



# DERECHOS HUMANOS. UNA LECTURA LIBERAL IGUALITARIA

RODOLFO VÁZQUEZ



ITAM



DERECHOS HUMANOS  
Una lectura liberal igualitaria

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 274

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Ricardo Hernández Montes de Oca  
*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Arturo de Jesús Flores Ávalos  
*Elaboración de portada*

RODOLFO VÁZQUEZ

# DERECHOS HUMANOS

Una lectura liberal igualitaria



**ITAM**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO  
CENTRO DE ESTUDIOS DE ACTUALIZACIÓN EN DERECHO  
MÉXICO, 2015

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: 25 de septiembre de 2015

DR © 2015. 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 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7107-6

A Carlos Curutchet, Carlos de la Isla,  
Javier Garciadiego, Jorge Gaxiola,  
Juan Carlos Geneyro, Fausto Pretelín  
y Jesús Silva-Herzog Márquez

A Alonso Lujambio, Julián Meza y Alberto Sauret  
*In memoriam*

## CONTENIDO

Preliminares. . . . .	XI
CAPÍTULO PRIMERO	
PRINCIPIOS, DERECHOS Y VALORES . . . . .	1
I. Principios normativos y derechos humanos . . . . .	1
1. Principio de autonomía personal . . . . .	2
2. Principio de dignidad personal . . . . .	3
3. Principio de igualdad . . . . .	5
4. Concepción de la persona moral . . . . .	6
II. Valores cívicos . . . . .	8
1. Pluralismo . . . . .	9
2. Imparcialidad . . . . .	11
3. Tolerancia . . . . .	13
4. Responsabilidad . . . . .	16
5. Solidaridad . . . . .	18
6. Deliberación pública . . . . .	19

## PRIMERA PARTE

CAPÍTULO SEGUNDO	
EL CONCEPTO DE DIGNIDAD Y LA VÍA NEGATIVA DE AC- CESO A LOS DERECHOS. . . . .	29
I. Concepciones metafísica y escéptica de la dignidad . .	30

II. Vía negativa de acceso a la dignidad . . . . .	32
III. ¿Inflación o deflación de derechos? . . . . .	35
IV. Derechos, necesidades y capacidades. . . . .	38
V. La objeción de conciencia entre dignidad y autonomía . . . . .	45
CAPÍTULO TERCERO	
DERECHOS DE LAS MUJERES Y AUTONOMÍA PERSONAL. . . . .	53
I. Derecho a la privacidad . . . . .	55
II. Derecho al libre desarrollo de la personalidad. . . . .	58
III. Derecho a un trato digno . . . . .	61
IV. Derecho a una igualdad diferenciada . . . . .	65
V. Una lectura sobre el feminismo . . . . .	68
CAPÍTULO CUARTO	
DERECHOS DE LA NIÑEZ: EDUCACIÓN LAICA Y VIDA EN FAMILIA . . . . .	75
I. Dos concepciones contrapuestas de los derechos. . . . .	75
II. Derecho a una educación laica . . . . .	81
III. Derecho a una vida en familia . . . . .	89
CAPÍTULO QUINTO	
DERECHOS SOCIALES Y DESIGUALDAD . . . . .	97
I. Derechos sociales . . . . .	97
Un ejemplo: el derecho a la salud . . . . .	102
II. Del discurso a la realidad . . . . .	106
1. Sociedades moderadas, decentes y justas. . . . .	108
2. Crisis del consenso socialdemócrata . . . . .	113

III. Patologías de la desigualdad . . . . .	117
IV. ¿Un derecho jurídico a la resistencia? . . . . .	120

## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO SEXTO

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA. . . . .	129
I. Dificultad contramayoritaria y algunos críticos: Dworkin, Garzón Valdés y Ferrajoli . . . . .	130
II. Control judicial y derechos humanos: Ely, Nino y Alexy . . . . .	136
III. Los derechos humanos como precondiciones de la democracia. . . . .	142
IV. Democracia deliberativa o democracia procedimental . . . . .	145
V. Estado de excepción y democracia constitucional . . . . .	155

### CAPÍTULO SÉPTIMO

JUECES, DERECHOS Y FILOSOFÍA . . . . .	163
I. Imparcialidad no es neutralidad. . . . .	165
II. Derechos individuales <i>vs.</i> derechos comunitarios . . . . .	167
III. Liberalismo libertario o liberalismo igualitario . . . . .	171
IV. Derechos humanos y “sala de máquinas” de la Constitución . . . . .	178

### CAPÍTULO OCTAVO

DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA GLOBAL. . . . .	193
I. Los “felices noventa” . . . . .	193

II. La desilusión cosmopolita . . . . .	198
III. ¿Es posible una justicia global? . . . . .	204
IV. Cuatro exigencias impostergables . . . . .	209
Bibliografía . . . . .	217

## PRELIMINARES

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. 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. No debe extrañarnos. Nuestra capacidad de indignación es proporcional a nuestro grado de conciencia sobre los bienes y valores que buscan salvaguardar los derechos humanos, y el siglo anterior y lo que llevamos de éste, han sido pródigos en ejemplos de tales violaciones como para sacudir las conciencias más distraídas.

Lo cierto es que pocas personas podrían cuestionar hoy día la existencia y necesidad de los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal, en las convenciones sucesivas y en la normatividad de la gran mayoría de los Estados modernos. Los mecanismos de protección jurídica se han multiplicado y todo ello, sin lugar a dudas, es un signo positivo y esperanzador de los tiempos que vivimos. Irónicamente, quizás, el problema no se encuentre en el defecto —la carencia de derechos— sino en el exceso de los mismos. Se abusa de la expresión y del uso de los derechos humanos sin una debida conceptualización y justificación filosóficas, y sin reparar que: “Cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que las justifique adecuadamente”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, núm. 4, 1987, p. 23.

Con todo, pese a la relevancia del enfoque filosófico,<sup>2</sup> mi propósito en este libro es más modesto, a saber, realizar una lectura crítica de algunas propuestas normativas sobre los derechos humanos, en sede legislativa, judicial o doctrinaria, que requieren de una reflexión filosófica atenta y que no siempre es asumida ni comprendida a cabalidad por los propios actores: legisladores, jueces o doctrinarios. En otros términos, mi pretensión es hacer explícita la filosofía subyacente a los conflictos que operan entre derechos (y principios) y hacerla visible para enriquecer aún más el debate teórico. Se trata de hacer una didáctica de los derechos humanos, pero sin asumir pretensiones de neutralidad. Ya desde estas preliminares, y de manera sintética, pondré mis cartas sobre la mesa ofreciendo una definición de los derechos con sus propiedades, la concepción epistemológica jurídica coherente con tal concepción y el marco filosófico-político que los justifica.<sup>3</sup>

1. Comenzaré por aceptar una propuesta de noción de “derechos humanos” cuyos componentes analíticos podrían ser los siguientes:

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, etc... 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, etc...<sup>4</sup>

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 norma-

<sup>2</sup> Véase un texto claro y comprensivo sobre la temática en Spector, Horacio, “La filosofía de los derechos humanos”, *Isonomía*, México, núm. 15, 2001, pp. 7 y ss.

<sup>3</sup> He desarrollado algunos de estos supuestos en otros trabajos previos: *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2010, y *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012.

<sup>4</sup> Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 31.

tivas 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 especial valor que se atribuye a ciertos bienes, intereses, necesidades que, por lo mismo, se desea respetar, proteger y garantizar. Asimismo, los derechos se adscriben a todos y cada uno de los integrantes de una clase, individuales o colectivos, pero entendiendo que la titularidad de los mismos sólo es patrimonio de cada individuo: el colectivo como tal no es titular de derechos.

A partir de tal noción de “derechos” y apoyándome en Francisco Laporta y en la tesis valorativa propuesta por Juan Antonio Cruz Parceró,<sup>5</sup> debemos reconsiderar las propiedades que suelen predicarse de los mismos: su universalidad, su carácter absoluto y su inalienabilidad.

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. La razón parece clara: hay una imposibilidad conceptual de afirmar que los derechos humanos son universales y al mismo tiempo que son producto de un orden jurídico positivo determinado. Este último se concibe siempre con un ámbito de validez espacial y temporal determinado, acotado. Para ser más precisos, 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. La exigencia de satisfacción de tales bienes por parte de terceros puede ser una exigencia moral no institucionalizada jurídicamente por lo que es posible hablar de “derechos morales” y distinguirlos de los “derechos jurídicos”. Si alguna universalidad puede ser predicable de los derechos jurídicos es una puramente lógica y no sustantiva.

El carácter de absoluto de los derechos humanos alude a la *fuerza* que tienen los derechos. Si la fuerza consistiera en las obli-

<sup>5</sup> Véase Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999, e *id.*, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, caps. 1 y 2.

gaciones jurídicas que protegen los derechos caeríamos en la tesis de la correlatividad, muy discutida y objetada. En realidad, la fuerza de los derechos le viene dada no porque sus obligaciones reflejas lo sean sino, por el contrario, las obligaciones son fuertes *porque* los derechos humanos poseen una relevancia constitutiva obtenida por los mismos bienes que protegen. Así, el carácter de absoluto debe predicarse de esos mismos bienes y no de los derechos juridificados.

Con el carácter de inalienabilidad sucede otro tanto. Es falso que no pueda renunciarse a los derechos por la propia voluntad del titular. Cualquier jurista sabe que los derechos pueden ser desplazados justificadamente. A este respecto, Cruz Parceró introduce, siguiendo a Feinberg, algunas distinciones muy oportunas.<sup>6</sup> Inalienable puede entenderse como no renunciable o bien como *no abandonable*. El individuo que renuncia deja de ejercer un “derecho discrecional” que, sin embargo, sigue poseyendo. Por ejemplo, puedo renunciar al derecho a la vida o a la libertad — pensemos históricamente, por ejemplo, en el contrato de esclavitud para obtener más seguridad por parte del amo — pero, a diferencia de renunciar, abandonar significa que lo que se aliena es el derecho en cuanto tal. Por lo tanto, un derecho inalienable es aquél al que se puede renunciar pero no abandonar. Traducido a nuestros términos, significaría que no pueden abandonarse los bienes o necesidades, pero se puede renunciar a los derechos jurídicos. De nueva cuenta, el carácter de inalienable debe predicarse de tales bienes y necesidades.

2. En México hemos dado pasos importantes en el reconocimiento jurídico de los derechos humanos, no con la celeridad que merece el tema, pero pienso que encaminados en la dirección correcta. Otro problema es el de su instrumentación jurídica, que no será objeto de este libro, pero cuya importancia y urgencia está fuera de toda duda. Materializar los derechos humanos es una condición necesaria para que el análisis teórico de los mismos no termine en un ejercicio retórico inútil, pero reite-

<sup>6</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, cit., p. 195, n. 83.

ro, mi propósito es otro: concentrar los esfuerzos en los supuestos filosóficos.

En la reforma constitucional de junio de 2011,<sup>7</sup> se establece en el artículo 1o. de la Constitución el llamado *bloque de constitucionalidad*, es decir, la sistematización jurídica de todas las normas materialmente constitucionales, que no necesariamente se encuentran contenidas en la Constitución, por ejemplo los derechos reconocidos en los tratados y que forman parte del orden jurídico mexicano; asimismo, se incorporan los principios de *interpretación conforme* y *pro persona*. Vale la pena citar el artículo constitucional:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, castigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

No hay que escatimar elogios a las reformas constitucionales de 2011, pero tampoco hay que pretender que con ella hemos dado un “giro constitucional” en una suerte de “nuevo paradig-

<sup>7</sup> La reforma constitucional en materia de derechos humanos de los artículos 1o., 3o., 11, 15 18, 29, 33, 89 y 102, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

ma” para el que sólo unos cuantos iniciados de vanguardia y progresistas se hallan habilitados para hacerlo efectivo. Sin lugar a dudas los derechos humanos se constituyen en el eje central de la articulación estatal incorporando las disposiciones en materia de derechos de origen internacional.<sup>8</sup> ¿Pero se trata de un nuevo paradigma? Detengámonos un poco en esta pregunta.

