el que fueron educados y entrenados. Llevará tiempo, pero de nueva cuenta, no hay retorno.

Dicho lo anterior, soy de los que se toman en serio el valor intrínseco de la democracia constitucional, es decir, el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas, pero al mismo tiempo estoy igualmente convencido de que es necesario mantener y reforzar un control judicial de constitucionalidad y de convencionalidad. ¿Se puede ser demócrata y al mismo tiempo privilegiar a un cuerpo de decisores con serias carencias de legitimidad democrática de origen? Pienso que sí, y sin extenderme mucho en la respuesta contestaría que más allá de intentar asegurar algunos mecanismos de legitimidad de origen (por ejemplo, la participación de la Cámara de Diputados en el proceso de selección y elección de los jueces), es el Poder Judicial el que tiene la tarea de garantizar las condiciones que hagan posible precisamente el ejercicio deliberativo de la democracia. No la tienen el Poder Legislativo o el poder popular, por la sola razón de que si el proceso mismo está viciado éstos se hallarían imposibilitados para arbitrar sobre su corrección, ya que carecerían del valor epistémico necesario.

Son los jueces quienes deben verse a sí mismos como *controladores del mismo proceso democrático* (Ely) y maximizadores de la capacidad epistémica de la democracia (Habermas, Nino), haciendo efectivas sus propias condiciones de posibilidad: ampliación de la participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten (*amicus curiae*, consultas abiertas, publicidad de los proyectos de resolución); la libertad de expresarse en el debate y en la discusión; garantizar la igualdad de condiciones con que se participa; exigencia de justificación de las propuestas, etcétera. De igual manera, son los jueces quienes deben asegurar que en el proceso de deliberación no se viole el derecho a no ser discriminado y en consecuencia queden garantizados no sólo los derechos derivados del principio de autonomía y dignidad personal, sino también los propios derechos sociales como *conditio sine qua non* del mismo ejercicio democrático. Y quizás en este punto deba de ser más preciso. La exigibilidad judicial de los derechos sociales se justifica en términos de garantizar el mínimo necesario al que toda persona debería tener acceso. Ese mínimo no sólo supone una *carencia*, sino que tal carencia presenta incluso una propiedad de *urgencia*, justificando que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se tomen medidas encaminadas a su satisfacción. Más allá de ese mínimo, debe haber un sentido de deferencia del Poder Judicial hacia el Poder Legislativo. No me extiendo más en otros argumentos justificatorios para depositar "la última palabra" en los jueces, pero sí mencionar que sólo garantizando su independencia de los poderes fácticos y exigiendo y monitoreando la calidad argumentativa de sus decisiones es como se construye una legitimidad *ex post facto*. De lo que

se trata finalmente es de formar jueces *para* la democracia, no *contra* o por encima de la democracia.

Sin duda, uno de los disolventes más efectivos de la convivencia democrática, de la confiabilidad en las autoridades y del estado de anomia ciudadana por lo que hace al cumplimiento efectivo de las normas, es el fenómeno de la corrupción y su pareja indisociable: la impunidad. Ya Klitgaard, en una ecuación básica, sintetizó este fenómeno: corrupción es igual a monopolio *de* la decisión pública, más discrecionalidad *en* la decisión pública, menos responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) *por* la decisión pública. Y enfatizo lo de "decisión pública" porque si bien el estado de degradación cívica y política no es atribuible en exclusiva a las autoridades, y es legítimo que se piense en alguna participación de la ciudadanía en general, toca a los primeros cargar con la responsabilidad que supone detentar el poder público: tener en sus manos la posibilidad de construir y aplicar leyes, administrar los recursos del Estado y asegurar el orden social sancionando los actos de ilegalidad y domesticando a través del derecho cualquier manifestación de violencia social. Si queremos construir una sociedad decente (Margalit) entonces debemos exigir que nuestras autoridades e instituciones no nos humillen. El concepto de humillación tiene que ver con una "pérdida de control", con una temerosa impotencia de la víctima de proteger sus propios intereses y, finalmente, con la destrucción de la misma autonomía personal. No hay soluciones mágicas, ni mucho menos redentores populistas, se trata de recuperar la "fe democrática" y la posibilidad de aprender a vivir bajo un Estado *de* derecho y no sólo *con* derecho.

9. *Para finalizar esta entrevista me gustaría que nos dijeras algo sobre la situación política en nuestros países. En uno de tus últimos libros,* Consenso socialdemócrata y constitucionalismo *(de 2012) criticas a fondo la creciente desigualdad —que es particularmente lacerante en* países *como México, pero que se hace notar en todas partes (también, por supuesto, en España)— y las consecuencias nefastas (las "patologías") vinculadas a ella, a la desigualdad y a la pobreza; defiendes la necesidad de regular los mercados, de promover los derechos sociales, el laicismo y, en fin, todas las causas vinculadas a un pensamiento socialdemócrata. En particular, la pregunta que quiero hacerte es la siguiente. Dado que esas ideas tuyas son, me parece, compartidas por muchos intelectuales de nuestros medios y por una parte importante de las poblaciones de nuestros países, ¿cómo es posible que no tengamos partidos políticos que las representen, las defiendan, de manera satisfactoria? Los obstáculos objetivos para que esas ideas se traduzcan en hechos son evidentes, pero ¿no dirías que existen también dificultades de otro tipo, vinculadas a la incapacidad de quienes sustentan esas ideas*