Luigi Ferrajoli ha recuperado la expresión “paradigma” para referirla a la teoría jurídica distinguiendo entre lo que él llama “el paradigma del estado legislativo de derecho”, basado en el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente, y “el paradigma del estado constitucional de derecho” basado en la rígida subordinación de las leyes mismas a los principios constitucionales (entre ellos los derechos humanos) como normas de reconocimiento de su validez. ¿En qué sentido se puede decir que estos cambios constituyen un “nuevo paradigma”?

La expresión “paradigma” remite inmediatamente al filósofo de la ciencia Thomas Kuhn.<sup>9</sup> Si aceptamos las ideas de Kuhn y las referimos a los paradigmas ferrajolianos de “Estado legisla-

<sup>8</sup> Véase Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, Introducción.

<sup>9</sup> Para Kuhn el término “paradigma” refiere a la plataforma común de contenidos conceptuales y actitudes sociales que en cada momento o periodo histórico necesita compartir una comunidad científica madura para poder llevar a cabo su investigación. Toda ciencia normal, y esta es una primera tesis capital de Kuhn, es una actividad *dependiente del paradigma*. Asimismo, y esta es la segunda tesis capital de Kuhn, el progreso de la ciencia normal se produce *acumulativamente* mediante el intento de solución suscitado en el análisis de fenómenos a la luz de pautas impuestas por el paradigma. Sólo hasta el momento en el que surgen determinadas *anomalías*, que resultan ser ingobernables por esas pautas, se provoca una *crisis* que pone en cuestión todo el sistema. De aquí la necesidad de las *revoluciones científicas* que son “episodios de desarrollo de carácter no-acumulativo en los que un paradigma es cambiado en todo o en parte por otro nuevo con el que es incompatible e incommensurable”. Como sabemos, Kuhn ejemplifica con la física de Newton y la física de Einstein. Véase Garrido, Manuel, “La filosofía de la ciencia en el siglo XX”, en Garrido, Manuel *et al.* (coords.), *El legado filosófico y científico del siglo XX*, Madrid, Cátedra, 2005, pp. 735 y ss.

tivo” y “Estado constitucional” de derecho, debería existir una relación de incompatibilidad e inconmensurabilidad en la medida que se introducen determinadas anomalías que pudieran provocar una crisis del sistema. Sin embargo, es el propio Ferrajoli quien no parece aceptar esta interpretación. Tomo una cita de su libro *Principia iuris*, en la que refiriéndose al lenguaje jurídico con su carácter sintáctico y semántico afirma lo siguiente: “El constitucionalismo es un perfeccionamiento del positivismo jurídico y el estado constitucional de derecho una prolongación del estado legislativo de derecho”.<sup>10</sup>

En los términos de Kuhn, podríamos interpretar tal afirmación de Ferrajoli diciendo que dentro de las pautas del paradigma de la modernidad ilustrada —propio del positivismo jurídico y más concretamente del positivismo crítico que defiende Ferrajoli— en términos de un Estado liberal y democrático de derecho, se produce un progreso acumulativo de la ciencia del derecho que transita de un Estado legislativo a uno constitucional, sin rupturas o anomalías, es decir, sin crisis.

El llamado “nuevo constitucionalismo” —con todo el peso significativo que otorga al reconocimiento y protección de los derechos humanos— no constituye un nuevo paradigma sino, en todo caso, una concepción más fortalecida y superadora del positivismo jurídico decimonónico, “paleopositivista”, ambos dentro del paradigma de la modernidad ilustrada. La concepción de una modernidad ilustrada sí que constituye un paradigma, es decir, una plataforma común de contenidos conceptuales y de actitudes sociales, que es inconmensurable con otros paradigmas. ¿Con qué otros paradigmas? Se me ocurre, por ejemplo, con lo que el mismo Ferrajoli llama sistema “jurisprudencial y doctrinal”, tradicionalista, premoderno, relacionados con algunas concepciones iusnaturalistas, y agregaría, también, el paradigma posmoderno, escéptico, decisionista, propio de algunas propuestas realistas y de los llamados críticos del derecho.

<sup>10</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris, I. Teoría del Derecho*, trad. de Luis Prieto Sanchís *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, p. 469.

Dentro del paradigma de la modernidad no puedo más que aceptar y ver con muy buenos ojos tal prolongación “perfeccionista” del modelo constitucional con respecto al modelo legislativo de Estado de derecho. Estaríamos en presencia de un desarrollo teórico del derecho desde un positivismo descriptivo, a-valorativo o neutral hacia un positivismo crítico que supone una posición evaluativa o justificatoria en la que se debe asumir un “punto de vista interno” o la perspectiva del participante o del intérprete del derecho.

Pero si incluimos la perspectiva del participante se debe aceptar una pretensión de corrección, que no se reduce sólo al marco impuesto por una Constitución rígida distinta al modelo paleopositivista, sino que debe asumir la existencia de principios morales inherentes al propio modelo constitucionalista que propone Ferrajoli, de corte liberal, democrático y social, como son: 1) la protección y promoción de la dignidad y autonomía personal —con sus derechos civiles y políticos respectivos— sin paternalismo injustificados y sin perfeccionismos, y 2) la necesidad de rectificar las desigualdades inmerecidas dando prioridad moral al bienestar de los menos aventajados (Rawls) o de los más “débiles” (Ferrajoli), con el reconocimiento de los derechos sociales correspondientes.

Es claro que pueden existir conflictos de principios o de derechos dentro del modelo constitucionalista liberal pero precisamente tales conflictos demandan del decisor una pretensión de corrección moral que le permita decantarse argumentativamente por algunos de los derechos en conflicto. Precisamente, ante la innegable existencia de estos conflictos en el ámbito constitucional resulta del todo inviable defender el punto de vista externo y al mismo tiempo apelar a una argumentación racional que asuma el punto de vista del participante.

Creo que lo coherente, en el mejor de los casos, sería situar al positivismo en una fase previa “pre-interpretativa” que cumpla con el propósito de identificación y sistematización de las normas, para transitar, en un segundo momento, hacia la fase “interpretativa”

que dé cuenta del derecho en su integridad, es decir, que lo justifique desde la perspectiva del participante. Es este tránsito el que calificaría de “perfeccionamiento” del positivismo jurídico. ¿Se trata entonces de aceptar un no-positivismo? No me parece la expresión más adecuada. Se trataría, en todo caso, de un positivismo, o si se prefiere, de un positivismo crítico que asuma explícitamente el giro discursivo y constructivista y que conciba al derecho como integridad o argumentación. ¿En qué consiste esta concepción del derecho como argumentación?

3. Situados en nuestro paradigma moderno, ilustrado, liberal y democrático —y agregaría, desde un enfoque más filosófico, posmetafísico, secular y discursivo— pensemos un poco, con los términos de Kuhn, en el proceso acumulativo de la ciencia normal del derecho que va desde el Estado legislativo al Estado constitucional, sin rupturas, ni crisis, ¿qué cambios se han operado? Resumiré estos cambios en las siguientes dos proposiciones que recojo del pensamiento de Manuel Atienza y que, con más o menos diferencias, podrían aceptar una serie de autores afines como Dworkin, Alexy, Zagrebelski, Garzón Valdés, MacCormick y Nino:

I. El Derecho es entendido como una realidad dinámica que consiste en una práctica social compleja que incluye, además de normas y procedimientos, valores, acciones y agentes. Por lo mismo, existe la tendencia a considerar las normas —reglas y principios— no tan sólo desde su estructura lógica sino como enunciados que juegan un papel relevante en el razonamiento práctico incorporando otras esferas de la razón práctica como la moral y la política. El derecho es un instrumento para prevenir o resolver conflictos y, al mismo tiempo, como un medio para la obtención de fines sociales.

II. 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. Esta justificación sólo es posible bajo la convicción de que existen criterios objetivos (contra la arbitrariedad) como el

principio de coherencia o de integridad, que le otorgan un carácter crítico y racional, así como el reconocimiento de un conjunto de necesidades básicas de los seres humanos con respecto a las cuales el Derecho se encuentra vinculado.<sup>11</sup>

Con el primer enunciado (I) se asume el punto de vista del participante y la idea del derecho como práctica argumentativa y justificatoria, orientado hacia fines sociales. Con el segundo enunciado (II) se asume un constructivismo objetivista “a mitad de camino entre el absolutismo y el relativismo moral”.<sup>12</sup> Un objetivismo “mínimo” que debe distinguirse, precisamente de cualquier tipo de objetivismo metafísico o de realismo moral:

...que los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegaría por consenso una serie de agentes que discutieran respetando ciertas reglas más o menos idealizadas... El objetivista sostiene que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero están abiertos a la crítica, a la discusión racional y, por tanto, pueden ser modificados, no son absolutos... que haya criterios objetivos para determinar que una proposición moral es o no correcta no supone pensar necesariamente que existen “hechos morales”: objetivismo moral no equivale a realismo moral.<sup>13</sup>

En síntesis, y después de este rodeo epistemológico, diríamos que en el marco de un Estado constitucional pospositivista de derecho —que es a mi juicio el que subyace a las reformas constitucionales en México— los derechos humanos se constituyen en precondiciones sustantivas de la deliberación democrática, conceptualizados no a partir de una teoría de la elección o voluntarista, sino de una teoría del interés o de las necesidades.

<sup>11</sup> Véase Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-UAM, 2004, pp. 120 y ss.

<sup>12</sup> Véase Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, México, núm. 8, abril de 1998.

<sup>13</sup> Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 562.

Analizaré ambas teorías y los derechos como precondiciones en el cuerpo del libro.

4. Finalmente, si de acuerdo con el primer enunciado, el derecho incorpora otras esferas normativas como la moral y la política en una suerte de unidad de la razón práctica, entonces vale advertir al lector que el libro que tiene en sus manos pretende asumir de manera deliberada un marco teórico de análisis y reflexión sobre los derechos humanos que puede calificarse de liberal igualitario.

Se trata de un enfoque que, en líneas generales 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. Al mismo tiempo, una defensa de los derechos humanos entendidos no sólo como derechos negativos, protegidos por un Estado mínimo y gendarme, sino que amplía el horizonte de su comprensión hacia los derechos sociales con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía. Si la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía 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. Por lo tanto, para el liberalismo igualitario los derechos sociales y culturales —como los derechos a la salud, a una vivienda digna, a la seguridad social, a un salario justo, a la educación, al acceso al patrimonio cultural, etcétera—, son una extensión natural de los derechos individuales. Sería inconsistente reconocer derechos referidos a la vida, a la integridad física o a las libertades y no admitir que los mismos resultan violados cuando se omite otorgar los medios necesarios para su goce y ejercicio. De esta manera, para una concepción igualitaria del liberalismo existen tanto unos como otros y, correlativamente, no sólo deben existir los deberes negativos por parte del Estado sino también los positivos.

El liberalismo igualitario, propuesto en este libro, toma distancia de los excesos populistas, de la cerrazón nacionalista y del despotismo autoritario, reafirmando su convicción por una democracia plural, incluyente, deliberativa y representativa, y entiendo, también, que deben ponerse límites éticos y jurídicos a los excesos de un poder tecnócrata y de una cultura empresarial monopolista y nepotista —tanto como la de la propia clase política—, que cree de forma dogmática en el mercado sin regulaciones y en una competencia desenfrenada en perjuicio de los más necesitados, y de aquellos que en verdad quieren hacer valer sus méritos —capacidades, riesgos y esfuerzos— en una competencia adecuadamente regulada. Al mismo tiempo, un liberalismo laico que comprende que el ámbito propio de las convicciones religiosas y metafísicas es el privado y que, de ninguna manera, el Estado debe intervenir coactivamente en las decisiones íntimas de las personas, y que, por el contrario, debe acompañar en el ámbito público el avance y el progreso de la ciencia y de la educación en aras del propio bienestar del individuo y de los colectivos más discriminados.

Los principios, derechos y valores que conforman el enfoque liberal igualitario serán objeto del capítulo inicial de este libro. Los capítulos sucesivos abordarán los derechos humanos, desde un ámbito personal y social a partir de algunos colectivos concretos, que permitirán dimensionar la complejidad y necesidad del enfoque filosófico (primera parte); en un segundo momento analizaremos los derechos humanos desde un ámbito institucional —judicial y parlamentario— a partir de un enfoque estatal y de justicia global (segunda parte).

El libro reúne varios ensayos inéditos y otros previamente publicados, corregidos y ampliados para esta edición. De igual manera, se incorporan textos breves que sirvieron como presentaciones de libros o de autores y que fueron adaptados al final de algunos capítulos. Agradezco a las casas editoriales y a las publicaciones periódicas su autorización.

Asimismo, quiero agradecer al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en especial a su director Pedro Salazar

Ugarte, por su generosa hospitalidad para publicar este libro; a Jorge Cerdio, jefe del Departamento Académico de Derecho del ITAM y a Rogelio Flores, director del Centro de Estudios de Actualización en Derecho, por su invaluable apoyo para la coedición. Farid Barquet, Santiago Vázquez, Paula Argüello y Harnoldo Reyna han leído con paciencia las primeras versiones de los capítulos y sugerido correcciones muy pertinentes.

## CAPÍTULO PRIMERO

### PRINCIPIOS, DERECHOS Y VALORES\*

Desde principios de los setenta del siglo pasado, y hasta la fecha, el pensamiento liberal —especialmente en su vertiente igualitaria— ha mostrado una gran vitalidad que se ha evidenciado en diversos ámbitos del pensamiento práctico: ética, filosofía jurídica y política, bioética, entre otros. El núcleo de ideas que conforma su propuesta doctrinal ha girado en torno a la relevancia de la persona como agente moral y racional, así como de una serie de principios y derechos que han perfilado un tipo de ciudadanía acorde con los postulados de un Estado democrático y social de derecho. Preguntemos en primer lugar, cuáles son esos principios y derechos, y en qué concepción de la persona moral se sustentan, y en segundo lugar, cuáles son algunos de los valores cívicos que se desprenden de los propios principios normativos y los derechos correspondientes. En su conjunto, tales valores conformarán lo que podríamos denominar un “carácter liberal”.

#### I. PRINCIPIOS NORMATIVOS Y DERECHOS HUMANOS

Desde el punto de vista de la ética normativa y partiendo de la deliberación moral como práctica real para superar conflictos y alcanzar consensos bajo condiciones ideales (constructivismo ético), debemos asumir la libre aceptación de principios para justificar acciones y actitudes, a riesgo de incurrir en inconsistencias

\* Una primera versión abreviada de este capítulo fue publicada en Florescano, Enrique y Cossío D., José Ramón (coords.), *Hacia una nación de ciudadanos*, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2014.

pragmáticas.<sup>1</sup> El principio que sirve de fundamento para tal libre aceptación es el de autonomía personal.

### 1. *Principio de autonomía personal*

Este principio es distintivo de la concepción liberal de la sociedad y prescribe, en términos de Carlos S. Nino:

...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.<sup>2</sup>

El enunciado de este principio parte de la distinción entre dos dimensiones de la moral. Una de ellas está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás, proscribiendo aquellas acciones que perjudiquen el bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promuevan los intereses ajenos (moral intersubjetiva). La otra dimensión está constituida por las pautas morales que definen modelos de virtud personal y permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente (moral autorreferente).

<sup>1</sup> Para una explicitación del constructivismo ético, véase Moreso, José Juan, “El constructivismo ético y el dilema de Eutifrón”, en Alegre, Marcelo *et al.* (coords.), *Homenaje a Carlos Nino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2008. Tiene razón Moreso cuando destaca el atractivo que presenta el constructivismo moral con respecto a otras concepciones éticas en tanto “promete *objetividad* para los juicios morales sin *realismo*. Es decir, promete un espacio para el acuerdo racional en materias morales sin comprometerse con la existencia de hechos morales *out there*. Preserva la parsimonia filosófica sin arrojar la reflexión moral a las tinieblas de lo irracional” (p. 13).

<sup>2</sup> Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 204.

El punto de vista liberal, como sostiene Nino, no afirma que el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su punición jurídica. Implica, en cambio, limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los planes de vida y los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que cada individuo profesa no deben ser impuestos por el Estado, sino que deben quedar librados a la elección personal y en todo caso convertirse en materia de discusión en el contexto social.

El principio de autonomía permite identificar determinados bienes sobre los que versan ciertos derechos cuya función es poner barreras de protección contra medidas que persigan el beneficio de otros, del conjunto social o de entidades supraindividuales. El bien más genérico protegido por este principio es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. De manera más específica, por ejemplo, el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad; la libertad de residencia y de circulación; la libertad de expresión de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas, y la libertad de asociación para participar en las comunidades voluntarias totales o parciales que los individuos consideren convenientes. Este elenco de derechos forma parte de los llamados *derechos civiles y políticos*.

## 2. Principio de dignidad personal

Ahora bien, si la autonomía personal se toma aisladamente, puede llegar a ser un valor de índole agregativo. Esto quiere decir que, al menos en una versión utilitarista, cuanto más autonomía existe en un grupo social, la situación es más valiosa, independientemente de cómo esté distribuida esa autonomía. Sin embargo, esta situación contraviene intuiciones muy arraigadas en el ámbito del liberalismo. Así por ejemplo, si una élite consigue grados inmensos de autonomía a expensas del sometimiento y discriminación del resto de la población, este estado de cosas no

resulta aceptable desde el punto de vista liberal. Por esta razón es necesario defender un segundo principio, que limita el de la autonomía personal: el principio de dignidad personal, que prescribe:

...siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no debe tratársela nunca solo como un medio sino como un fin en sí misma y no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio.<sup>3</sup>

Este principio, de claros orígenes kantianos, supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada sólo como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra. En este sentido, dicho principio clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas, que al preocuparse por la cantidad total de felicidad social desconocen la relevancia moral que tienen la separabilidad e independencia de las personas. Cierra el paso, también, a cualquier expresión colectivista como la representada por los nacionalismos o culturalismos extremos. A su vez, el reconocimiento de este principio restringe la aplicación de la regla de la mayoría en la resolución de los conflictos sociales.

El principio de dignidad personal permite identificar ciertos bienes y los derechos correspondientes, íntimamente relacionados con la personalidad del individuo. El bien genérico es, sin duda, la vida misma y, más específicamente, entre otros bienes, la integridad física y psíquica del individuo; la intimidad y priva-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 239. La segunda formulación kantiana del imperativo categórico dice: “Obra de tal modo que trates a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (*Foundations of the Metaphysics of Morals*, trad. de L. White Beck, Nueva York, Macmillan Publishing Company, 1987, p. 47). Añado el componente kantiano a la enunciación de lo que Nino llama “principio de inviolabilidad de la persona” para denotar con más claridad la influencia del filósofo alemán. Como veré en el siguiente capítulo, la idea de inviolabilidad de la persona expresa adecuadamente el acceso negativo a la noción de dignidad.

cidad afectiva, sexual y familiar; el honor y la propia imagen; la identidad y memoria históricas. Estos derechos han sido genéricamente considerados como *derechos personalísimos*.

### 3. Principio de igualdad

Todo individuo tiene el derecho a valerse de los recursos necesarios o a la obtención de bienes primarios para poder llevar a cabo una vida autónoma y digna, en igualdad de condiciones con respecto a todos los demás. Se requiere, por lo tanto, un principio cuya directiva implique el trato igual a las personas, o un trato diferenciado si existen diferencias relevantes, así como la seguridad de una participación equitativa en los recursos o bienes disponibles: el principio de igualdad. En un primer acercamiento, el principio normativo de igualdad se puede enunciar como sigue: *todos los seres humanos deben ser tratados como iguales*.

La realidad sobre la que gravita dicho principio presenta una enorme multiplicidad de rasgos, caracteres y circunstancias de los seres humanos. El principio de igualdad intenta determinar cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no es posible. Cuando no existen diferencias relevantes el tratamiento debe ser igual, cuando las hay, debe ser diferenciado. Entre ambos tipos de tratamiento hay un orden lexicográfico, es decir, la diferenciación basada en rasgos distintivos relevantes procede sólo cuando la no discriminación por rasgos irrelevantes está satisfecha. Por ello, resulta muy apropiada la enunciación del principio de igualdad en los siguientes términos:

Una institución satisface el principio de igualdad si y sólo si su funcionamiento está abierto a todos en virtud de principios de no discriminación y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudica a los individuos beneficios o cargas diferenciadamente en virtud de rasgos distintivos relevantes.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Laporta, Francisco, “El principio de igualdad”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985, p. 27.

Ejemplos de rasgos no relevantes que no justificarían un trato discriminatorio entre las personas serían la raza, el sexo, las preferencias sexuales, el origen social o las convicciones religiosas. El principio de igualdad no se reduce exclusivamente al problema de la no discriminación sino al tratamiento diferenciado cuando existen diferencias relevantes. La cuestión es cómo determinar que un rasgo o característica es relevante, y de acuerdo con tal criterio proceder a la discriminación. Varios son los principios que se han propuesto para la justificación de un tratamiento diferenciado basado en las necesidades, recursos, capacidades, riqueza, mérito, etcétera. Por lo pronto, cabe mencionar que el principio de igualdad, referido al problema de la justicia distributiva, tiene que ver primordialmente con la distribución de bienes públicos y los derechos que sirven para su protección: los llamados *derechos económicos, sociales y culturales*.

#### 4. *Concepción de la persona moral*

Llegado a este punto vale decir que la combinación de los principios de autonomía, dignidad e igualdad de la persona constituyen una base normativa suficiente para derivar una amplia gama de derechos humanos y, a partir de ellos, definir a las personas morales como aquellos individuos que poseen las propiedades necesarias para gozar o ejercer tales derechos. ¿Cuáles son esas propiedades que caracterizan a la persona moral desde el punto de vista de una concepción liberal?

- a) Las personas morales están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos.
- b) Tal capacidad es previa —supone un sujeto subyacente— a cualquier fin, interés o deseo.
- c) Esta separación de la persona de cualquier fin, interés o deseo permite también aislarla del flujo causal —económico, histórico, político, social— en el que estos últimos, como cualquier fenómeno empírico, están inmersos.