para organizarse políticamente? En Europa, como sabes, se da la situación paradójica de que los partidos socialdemócratas atraviesan una crisis muy profunda (el último episodio de ello es lo que está ocurriendo ahora con el PSOE) pero, al mismo tiempo, la mayoría de la población parece tener una ideología de ese tipo. ¿Qué es lo que falla entonces? ¿Quizás una mayor radicalidad y claridad a la hora de configurar esa ideología y el "mensaje político" que tendría que transmitir? A mí me sorprende que en Latinoamérica casi nadie habla de "socialismo" (pero de ahí, del socialismo, es de donde vienen los derechos sociales y los valores de la igualdad "real", de la solidaridad…); he visto que en tu libro empleas alguna vez la expresión "socialismo reformista", pero creo que lo haces con cierta prevención. El término preferido parece ser el de "liberalismo igualitario" que, naturalmente, procede de un país (de los intelectuales de un país) en donde no ha habido mucho Estado del bienestar y en el que la palabra "socialismo" es todo un tabú. ¿Qué piensas de todo eso? ¿Y qué es lo que podría hacer al respecto un filósofo del derecho o, en general, un intelectual en nuestro tiempo y en nuestros países?

Creo que yo mismo podría extender la pregunta con más interrogantes y, lamentablemente, dejar las respuestas abiertas. "Algo va mal", como diría Tony Judt, pero, con todo, siempre vale la pena intentar entender y ordenar un poco las ideas. En efecto, podemos convenir a estas alturas que es posible llegar a un consenso en el sentido de que hay que tomarse en serio las reglas del juego democrático; que la incorporación de los derechos humanos, con su vocación de universalidad, en la normatividad nacional, legal y constitucional (incluyendo los tratados internacionales en la materia) es una condición necesaria para cualquier Estado de derecho; que es falsa la dicotomía entre Estado y mercado y que el primero resulta necesario para garantizar mejores condiciones de competencia y ausencia de privilegios (Adam Smith *dixit*); que en sociedades modernas la defensa de libertades individuales, el respeto a la privacidad y un espacio laico para las deliberaciones públicas son elementos imprescindibles para una convivencia plural. Quien acepte estas premisas se sitúa en el contexto de una modernidad ilustrada, liberal, moderadamente conservadora —si de lo que se trata es de conservar las viejas conquistas sociales— y en un socialismo reformista ajeno a reivindicaciones ilegal e ilegítimamente violentas. Quizás ninguna de estas propiedades, por separado, sean "exclusivas" de la socialdemocracia y puedan ser compartidas por un liberal igualitario o un demócrata cristiano progresista, pero sí que estoy convencido que sólo un socialdemócrata es capaz de darles un sentido unitario a partir de una profunda sensibilidad hacia la injusticia

de la pobreza y de lo que hoy, a buena hora, se ha puesto en la mesa de debate, el problema de la desigualdad y sus lacerantes patologías.

Es necesario repensar el Estado en un entorno global y no voltear la mirada con cierta nostalgia a los "gloriosos treinta" de la posguerra, cuando a todas luces hace tiempo que el Estado bienestarista ha sido rebasado por las demandas sociales internas, y por fenómenos mundiales como los movimientos migratorios y la crisis ambiental. La pregunta es cómo preservar las grandes conquistas del Estado de bienestar en términos de salud, educación, espacio público, seguridad social, etcétera y, al mismo tiempo, no claudicar ante las exigencias de políticas neoliberales, o bien, ante la ilusión populista, maniquea y xenofóbica. Creo que éstos son los dos frentes que se le abren a un socialdemócrata, conscientes de que ha sido la hegemonía neoliberal la que ha permeado desde mediados de los setenta y que se ha fortalecido con la debacle del socialismo real, con el incremento del terrorismo y, paradójicamente, con la crisis financiera de 2008. La idea no es construir una suerte de globalización contrahegemónica desde abajo, sino subirse al tren de la dinámica propia del mercado y aprovechar el empujón del crecimiento para reorientarlo con criterios redistributivos robustos. Tampoco se trata de sustituir la democracia representativa por una democracia participativa directa, sino al contrario fortalecer la primera para que sea más factible introducir las demandas de la segunda: consulta popular, *referendum*, revocación de mandato, etcétera. ¿Qué ideas se han propuesto en este entorno mundial, con cierto grado de realismo, y que merecen ser analizadas y adaptadas a los diferentes contextos socioculturales? Algunas de ellas son las siguientes: el "plan para una pensión global" (Blackburn) que beneficiaría directamente a toda persona de edad avanzada; el "fondo de impacto en la salud" (Pogge) que ofrezca a los descubridores médicos incentivos financieros para atender las enfermedades de los pobres; el "ingreso básico universal" (Van Parijs) que propone el pago a todos los miembros de la comunidad política de un estipendio mensual capaz de ofrecer un estándar de vida por encima de la línea de pobreza; "la economía solidaria" (Boaventura de Sousa Santos) que consiste en la recuperación del proyecto cooperativista en donde los medios de producción son propiedad de los trabajadores. Sin duda, son propuestas audaces que deben acompañarse también de una política fiscal agresiva focalizada en el 10% y, más específicamente, en aquellos que ocupan el 1% de la población mundial (Piketty).