- d) Las personas morales están también separadas entre sí. Esto significa que tienen sistemas separados de fines e intereses y que son centros independientes de elecciones y decisiones.
- e) Como consecuencia de todo lo anterior, si algo es una persona moral nada que esté compuesto por ella o esté constituido a partir de ella puede ser también persona moral. En particular las entidades colectivas —comunidad, nación, Estado, etcétera— no son personas morales, es decir, no poseen los atributos de individualidad, autonomía y dignidad que caracterizan a las mismas.<sup>5</sup>

La concepción de la persona que se pretende caracterizar no es la de la persona empírica inmersa en el flujo causal y sujeta a todas las contingencias sociales, históricas y políticas, sino a la persona moral precisamente abstraída de tales contingencias. Esta concepción normativa de la persona que supone los principios de autonomía y dignidad personal, dista mucho de identificarse con una visión individualista o atomista. Más aún, la autonomía y dignidad personal no son incompatibles con los valores comunitarios, siempre que dichos valores no sean impuestos autoritariamente. En palabras de Carlos Nino:

Un liberal puede y en realidad debe valorar las relaciones particulares con los padres, los hijos y la esposa, su pertenencia a una comunidad u otra, determinadas tradiciones y, sobre todo, un modo de vida o plan de vida que integre todos los aspectos mencionados. Pero un liberal debe valorar aún más la libertad de adoptar, modificar y eventualmente abandonar un modo de vida o plan de vida y todos sus aspectos específicos: en otras palabras, un liberal no puede valorar tanto todas esas relaciones como para valorar la imposición forzada de ellas. Así, el liberal no puede ser un fanático. Tiene que tener, por así decir, su mente dividida entre el compromiso con un determinado proyecto y el examen de

<sup>5</sup> Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, cit., p. 172.

los mismos con el fin de determinar si ha de continuar con ellos o abandonarlos.<sup>6</sup>

A partir de los principios, de los derechos y de una concepción de la persona moral acorde con los mismos, es posible desprender una serie de valores que conforman lo que llamaríamos un “carácter liberal”. Por supuesto un liberal (igualitario) no se desentiende de las virtudes morales, sólo que éstas deben cumplir un papel secundario o instrumental con respecto a los tres fines que caracterizan su propuesta normativa, y que no debemos perder de vista de cara a posturas conservadoras: 1) la posibilidad de que los individuos desarrollen y ejerciten su capacidad de revisión racional, es decir, hagan valer su autonomía personal; 2) el Estado no debe tomar en cuenta los méritos intrínsecos de los planes de vida elegidos por los individuos, es decir, debe concebirse como un Estado no perfeccionista; 3) las desigualdades moralmente arbitrarias son injustas y deben ser rectificadas.<sup>7</sup> ¿Cuáles son los valores que conforman el carácter liberal de un ciudadano en el marco de un Estado democrático y social de derecho?

## II. VALORES CÍVICOS

No es posible justificar adecuadamente una postura liberal (igualitaria), desde el punto de vista político y jurídico, si no se aceptan las siguientes premisas: *a)* la existencia de un pluralismo de valores y, a partir de su reconocimiento, la necesidad de promover la diversidad social y cultural para enriquecer la vida de cada uno de los individuos; *b)* la imparcialidad que no debe confundirse con el escepticismo y la neutralidad con respecto a los valores; *c)* la tolerancia como valor activo muy distinto a la re-

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 194-5.

<sup>7</sup> Véase Kymlicka, Will, “Igualitarismo liberal y republicanismo cívico: ¿amigos o enemigos?”, en Ovejero, Félix *et al.* (comps.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 210 y ss.

signación y a la indiferencia; *d*) la responsabilidad, especialmente de los funcionarios con la debida publicidad de las decisiones; *e*) la solidaridad fundada en la justicia y en el reconocimiento compartido de los derechos humanos, y, finalmente, *f*) la deliberación pública. Digamos unas palabras sobre cada uno de estos valores cívicos.

### 1. *Pluralismo*

El pluralismo es una teoría acerca de la existencia y de la naturaleza de los valores, de cuya realización depende el logro de una vida buena. Se puede hablar de un pluralismo descriptivo o bien normativo. El primero ofrece una descripción de algunas características relevantes para la vida buena; el segundo evalúa tales características con base en la contribución que ofrecen al desarrollo de una vida autónoma. Es en este último sentido que se dice que el Estado, por ejemplo, debe promover el valor del pluralismo en la medida en que la diversidad social y cultural contribuye a la formación y ejercicio de la autonomía personal.

La aceptación de un pluralismo de valores supone la posibilidad de que estos puedan entrar en conflicto por su incompatibilidad. Como afirma Joseph Raz:

El pluralismo moral sostiene que existen diversas formas y estilos de vida que ejemplifican diferentes virtudes incompatibles entre sí. Las formas o estilos de vida son incompatibles si, dadas ciertas presunciones razonables sobre la naturaleza humana, no pueden ser normalmente ejemplificadas en la misma vida. No hay nada que impida a una persona ser al mismo tiempo profesor y padre o madre de familia. Pero una persona no puede, al mismo tiempo, orientar su vida a la acción y a la contemplación, para usar uno de los contrastes tradicionalmente reconocidos...<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 395.

Defender el pluralismo moral es defender, por otra parte, el valor de la autonomía personal. La autonomía se ejercita a través de la elección y elegir requiere de una variedad de opciones. A este respecto, y contra todo sesgo de elitismo cultural, vale la pena citar las siguientes palabras de Ronald Dworkin:

Deberíamos tratar de definir una estructura cultural rica, que multiplique las diversas posibilidades u oportunidades de valor, y considerarnos custodios de la riqueza de nuestra cultura, encargados de protegerla para quienes vivirán sus vidas después de nosotros. No podemos afirmar que de esa manera les daremos más oportunidades de placer, o que les ofreceremos un mundo que preferirían a otros mundos alternativos que podrían crear. Ese es el lenguaje del enfoque económico, que no está disponible aquí. Pero lo que sí podemos afirmar (¿y quién podría negarlo?) que es mejor que las personas dispongan de complejidad y profundidad en las formas de vida a las que pueden acceder, y luego detenernos a ver si, cuando actuamos según ese principio, somos susceptibles de ser objetados por elitistas o paternalistas.<sup>9</sup>

Ahora bien, la aceptación del pluralismo no significa la negación de un consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer para el logro de una vida humana digna. Los bienes primarios o las necesidades básicas —libertades, alimentación, salud, educación, vivienda, seguridad social, entre otros— así como los derechos humanos, requieren de *convenciones profundas* a diferencia de las necesidades secundarias o derivadas que requieren de *convenciones variables*.<sup>10</sup> Los primeros no están sujetos a negociación —se mueven en un contexto independiente de justificación—, los segundos sí. En otros términos, la posibilidad del pluralismo moral y de la autonomía personal

<sup>9</sup> Dworkin, Ronald, “¿Puede un Estado liberal subvencionar las artes?”, en *Una cuestión de principios*, trad. de Victoria Boschiroli, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2012, pp. 286 y 287.

<sup>10</sup> Véase Kekes, John, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, 1993, p. 31.

supone la existencia de un “coto vedado”<sup>11</sup> o de una “esfera de lo indecible”.<sup>12</sup> Un pluralismo moral así entendido excluye el desacuerdo y el conflicto entre los individuos y los grupos. Se parte de un consenso profundo con respecto a los bienes básicos pero, al mismo tiempo, se deja un amplio margen para el desacuerdo, el diálogo y la negociación con respecto a valores que se sujetan a la contingencia de las diversas tradiciones culturales.

## 2. Imparcialidad

Uno de los postulados más recurrentes del liberalismo es su defensa de la neutralidad.<sup>13</sup> Un liberal congruente debe ser neutral o permisivo con respecto a los valores. En la medida que las acciones no dañen a otro, el individuo o el mismo Estado deben abstenerse de promover algún plan de vida determinado. Leszek Kolakowski sintetiza con claridad, los supuestos que se deben cumplir para comprender expresiones como “el Estado se mantuvo neutral en el conflicto”:

Sólo se puede ser neutral en relación con una situación particular de conflicto. No se puede ser neutral sino por referencia a conflictos actuales o posibles entre partes distinguibles.

La neutralidad es siempre intencional. No se puede ser neutral ante un conflicto que se desconoce o que resulta indiferente.

No se es parte o no se considera una parte del conflicto, por lo tanto, no se intenta influir en el resultado. Si se considera uno

<sup>11</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 641 y ss.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

<sup>13</sup> Con respecto a la defensa de la idea de neutralidad Charles Larmore afirma: “El Estado no debe promocionar ningún plan de vida en particular... La neutralidad de un Estado liberal... no tiene que ver con los resultados sino más bien con el procedimiento... Tales decisiones pueden considerarse como neutrales sólo si se pueden justificar sin apelar a una presumible superioridad intrínseca de alguna concepción particular de forma de vida buena”, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge University Press, 1987, pp. 43 y 44.

parte en el conflicto, se puede ser (idealmente) imparcial pero no neutral. Ser parte del conflicto implica un esfuerzo por influir en los resultados.

La neutralidad es una característica formal del comportamiento y no está implicado ningún valor material en su concepto.<sup>14</sup>

Los supuestos que señala Kolakowski distinguen la neutralidad de la imparcialidad. Ser neutral es abstenerse de influir en los resultados y, puesto que no existen elementos objetivos para determinar las distintas concepciones de lo bueno, la neutralidad queda vacía de contenido material. Este es el punto de vista del liberal libertario. Contra éste hay que sostener que el concepto central para un liberal (igualitario) no es el de neutralidad sino el de imparcialidad. Ser imparcial es valorar el conflicto en términos de principios generales que se aceptan independientemente de la situación en particular, sin permitir que las preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio.

Ahora bien, cuando un igualitario habla de imparcialidad parte de la convicción de que con respecto a la moral intersubjetiva, en la medida en que exista una situación real y asimétrica de conflicto entre las partes, la neutralidad es imposible simplemente porque si evito influir en el resultado estoy de hecho ayudando a la parte más fuerte. En este sentido, es innegable que si me abstengo de participar en un conflicto en el cual el resultado tiene un significado moral, mi abstención debe evaluarse también desde “un punto de vista moral”. Si se apela a un “punto de vista moral” el terreno en el que comienza uno a moverse es el de la imparcialidad. Dado este contexto, entonces, la imparcialidad puede exigir, o bien una actitud de tolerancia, o bien de decidida intervención en el conflicto evitando caer, en este último, en paternalismos injustificados.

<sup>14</sup> Kolakowski, Leszek, “Neutrality and Academic Values”, en Montefiore, Alan (ed.), *Neutrality and Impartiality*, Cambridge University Press, 1975, pp. 72 y 73.

### 3. *Tolerancia*

Una ética del pluralismo y de la imparcialidad es una ética de la tolerancia. Es ésta, sin duda, uno de los valores más identificados con un carácter liberal. Sin embargo, no pocas veces su comprensión se desvirtúa hasta confundir la tolerancia con actitudes sólo en apariencia próximas, como la indiferencia o la resignación. Vale la pena detenernos un poco en el análisis de su significado.

Decimos que estamos frente a un acto de tolerancia cuando: una persona A omite (es decir, no prohíbe), por determinadas razones (es decir, pondera razones en pro o en contra), intervenir en contra de B, pese a que B *lesiona una convicción* relevante de A y A tiende y *puede actuar* en contra de B. Las dos características relevantes de la tolerancia son: la lesión de una convicción y la posibilidad de intervenir como una cuestión de competencia.<sup>15</sup>

Con respecto a la primera sólo puede hablarse de un acto de tolerancia si se experimenta una lesión en una convicción relevante, es decir, la lesión de ideas o creencias que ocupan un lugar importante en el sistema personal de valores y reglas del sujeto tolerante. Cuanto mayor sea la importancia de la convicción, tanto mayor podrá ser el grado de tolerancia, y según sea el tipo de convicción que puede ser lesionada también lo será el tipo de tolerancia a manifestar: mandatos de la estética, convenciones sociales, prejuicios, principios de racionalidad medio-fin, convicciones religiosas y convicciones morales.

Con respecto a la segunda característica el tolerante es aquel que tiene el poder de tratar de suprimir o prevenir (o, al menos, de oponerse u obstaculizar) lo que le resulta lesivo. La persona tolerante debe poseer, entonces, la competencia o facultad que le permita fácticamente intervenir en contra de una acción que lesiona sus convicciones. Esto supone que el estado de cosas que se tolera pueda ser controlable: una catástrofe natural, en este sen-

<sup>15</sup> Véase Schmitt, Annette, “Las circunstancias de la tolerancia”, *Doxa*, Alicante, núm. 11, 1992, p. 74.

tido, puede ser soportada o no, pero resulta absurdo pensar que es objeto de tolerancia. De igual manera, el esclavo que recibe un mandato de su amo que lesiona sus convicciones, al carecer de competencia, no lo tolera sino que lo soporta. La competencia, desde luego, tiene sus límites. Evaluar si se debe intervenir o no sólo es posible si lo que se tolera está tácitamente permitido en el sistema de reglas que mandan, prohíben o permiten las conductas humanas. Si esto es así, entonces el reconocimiento de derechos de cualquier tipo convierte en innecesaria a la tolerancia.

Así definida, la tolerancia no se puede confundir con la *paciencia*. El paciente que rechaza una acción no está vinculado con una tendencia a la intervención, sino que actúa en la esperanza o en la certeza de que su objeto tiene una existencia transitoria. Sólo cuando se “agota la paciencia” y surge una tendencia a la intervención aparece la tolerancia.

De igual manera, la tolerancia se distingue de la *indiferencia*. En ésta no se da la circunstancia de lesionar una convicción. El indiferente que parte de una posición escéptica o relativista no tiene elementos para rechazar una acción ni puede tener la tendencia a prohibir. El tolerante siempre parte de convicciones que considera objetivas.

Por último, la tolerancia no se confunde con la *resignación*. El resignado no cumple con la circunstancia de poseer competencia, más bien se caracteriza precisamente por carecer de la misma. El tolerante siempre debe poder rechazar u obstaculizar las acciones que violentan sus convicciones, pero decide abstenerse por motivos que justifican dicha abstención. La tolerancia, entonces, no debe confundirse con la neutralidad. A diferencia de esta última, la tolerancia supone la actitud de no permitir el acto tolerado pero, además, exige la existencia de un sistema normativo superior al propio sistema básico que justifique la abstención.<sup>16</sup>

Ahora bien, puede existir una tolerancia sensata, que es aquella que ofrece buenas razones para ser tolerante, o bien, una

<sup>16</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “«No pongas tus sucias manos sobre Mozart». Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia”, en *Derecho, ética y política, cit.*, pp. 402-3.

tolerancia insensata. Las buenas razones para la tolerancia son aquéllas que se apoyan en la imparcialidad moral, es decir, en la consideración de los intereses de los demás en tanto seres autónomos, es decir, capaces de formular planes de vida respetables en la medida en que no violen el principio de daño o no sean expresión de una incompetencia básica que dé lugar a formas de paternalismo éticamente justificable.

Con todo, si bien es cierto que en toda sociedad liberal la tolerancia desalienta la violencia y permite una mayor convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad, lo cierto es que su valor debe entenderse de forma temporal: se debe trascender el límite impuesto por la tolerancia y aspirar hacia el estado de respeto. No el “respeto bobo”, en los términos de Marcuse, sino aquel que se sustenta en el reconocimiento de las diferencias y en los principios de autonomía y dignidad humanas, como valores en ningún sentido negociables. La tolerancia sería un primer paso, una virtud transitoria, si se quiere, que debe dar lugar, finalmente, a la igual consideración y respeto de las personas en el contexto de una pluralidad diferenciada. En este sentido, y después de citar un pasaje ilustrativo de Goethe —“En realidad, la tolerancia no debería ser realmente más que un estado de espíritu pasajero, debiendo conducir al reconocimiento. Tolerar significa insultar”— Ernesto Garzón Valdés concluye con las siguientes palabras que hago mías:

Todo demócrata liberal sensato debe, en el ámbito público, procurar reducir la necesidad de recurrir a la tolerancia afianzando la vigencia de los derechos fundamentales. Cuanto menos necesidad de tolerancia existe en una sociedad, tanto más decente lo será. En el ámbito privado, siempre habrá niños que nos tiren piedritas en la sopa y habrá que tolerarlos paternalistamente. Pero, en la medida en que las reglas de lo público penetran en lo privado y se afiancen los derechos de sus miembros, se reducirá también el ámbito de vigencia de la tolerancia.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El sentido actual de la tolerancia”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-Fontamara-UAM-INACIPE, 2005, p. 43.

#### 4. *Responsabilidad*

La responsabilidad tiene que ver con la libertad o *autonomía* del individuo así como con su capacidad de comprometerse consigo mismo y, sobre todo, con otros hasta el punto de tener que responder de sus acciones. Dicho *compromiso* hace que la responsabilidad sea una actitud esencialmente *dialógica*.<sup>18</sup>

La autonomía personal constituye, entonces, una condición necesaria de la responsabilidad, de la capacidad de comprometerse consigo mismo y con los demás: la exigencia de responsabilidades supone compromisos claros y fuertes. En este sentido, no parece difícil establecer el nexo obligaciones-responsabilidades-compromisos. Los códigos de ética profesional —del abogado, del contador, del médico— son un buen ejemplo de exigencias y determinación de compromisos, aunque resulta más difícil determinar cuáles deben ser las obligaciones si pensamos en un buen político, en un buen educador o en un intelectual comprometido. No es que no existan obligaciones en estos últimos —y en todo Estado de derecho deben positivizarse lo más claramente posible— sino que la variedad con la que se manifiestan en el ejercicio de sus actividades es un poco más difusa. Los principios generales que norman sus conductas deben adecuarse a circunstancias fácticas que exigen lo que los antiguos llamaban la virtud de la prudencia, el saber cómo actuar aquí y ahora; el desarrollo de un sano sentido común que sólo puede adquirirse a través de una experiencia más o menos prolongada. De no existir ésta, las obligaciones tienden a debilitarse y, por consiguiente, también los compromisos respectivos. Las obligaciones sustantivas terminan reduciéndose a obligaciones formales: el “buen” político terminará siendo el que sabe mantener contentos a sus electores o el que no incurre en corrupciones demasiado evidentes.<sup>19</sup>

Ahora bien, para acceder a normas morales intersubjetivas válidas, es decir aceptables desde una perspectiva de imparciali-

<sup>18</sup> Véase Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, p. 66.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 69.

dad, racionalidad y objetividad, se requiere de un procedimiento deliberativo público que las garantice. No pueden existir responsabilidad ni compromisos reales si los principios normativos y las decisiones no terminan siendo públicas o transparentes. Violar el principio de publicidad implica tanto atentar contra la propia naturaleza del Estado de derecho como exponer al gobernante al descrédito por parte de la propia ciudadanía. La delimitación pública entre lo justo y lo injusto, de lo permitido y lo prohibido, es el fundamento de la misma seguridad jurídica, ya que es ella la que permite prever las consecuencias deónticas de sus acciones a los ciudadanos.

Por ello, en un Estado democrático y social de derecho, todo ciudadano debe tener acceso a la información que le permita ejercer el derecho de control de los funcionarios públicos y participar en el gobierno como verdadero elector. Justamente porque la publicidad es un principio normativo, puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado.<sup>20</sup> Nadie mejor que Kant para destacar la importancia del principio de publicidad:

Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otras personas cuyos principios no soportan ser publicados... Un principio que no pueda manifestarse *en alta voz* sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante, sólo puede obtener la universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori*, por la injusticia con la que amenaza a todos.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas”, *Doxa*, Alicante, núm. 14, 1993, pp. 82 y 83.

<sup>21</sup> Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 61 y ss.

## 5. *Solidaridad*

Se ha puesto en duda con frecuencia la idea de que un carácter liberal deba suponer la puesta en práctica de actitudes solidarias con las personas o grupos menos favorecidos de la sociedad. Los liberales, especialmente los libertarios, reaccionan ante este reproche reclamando que nada impide a un individuo ser fraterno con su semejante siempre que ello no suponga deberes de justicia sino exclusivamente actitudes de altruismo, empatía o, simplemente, benevolencia. A diferencia de los libertarios, para un liberal (igualitario) el valor de la solidaridad no debe entenderse como un buen sentimiento que acompaña a la justicia para perfeccionarla o que acompaña al otro en su sufrimiento. Más bien habría que decir que existe real y efectiva solidaridad cuando ésta se justifica a partir de un principio más radical, como es el de igualdad. La solidaridad con el que sufre y con el que se encuentra en una situación de desventaja resulta vacua si no existe la voluntad de remediar la situación, reconociendo sus necesidades básicas y posibilitando una distribución más equitativa de los recursos. Lo que se quiere decir es que el valor de la solidaridad no acompaña sino constituye a la justicia; que existen derechos de los individuos y deberes positivos de equidad por parte del Estado que deben ser traducidos adecuadamente en un marco legal.

En el ámbito ético-jurídico, Gregorio Peces-Barba haciendo una paráfrasis de Benjamin Constant sobre la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos”, se refiere también a una “solidaridad de los antiguos” y a una “solidaridad de los modernos”.<sup>22</sup> La primera estaría inspirada en un modelo clásico que parte desde la *filia* (amistad) aristotélica, se prolonga en la *pietas* y *humanitas* estoica y llega hasta la *caritas* cristiana. Se caracteriza por el vínculo de amistad y amor que abarca a todos los hombres, que conduce a un objetivo de unidad y ayuda mu-

<sup>22</sup> Peces-Barba, Gregorio, “Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”, cit. por Lucas, Javier de, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993, p. 24.

tua y que exige una cierta comunidad de bienes y de culto a un ser divino. La segunda apunta a la solidaridad como elemento de legitimidad, como principio jurídico-político y tiene sus raíces en la tradición igualitaria de Rousseau, la “ética de la simpatía” de la Escuela inglesa (Hume en especial), la idea de benevolencia kantiana, el liberalismo progresista de Mill y los aportes de Durkheim. Esta tradición, en franca pugna con el individualismo de Hobbes y Malthus, entendería la solidaridad como ayuda mutua, en una interdependencia basada en la creación de lazos comunes que responden a situaciones de desigualdad: se es solidario con quienes se encuentran en peligro o desventaja. Es la continuidad de la tradición incorporada en el principio de diferencia de Rawls, que al secularizarse prescindirá de las nociones de comunión y de caridad.

La solidaridad para un liberal igualitario debe entenderse como la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de las necesidades básicas comunes. Desde la perspectiva del Estado tal reconocimiento implica la exigencia de deberes positivos para la satisfacción de las mismas que, por cierto, preceden a las diferencias sin pretender ignorarlas, rechazarlas o subestimarlas. En este sentido, como bien afirma Javier de Lucas, ser solidario no se reduce a la mera actitud de constatación de la necesidad del otro o incluso de condolencia, sino a la exigencia de un comportamiento positivo en cuanto a la valoración ética de la relación con los demás.<sup>23</sup> El deber de solidaridad contribuye así a la eliminación de formas de discriminación y a la protección de minorías y sectores de la población marginados, lo que puede, por supuesto, implicar acciones paternalistas o de acción afirmativa por parte del Estado, plenamente justificadas.