A diferencia de Europa, la socialdemocracia en América Latina es una recién llegada a la escena política, por eso creo que hay que tener mucho cuidado en los análisis comparativos. Aun a riesgo de simplificar vale la pena recordar que nuestra región ha quedado rezagada en relación con

las tres conocidas revoluciones científico-políticas: se educa en el dogmatismo de la contrarreforma sin haber conocido la reforma; se importa una concepción liberal e ilustrada del Estado sin una burguesía que la instrumente; y se compra el discurso de la globalización ignorando las profundas desigualdades ancestrales de nuestros pueblos. La izquierda en nuestros países ha transitado desde el anarquismo hasta la guerrilla, con variantes radicalizadas del comunismo, y lo que quizás ha sido una de nuestras "fatalidades", el populismo gremial y corporativista (Vargas, Perón, Cárdenas) y el neopopulismo (Chávez-Maduro, Correa, Morales, los Kirchner) caracterizado por: jefe carismático, clientelismo partidario, demagogia popular-patriótica, charlatanería mesiánica, desinterés en las reglas, concentración personal de los poderes del Estado, corrupción cortesana, atención a los más pobres como benevolencia del líder y reparto clientelar (Pipitone). Desde la derecha, la instrumentación del neoliberalismo ha sido posible con la complicidad de los regímenes militares y el conservadurismo autoritario de la jerarquía católica con las consecuencias trágicas que todos conocemos. Lo cierto es que ni por la izquierda, ni por la derecha, transitamos por un Estado de bienestar, es más, no transitamos siquiera por un Estado medianamente funcional. En varios de nuestros países la apertura democrática se ha hecho con base en muchas concesiones hacia la derecha en una suerte de "tercera vía" latinoamericana, en México, Panamá, Colombia, Perú, y ahora Argentina. Este híbrido ha desdibujado también a los partidos socialistas en Europa, de los que el PSOE en España no ha sido la excepción. Y, sin embargo… hemos podido abrir el nuevo siglo en América Latina con gobiernos de perfil socialdemócrata que despertaron el entusiasmo de los que veníamos teorizando sobre esta posibilidad y que, pese a que algunos de ellos han sido víctimas de sus propios éxitos, sería muy mezquino no reconocerles sus grandes logros sociales. Los binomios Lula-Rousseff, Lagos-Bachelet y Vázquez-Mujica han mostrado que las propuestas socialdemócratas no se mueven en el terreno de la utopía y que, quizás, de cara al futuro, la posibilidad de un consenso socialdemócrata sea la única alternativa ética y jurídicamente posible si queremos tener alguna viabilidad política y social.

Entre la libertad y la igualdad.
Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez,
tomo II,
editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir en febrero de 2018, en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor, bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez.
Su tiraje consta de 500 ejemplares.

La intención de publicar esta obra es abrir un espacio para el mejor conocimiento del carácter multifacético del trabajo intelectual de Rodolfo Vázquez, impulsar un diálogo crítico a propósito de las importantes reflexiones que ha presentado en millares de páginas y de clases; provocar la revitalización y la "viralización" de las ideas de uno de nuestros colegas excepcionales que tiene todavía muchísimo por aportar a la cultura hispanoamericana.

Esta obra recoge los textos que se prepararon con motivo del homenaje a Rodolfo Vázquez en noviembre de 2016. Gracias al estilo bien definido de los autores, así como por su cuidada edición, el libro se despliega de manera clara y precisa, entre voces, géneros y temáticas. En la primera parte, se encuentran testimonios que revelan una identidad casi arquetípica de Rodolfo Vázquez como profesor universitario y su constante tendencia de abrirse al mundo mediante actividades con variadas cercanías a la academia: desde un trabajo sistemático en la reflexión acerca de la actividad de educar y una tarea editorial constante y vasta, hasta la participación activa en la deliberación y el impulso comprometido de causas justas en bioética y derechos humanos. La segunda, contiene los trabajos de distintos académicos mexicanos y extranjeros. Naturalmente, no debe sorprender que quienes dedicaron tanto tiempo y esfuerzo en su preparación consideren que la obra de Rodolfo Vázquez es merecedora de un homenaje con actitud crítica.

Creemos pues que el libro es interesante por su contenido y estilo; un libro que no sólo dice cosas agradables, sino también importantes; un libro que discute, que propone, que provoca.

www.juridicas.unam.mx

Centenario de la Constitución de 1917

ISBN 978-607-02-9529-4