## 6. *Deliberación pública*

Finalmente, si partimos de la premisa de que entre los planes de vida posibles de cualquier individuo se encuentran también

<sup>23</sup> Véase Lucas, Javier de, *op. cit.*, p. 32.

aquellos que se sustentan en convicciones religiosas, en tanto libremente elegidos o ratificados en una etapa de madurez, son tan valiosos como cualquier otro plan de vida y su límite es, igualmente, el daño a la autonomía y bienestar que pudieran causar en terceros al momento de su puesta en práctica. Un liberal no está reñido con las convicciones religiosas. Él mismo puede tener las propias, pero está consciente de que los principios religiosos son inmunes al razonamiento y se reservan en el fuero de la conciencia personal. En este sentido, la religión no es una condición necesaria ni suficiente para la moral, mucho menos para el derecho y la política. Por ello, un individuo liberal entiende que un ordenamiento jurídico, así como cualquier política pública, debe estar dirigido tanto para creyentes como para no creyentes, agnósticos o ateos. En este sentido, tiene razón Martín Farell cuando sostiene que:

Los principios religiosos son, necesariamente, de tipo metafísico, no susceptibles de prueba, dogmáticos, autoritarios y, en buena medida, inmunes al razonamiento. En la filosofía occidental se considera a los sentimientos religiosos generalmente como carentes de prueba, y las pruebas que han tratado de buscarse se han considerado inválidas. El orden jurídico, por su parte, está dirigido a todos, creyentes o no creyentes. Para cualquier contenido de orden jurídico hay que dar razones, proporcionar argumentos. Hay que discutir, y no dogmatizar.<sup>24</sup>

Ahora bien, para un ciudadano con convicciones religiosas ¿le es posible participar en la deliberación pública, democrática, y dejar entre paréntesis tales convicciones? En otros términos, como se pregunta la filósofa española Cristina Lafont: “¿Es posible realmente articular una noción de lo «racionalmente aceptable» que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo [metafísica o religiosa] o en una con-

<sup>24</sup> Farell, Martín, *La ética del aborto y de la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pp. 13 y 14.

cepción del bien homogénea?”.<sup>25</sup> Analicemos las respuestas de dos protagonistas contemporáneos de este debate: John Rawls y Jürgen Habermas.

En *Liberalismo político* Rawls propone su conocido “consenso sobrepuesto”.<sup>26</sup> Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir y justificar nuestras obligaciones morales y políticas. El consenso obtenido con respecto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU sería un claro ejemplo de consenso sobrepuesto.

A partir de tal consenso Rawls distingue entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables o inaceptables en la deliberación pública. Para Rawls nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprensivas, metafísicas o religiosas, en las que creen, siempre y cuando ofrezcan además razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista: ¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviera dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluirse de la deliberación pública; quien estuviera dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático pero a costa de una buena dosis de sinceridad.

<sup>25</sup> Lafont, Cristina, “Democracia y deliberación pública”, en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-CESO, 2007, p. 130.

<sup>26</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

En los últimos años Habermas ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de Rawls<sup>27</sup> además de debatir, entre otros, con Joseph Ratzinger.<sup>28</sup> Situado en el ámbito de las razones intersubjetivas, Habermas coincide con Rawls en el sentido de que al determinar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse sólo cuentan las razones generalmente accesibles, las “razones seculares”. Pero a diferencia de Rawls, Habermas distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional propia de los funcionarios administrativos, legisladores y jueces. En la primera los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Sólo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional y aspirar a ser coercitivas. Con esta distinción, la propuesta de Habermas permite a los ciudadanos en la esfera pública informal expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. De esta manera Habermas solventa el problema de la deshonestidad y permite a los ciudadanos religiosos entender la deliberación pública como un proceso cognoscitivo genuino. ¿Pero hacer esta distinción tan radical entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares no pondría en peligro los prerrequisitos de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes?

Habermas responde, de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racional, que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nie-

<sup>27</sup> Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, trad. de Pere Fabra *et al.*, Barcelona, Paidós, 2006, especialmente cap. 5, “La religión en la esfera pública”.

<sup>28</sup> Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, trad. de Pablo Largo e Isabel Blanco, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

guen en principio todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De aquí que, sorprendentemente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones: 1) abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas, y 2) ayudar a traducir el contenido de las mismas que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. Habermas es explícito en este punto en su conversación con Ratzinger:

Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura política liberal puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público en general.<sup>29</sup>

Sin embargo, resulta que ahora a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que se corresponde con sus verdaderas creencias si éstas resultan ser de tipo secular. Estaríamos tratando a los ciudadanos seculares no bajo un criterio normativo sino instrumental y caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad presentado por Rawls sólo que ahora aplicado a los ciudadanos seculares. Más aún, si después de todo este esfuerzo no se encuentran traducciones seculares para las convicciones religiosas, pues éstas quedan excluidas para adoptar las políticas coercitivas que vayan a instrumentarse.

Todo lo anterior sin profundizar en la idea de “potencial de verdad” de los conceptos religiosos. Por ejemplo, pensemos un instante cuál sería el potencial de verdad de conceptos religiosos como la encarnación de Cristo, el pecado original, la transubstanciación, la virginidad de María, la resurrección, el juicio final, entre otros, al menos en la confesión cristiana. ¿De qué recursos

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 33.

epistemológicos podría echar mano el ciudadano secular para traducir este lenguaje religioso al público en general? Si Habermas no tiene en mente este tipo de verdades de fe en los cristianos al momento de ingresar a la deliberación pública y las descarta como no traducibles a un lenguaje secular, y por lo tanto imposible de ser institucionalizadas, entonces el remanente susceptible de traducción es irrelevante. Así, por ejemplo, si un cristiano afirma que “todos somos hijos de Dios” y con ello se interpreta que “todos somos iguales en dignidad”, o bien se trivializa lo que en la fe cristiana significa ser “hijo de Dios”, o bien se abusa de la analogía entre “hijos de Dios” y “dignidad humana”. No encuentro ninguna relación posible entre el concepto de “dignidad humana” y la idea de ser “hijo” de un ser divino trascendente y espiritual, con todos los atributos infinitos. Mucho menos que por ser todos hijos de un padre con tales cualidades, seamos humanamente iguales.

Pero entonces, ¿qué significa “tomarse en serio” las razones de los conciudadanos? Según la interpretación de Habermas, como vimos, tomar en serio las razones religiosas a favor de medidas políticas controvertidas requiere que no se niegue de principio la posible verdad de las creencias religiosas. Sin embargo, no resulta nada obvio por qué tendría que ser esto así. Más bien, tomarse en serio las razones religiosas exige evaluarlas seriamente en función de sus méritos: es estar preparados para ofrecer argumentos y evidencias en contra que muestren por qué son equivocadas si pensamos que lo son.<sup>30</sup>

No se niega el derecho de todo creyente a creer lo que les parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública *y tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas*, entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que *es moralmente correcto ejercer la coerción sólo con base en consideraciones públicamente aceptables*, sin violar

<sup>30</sup> Véase Lafont, Cristina, *op. cit.*, p. 143.

el principio de simetría entre los participantes. Se trata de favorecer, como dijera Albert Hirschman, un diálogo “amistoso con la democracia” transitando de un discurso intransigente, sea de corte conservador o progresista, a uno deliberativo porque, finalmente, “un régimen democrático alcanza la legitimidad en la medida en que sus decisiones resultan de una deliberación plena y abierta entre sus principales grupos, cuerpos y representantes”.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Hirshman, Albert O., *Retóricas de la intransigencia*, trad. de Tomás Segovia, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 188 y 189.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL CONCEPTO DE DIGNIDAD Y LA VÍA NEGATIVA DE ACCESO A LOS DERECHOS\*

El concepto de dignidad humana figura hasta ocho veces en la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos del 19 de octubre de 2005, dos en el Preámbulo y seis en el articulado. Es uno de los conceptos vertebrales de la Declaración.<sup>1</sup> Tres años después de la Declaración, en 2008, se publica un ensayo de Steven Pinker, profesor de psicología en Harvard, que tituló sin reparo alguno “La estupidez de la dignidad”,<sup>2</sup> y ese mismo año se da a conocer, también, la Instrucción “Dignitas humanae” aprobada por el anterior papa Benedicto XVI, en donde sintetiza la posición de la Iglesia católica, que coloca a la dignidad en el centro de su propuesta ética y religiosa. Ya en el año 2003, la reconocida bioeticista Ruth Macklin en un breve, sugestivo y polémico artículo había dado razones para considerar a la dignidad como un concepto “inútil”.<sup>3</sup>

\* Un par de versiones previas de este capítulo, y adaptadas para esta edición, fueron publicadas en Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014, y Cruz Parcerro, Juan Antonio y Ortiz Millán, Gustavo (comps.), *Lenguaje, mente y moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2014. Se agrega a estas versiones el apartado final “La objeción de conciencia entre dignidad y autonomía”.

<sup>1</sup> Véase García Manrique, Ricardo, “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre la Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 43.

<sup>2</sup> Pinker, Steven, “The Stupidity of Dignity. Conservative Bioethics Latest, most Dangerous Ploy”, *The New Republic*, 28 de mayo de 2008.

<sup>3</sup> Macklin, Ruth, “Dignity is a Useless Concept”, *British Medical Journal*, núm. 327, 2003.

Las propuestas de Macklin y Pinker podrían ser dos buenos ejemplos del escepticismo con respecto al concepto de dignidad, mientras que la posición de la Iglesia y la de la Declaración adherirían a una concepción sustantivista de la dignidad, una suerte de propiedad metafísica inherente a la naturaleza humana. Me gustaría decir dos palabras sobre una y otra posturas —escéptica y metafísica— para pasar luego a la propuesta de una tercera opción, que pretendo defender en este capítulo, y así estar en condiciones de responder al cuestionamiento posterior sobre el problema de la inflación o deflación de los derechos humanos. Reservo para el final del ensayo un comentario en torno al debate sobre el derecho a la objeción de conciencia, a medio camino entre la dignidad y la autonomía de la persona.

## I. CONCEPCIONES METAFÍSICA Y ESCÉPTICA DE LA DIGNIDAD

La posición metafísica de la Iglesia católica se puede sintetizar en cinco premisas: 1) la dignidad se predica no sólo del ser humano nacido, sino también del embrión; 2) la dignidad es una propiedad que no admite graduación desde la concepción hasta el fin de la vida; 3) la dignidad tiene un sentido religioso puesto que el ser humano la posee por ser imagen y semejanza de su creador; 4) la dignidad es un valor absoluto y superior a cualquier otro que se exprese en términos de deseos, intereses o autonomía; 5) las proposiciones anteriores tienen un valor universal y valen tanto para creyentes como para no creyentes, con independencia de cualquier circunstancia histórica o geográfica.<sup>4</sup>

La Declaración, como era de esperarse, es más cauta y conciliadora: no se pronuncia sobre la predicación del concepto de dignidad en el embrión, ni asume un concepto religioso del mismo, pero coincide con la Instrucción en las premisas 2 (no graduación), 4 (valor absoluto) y 5 (valor universal). Remito a la

<sup>4</sup> Véase Atienza, Manuel, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Casado, María (coord.), *op. cit.*, p. 75.

lectura de los artículos 8o., 10 y 12 de la Declaración. Con todo, deja un espacio amplio para referirse a los conceptos de autonomía, privacidad, responsabilidad y consentimiento, pero insisto, anteponiendo a los mismos el valor de la dignidad lo que la sitúa, como he dicho, en una posición metafísica, sólo que ahora en una metafísica secular y no religiosa.

La postura escéptica de Macklin-Pinker, y podríamos añadir otros personajes ilustres como Peter Singer o el filósofo español Jesús Mosterín, podría sintetizarse en las siguientes premisas: 1) la dignidad es un concepto vacío, sin significado, carece de algún sentido identificable; 2) es una noción subjetiva e imprecisa que no está a la altura de las altas exigencias éticas que se le asignan; 3) es relativa porque lo que se ha considerado y considera digno es muy diverso; 4) puede llegar a ser un concepto dañino porque a menudo determinadas concepciones de la dignidad se imponen autoritariamente causando daño a un buen número de personas; 5) es un término que designa otros conceptos como el respeto, el decoro o la autonomía personal, pero de manera más imprecisa y retórica. Vale la pena citar el siguiente párrafo de Jesús Mosterín:

La dignidad es un concepto relativo. La cualidad de ser digno de algo. Ser digno de algo es merecer ese algo. Una acción digna de aplauso es una acción que merece el aplauso. Un amigo digno de confianza es un amigo que merece nuestra confianza. Si alguien es más alto o gordo o rico (o lo que sea) que nadie, entonces merece que se registre su récord, es decir, es digno de figurar en el *Guinness World Records*. Lo que no significa nada es la dignidad genérica, sin especificación alguna. Decir que alguien es digno, sin más, es dejar la frase incompleta y, en definitiva, equivale a no decir nada. De todos modos, palabras como “dignidad” y “honor”, aunque ayunas de contenido semántico, provocan secreciones de adrenalina en determinados hombres [y mujeres] tradicionalmente proclives a la retórica.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Mosterín, Jesús, *La naturaleza humana*, cit. por Atienza, Manuel, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *cit.*, p. 76.

Pienso que ambas posturas, la metafísica y la escéptica, son cuestionables. La primera, porque hace depender la adscripción de la dignidad, exclusivamente, de la pertenencia a la especie humana, y no se ve por qué la personalidad normativa deba depender de una condición biológica. La segunda, porque aun cuando admitiéramos que el concepto de dignidad hace referencia a otros conceptos como el de respeto o decoro, todavía deberíamos preguntarnos por qué debemos respeto o decoro a las personas. Si la respuesta es porque las personas son autónomas, el concepto de dignidad deja de ser confuso y se traslada la confusión al concepto de autonomía, cayendo en el mismo vicio que se pretende eludir.<sup>6</sup> Cabría hacer la pregunta ¿qué sucede con los seres desprovistos de autonomía, o severamente limitados en la misma? En el ensayo de Macklin se critica con razón las concepciones religiosas o metafísicas de la dignidad, pero radicaliza a tal grado la autonomía que pierde de vista la dimensión empírica de la misma en una suerte de kantismo a ultranza.

## II. VÍA NEGATIVA DE ACCESO A LA DIGNIDAD

Existe una tercera alternativa, que consiste en entender la dignidad como un límite de lo moralmente admisible cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo. Este es el sentido de la segunda formulación del imperativo kantiano: obrar de modo que *nunca* nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás sólo como simples medios sino siempre al mismo tiempo como fines. Se trata de acceder al concepto de dignidad por vía negativa y reservar el concepto de autonomía (tercera formulación del imperativo kantiano, que es el que tiene en mente Macklin) para los merecimientos de los cuales somos capaces. Dignidad y autonomía son, así, el negativo y el positivo de la ley moral. Obrar moralmente, cumplir la ley moral, se puede realizar por vía negativa haciendo valer el principio de dignidad, o por vía positiva, haciendo valer el principio de autonomía personal.

<sup>6</sup> Véase García Manrique, Ricardo, *op. cit.*, p. 46.

Acceder a la dignidad por vía negativa, como decía, es hacer valer los mínimos inalterables que deben ser salvaguardados en cualquier ser humano. Es lo que da sentido al derecho a no recibir un trato cruel, inhumano o degradante (a no ser torturado ni física, ni psíquicamente); a no ser discriminado por razones de raza, sexo, condición social, etcétera; es el que permite igualar a los seres humanos en la satisfacción de las necesidades básicas y urgentes de alimentación, salud, educación, seguridad, etcétera, que no sólo moral sino jurídicamente deben ser garantizadas por el Estado.<sup>7</sup> Al respecto sostiene Ernesto Garzón Valdés:

El principio de dignidad humana puede ser considerado como aquél que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad. En este sentido, está conceptualmente vinculado con lo que podría llamarse la “máxima práctica de igualdad” [Bernard Williams].<sup>8</sup>

Tales son los sentidos genuinos de las nociones de privación, enajenación, vulnerabilidad o incapacidad, todas nociones negativas, que quizá pueden ser resumidas en una sola expresión: “no ser tratado con crueldad, ni con humillación”. Es en este orden de ideas que se puede decir, por ejemplo, que el derecho a una muerte digna, es el derecho de todo ser humano a morir sin crueldad y sin humillación.

<sup>7</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis aislada, bajo el rubro DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO ha relacionado, con razón, la noción de dignidad con el derecho a un mínimo vital: “...de tal manera que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna” (Tesis aislada 1a. XCVII/2007, 9a. Época, 1a. Sala, mayo de 2007).

<sup>8</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, México, ITAM-Fon-tamara-UAM-Escuela Libre de Derecho-INACIPE, 2006, p. 56.

Enfatizo la vía negativa que ofrece el concepto de dignidad porque quizá los liberales hemos puesto el acento, unilateralmente, en la versión positiva del liberalismo con el concepto de autonomía, y en esta necesidad de reconocer nuestras capacidades y merecimientos frente a los paternalismos injustificados, los poderes fácticos, los perfeccionismos fundamentalistas, y todas las manifestaciones de poderes autoritarios que limitan o niegan nuestra privacidad, consentimiento y responsabilidad. Pero creo, también, que hemos descuidado esa otra cara del liberalismo que Judith Shklar llamó “el liberalismo del miedo”, la necesidad de exorcizar el miedo y, sobre todo, “el miedo al miedo”, porque finalmente la condición de nuestra libertad o autonomía es la ausencia de temores, es decir, ser tratados sin crueldad y sin humillación.<sup>9</sup> Es evitar lo que Primo Levi en ese primer libro de su famosa trilogía de Auschwitz, titulado *Si esto es un hombre*, llamó “yacer en el fondo”:

Imaginen ahora un hombre —dice Primo Levi— a quien, además de sus personas amadas, se le quiten la casa, las costumbres, las ropas, todo, literalmente todo lo que posee: será un hombre vacío, reducido al sufrimiento y a la necesidad, falto de dignidad [honra] y de juicio, porque a quien lo ha perdido todo fácilmente le sucede perderse a sí mismo; hasta tal punto que se podría decidir sin remordimiento su vida o su muerte prescindiendo de cualquier sentimiento de afinidad humana; en el caso más afortunado apoyándose meramente en el valor de su utilidad. Comprenderán ahora el doble significado del término “Campo de aniquilación”, y verán claramente lo que queremos decir con esta frase: yacer en el fondo.<sup>10</sup>

Aquí no hay retórica. Pero la pregunta obvia es ¿le queda algo a ese ser humano que “yace en el fondo”, incapaz en el mo-

<sup>9</sup> Véase Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia*, trad. de Alicia García Ruiz, Barcelona, Herder, 2010. Primera edición en Yale University Press, 1990.

<sup>10</sup> Levi, Primo, *Trilogía de Auschwitz*, trad. de Pilar Gómez Bedate, Barcelona, Océano-El Aleph Editores, 2012, p. 48.

mento, de ejercitar alguna capacidad o exigir la satisfacción de sus necesidades básicas, pero que aún vive y puede ser reconstituido, al menos parcialmente, de cara al futuro? Quiero ser más específico con esta pregunta y recurrir a una polémica reciente entre dos filósofos de la moral —James Griffin y Mark Platts— que creo puede arrojar más luces para el debate.

La polémica tiene que ver con el problema de la inflación o deflación de los derechos humanos y el principio de autonomía personal como criterio para determinar la extensión de los mismos. Veamos.

### III. ¿INFLACIÓN O DEFLACIÓN DE DERECHOS?

Una respuesta a esta pregunta se puede leer en el capítulo IV, “Derechos”, del más reciente libro de Mark Platts, *Ser responsable*.<sup>11</sup> Platts hace suya una cita de James Griffin, tomada de su libro *On Human Rights*: “Hay fuertes presiones inflacionarias sobre el término [“derechos humanos”], las cuales han provocado su devaluación... y esas fuerzas siguen operando”.<sup>12</sup> El “inflamiento” del listado de los derechos humanos parece ser un rasgo negativo que responde a una suerte de ley lógica básica: a más derechos menor exigencia normativa, y a mayor densidad moral o jurídica, menor nómina de derechos.<sup>13</sup>

Tal “inflación” de los derechos humanos ha operado a nivel institucional y es un hecho que la lista nominal de derechos, especialmente, en el ámbito constitucional, se ha incrementado exponencialmente. Basta pensar en la reforma constitucional en México de junio de 2011, se estableció en el artículo 1o. de la Constitución el llamado *bloque de constitucionalidad*.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Platts, Mark, *Ser responsable. Exploraciones filosóficas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2012.

<sup>12</sup> Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008, p. 150.

<sup>13</sup> Véase *supra*, preliminares, nota 1.

<sup>14</sup> Véase *supra*, preliminares, nota 7.

No creo que este tipo de inflación cuantitativa de derechos sea algo negativo en sí mismo, ni creo que esto demerite su fuerza moral y jurídica. No es a este tipo de inflación de derechos, más procedimental que sustantiva, a la que se refieren Platts y Griffin, sino a aquel tipo de inflación de derechos cuyos contenidos devienen en una difícil y hasta imposible satisfacción, o, por el contrario, a un adelgazamiento de los derechos que omite la relevancia de intereses y necesidades de las personas y de los colectivos sociales.

A nivel constitucional, se tiende a comparar, por ejemplo, los más de 400 artículos de las Constituciones de Brasil, Ecuador o Bolivia con los siete artículos y una veintena de enmiendas de la Constitución de Estados Unidos. Con respecto a esta última estaríamos en presencia de una clara deflación de derechos. Pero también sabemos que la imposibilidad de cumplimiento de una lista interminable de derechos (se ha debatido en Brasil la inclusión del derecho a la felicidad en la normatividad constitucional) demerita y desprestigia a las mismas Constituciones, con calificativos como el de “Constituciones poéticas”.

Pero, más allá de la cantidad ¿hasta dónde debemos adelgazar o ensanchar la lista de los derechos humanos? ¿Con qué criterios hacerlo? Lo cierto es que cualquier intento de adelgazamiento levanta la sospecha de inclinaciones conservadoras, mientras que cualquier intento de ensanchamiento, de inclinaciones populistas. Es muy común en la literatura anglosajona, como dije, presentar reparos al engorde de derechos, especialmente si se trata de los derechos sociales, como es muy común en la literatura de los países en vías de desarrollo o emergentes, sentirse cómodos con el engrose de las cartas constitucionales, especialmente si se trata de derechos sociales. Creo que los criterios propuestos por Griffin y Platts, con sus diferencias, sobre las que voy a regresar en unos instantes, los ubica a ambos en un punto —no sabría dónde situarlo en la carta geográfica— distante de las concepciones “del Sur”, puesto que para ellos no todas las injusticias deben tratarse como un asunto de vulneración de derechos; pero

también distante de las concepciones “del Este” (leamos del Norte) puesto que los derechos no se determinan exclusivamente en sede judicial o legislativa, en una suerte de positivismo a ultranza, sino que la crítica moral de la ley juega un papel importante para su determinación. Con respecto a las concepciones del “Este”, Platts cita las palabras de Herbert Hart, sin duda, uno de los exponentes más lúcidos del positivismo jurídico contemporáneo:

Un concepto de derechos legales limitado a aquellos casos en los que la ley... respeta la elección de los individuos sería demasiado estrecho. Ya que hay una forma de crítica moral a la ley que... se inspira en la consideración de las *necesidades que tienen los individuos de ciertas libertades fundamentales y de ciertas protecciones y beneficios*. La crítica a la ley por no atender a tales necesidades individuales es diferente, y alguna veces opuesta a la crítica... [de] que la ley con frecuencia no maximiza las utilidades agregadas.<sup>15</sup>

Dicho lo anterior, quiero centrar mi atención en el problema del adelgazamiento de los derechos, y esto por dos razones. La primera, es que pese al peligro de un desbordante ensanchamiento en términos del descrédito populista en el que pueden caer los discursos jurídicos, tanto a nivel constitucional como internacional, creo que es preferible el exceso al defecto, el pleonasma a la austeridad. No pocas de las conquistas logradas en términos de una mayor garantía jurídica de los derechos humanos, especialmente de los sociales, han comenzado por atrincherarlos en la norma suprema o en los tratados internacionales para luego ir construyendo el andamiaje necesario en las leyes secundarias para su protección judicial. El problema del adelgazamiento, creo, es mucho más riesgoso, por el peligro que supone dejar fuera de la protección de los derechos a personas o a colectivos sociales que presentan desventajas o vulnerabilidades difícilmente compensables desde un ámbito extra-institucional. La segunda razón es que el centro de atención de las preocupaciones de Platts,

<sup>15</sup> Hart, H. L. A., “Bentham on Legal Rights”, cit. por Platts, Mark, *op. cit.*, p. 152.

en el capítulo citado de su libro, se refiere a los criterios propuestos por Griffin, que a su parecer, y coincido con él, adelgaza injustificadamente la extensión de los derechos de las personas. Cito a Platts:

...las restricciones al discurso que su teoría “trinista” [la de Griffin] permite en tales casos [“personas encarceladas en cueros que no funcionan”, para usar uno de los ejemplos que Griffin utiliza] parecen ir en contra de ese acuerdo, lo que representa un “desinflamiento” inaceptable del discurso sobre los derechos humanos a través de un fortalecimiento exagerado de las condiciones que se presumen necesarias para poseerlos.<sup>16</sup>

Ambos autores están de acuerdo en que los derechos deben hacerse extensivos a todo individuo, pertenezcan o no a la tradición occidental. Griffin se apoya para este punto en los trabajos de Charles Taylor, Joshua Cohen, Amartya Sen, y en los análisis de estos autores sobre el Islam, el budismo, el confucianismo y el hinduismo.<sup>17</sup> Pero mientras Griffin pone el acento en lo que llama “personidad individual” o “agencia normativa”,<sup>18</sup> Platts lo hace en el reconocimiento de las necesidades, intereses o vulnerabilidades de las personas. Detengámonos un poco en esta distinción y en estas diferencias.

#### IV. DERECHOS, NECESIDADES Y CAPACIDADES

Platts avanza una definición de “derechos humanos” que busca conciliar las posiciones del Sur y del Este. La definición es la siguiente:

Hay un derecho humano a disfrutar de  $\phi$  cuando hay un argumento moral suficientemente fuerte a favor de dar reconocimiento y protección legales especiales al interés humano en tener  $\phi$ , y

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>17</sup> Véase Griffin, James, *op. cit.*, pp. 25-27.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 44 y ss.

ese reconocimiento y esa protección son factibles desde un punto de vista práctico independientemente de que fueran innovaciones o ya estuvieran presente.<sup>19</sup>

La definición es formalmente impecable, e inevitablemente conciliadora, pero el mismo Platts adelanta como posible objeción de Griffin: esta noción estaría “casi carente de criterios”. Vayamos entonces a éstos. Para Griffin el criterio, como decía, corresponde a la “agencia normativa”. Aclaremos de entrada que no existe un desacuerdo de Platts con Griffin en cuanto a la relevancia de la “agencia normativa” en el ámbito de la moral individual. Quizá Platts preferiría hablar, para entendernos rápido, del principio de autonomía, por el cual: “Debemos dejar a los agentes racionales, competentes, tomar las decisiones importantes para su propia vida según sus propios valores, deseos y preferencias, libres de coerción, manipulación o interferencias”, tal como lo definió en *Sobre usos y abusos de la moral*,<sup>20</sup> o expresado en su versión más intuitiva y lapidaria: “déjenme en paz”. ¿Quién podría poner en duda las credenciales liberales de Platts? Pero el criterio de la agencia normativa o de la autonomía personal para determinar la extensión de los derechos, le parece a Platts excesivamente restrictivo. El intento de hacer de la autonomía un tipo de valor supremo, como parece desprenderse de la propuesta de Griffin para justificar los derechos humanos, se presenta para Platts no como un perfeccionamiento de la tradición liberal, sino su abandono: “Hay derechos humanos correspondientes a las necesidades humanas *categorías, graves, urgentes, básicas y no sustituibles*, sean estos derechos jurídicamente reconocidos en la sociedad o no”.<sup>21</sup> Este reconocimiento de los derechos, no sólo jurídicos, sino también morales, correspondientes a tal tipo de necesidades supone por parte del Estado no nada más deberes

<sup>19</sup> Platts, Mark, *Ser responsable...*, *cit.*, p. 155.

<sup>20</sup> Platts, Mark, *Sobre usos y abusos de la moral*, México, Paidós-UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1999, pp. 50 y 51.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 100.

negativos sino también deberes positivos. No puedo leer de otra forma el siguiente párrafo de Platts:

Lejos de favorecer algún sistema social del tipo *laissez-faire*, la debida valoración de la autonomía de los individuos presupone una valoración correspondiente de las políticas sociales sobre la nutrición, la educación y la salud, dirigidas a la creación, moralmente obligatoria, de las condiciones indispensables para esa autonomía y su pleno ejercicio.<sup>22</sup>

Es cierto que en *Sobre usos y abusos de la moral* Platts ya había dedicado un capítulo completo al tema de los derechos y las necesidades, y he tomado la citas de Platts de ese capítulo. Creo que la lectura del libro de Griffin, *On Human Rights*, condujo a Platts a dar una vuelta de tuerca al tema de la autonomía y las necesidades, y a criticar la propuesta de Griffin, como demasiado deflacionaria de los derechos humanos, insuficiente para dar cuenta de situaciones límite que sólo habían quedado insinuadas en *Sobre usos y abusos de la moral*.

Podría decirse que el caso de los fetos, o los infantes anencefálicos, o los pacientes con coma irreversible entrarían dentro del conjunto de los “casos fáciles”, pero ¿qué decir de los infantes con espina bífida, de los individuos mentalmente deficientes, de aquellos que padecen demencia avanzada, de los parapléjicos o con polio “encarcelados en su cuerpo” para usar la expresión de Griffin? Para este autor los derechos humanos no deben hacerse extensivos a estos casos. Pero, entonces, se pregunta Platts con razón:

...exactamente qué vamos a decir de las personas encarceladas en cuerpos que no funcionan? ¿Qué ellas sólo tienen el cincuenta por ciento de los derechos humanos comunes? ¿Qué ellas tienen todos esos derechos, pero que esos derechos sólo comportan el cincuenta por ciento de su peso habitual en su caso? ¿O incluso que no tienen ningún derecho humano en absoluto, pues simple-

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 103.

mente no satisfacen la condición conjuntiva de la agencia normativa correspondiente a la explicación de Griffin de los componentes de la idea?<sup>23</sup>

Para Platts, el criterio de la agencia normativa o de la autonomía personal, reitero, es insuficiente. El criterio de las necesidades es más radical, porque, finalmente, “la debida valoración de la autonomía lleva consigo la valoración de las condiciones necesarias para su pleno ejercicio”,<sup>24</sup> lo que Dan Brock ha llamado ciertas “capacidades funcionales principales”.<sup>25</sup> Dicho en otros términos, para *ejercer* la autonomía personal, primeramente es necesario *formarla*.<sup>26</sup>

Con todo, pese a tal deflación de los derechos, Griffin no deflaciona las obligaciones morales con respecto a los casos límite. Más aún, tales obligaciones tienen mayor peso que las mismas obligaciones jurídicas puesto que no todas las cuestiones morales importantes, como decía al principio de este capítulo, deben convertirse en cuestiones de derechos. Sería difícil no estar de acuerdo con Griffin en este punto si aceptamos la relevancia de la distinción liberal entre vida privada y vida pública. Sin embargo, los casos que estamos tratando —aquellos de los más vulnerables, limitados para el ejercicio de su agencia normativa o de su personalidad— no pueden reservarse al ámbito privado, requieren de un activismo decidido por parte de terceros y del Estado en una suerte de paternalismo *coactivamente* justificado.

<sup>23</sup> Platts, Mark, *Ser responsable.... cit.*, p. 159.

<sup>24</sup> Platts, Mark, *Sobre usos y abusos de la moral, cit.*, p. 103.

<sup>25</sup> Brock, Dan, *Life and Death Decisions in Health Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 282.

<sup>26</sup> Quizá sea éste el sentido en el que piensa Joel Feinberg cuando entiende el concepto de dignidad como: “La capacidad reconocible de alegar (exigir) derechos (*claims*). Respetar a una persona o pensar que posee dignidad humana significa simplemente concebirla como un ser potencialmente capaz de alegar derechos (*a potential maker of claims*)”, en “Nature and Value of Rights”, cit. por Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, p. 54. No se trata de ejercicio de los derechos, sino de la *potencialidad* de ejercitarlos, y para ello es necesaria la *formación* de la autonomía personal.

En el ámbito jurídico, y a raíz del debate sobre el aborto, Jorge Carpizo propuso una distinción, que resultó afortunada, pero limitada: una cosa son los “derechos subjetivos”, y otra, los “bienes jurídicamente tutelados”. Así, por ejemplo, entre los derechos subjetivos de la mujer y la existencia del feto —que aún no desarrolla las condiciones bio-psíquicas— existe una asimetría que justifica plenamente la protección de la primera sobre los segundos. El feto debe tutelarse constitucionalmente, en tanto bien que merece serlo, pero no es sujeto de derechos.<sup>27</sup> Carpizo tiene razón, pero sus ejemplos pertenecen al conjunto de los casos fáciles.

¿Podría decirse lo mismo de aquellas personas que están en proceso o tienen severamente disminuida su agencia, pero que ya han desarrollado las condiciones bio-psíquicas? Pienso que no, y es en estos casos que el recurso a las necesidades básicas me parece, con Platts, la vía más razonable para que, en su carácter de urgentes, se construyan los derechos adecuados para procurar su satisfacción. Que estas necesidades no se agoten en las necesidades de libertad o de agencia y se deban hacer extensivas a las necesidades hedonistas, tomándonos en serio el principio por el cual asignamos valor al placer y disvalor al dolor, y que esta ampliación del criterio de las necesidades conlleve una “inflación” de derechos que dé cuenta de las personas vulnerables e incapacitadas, debe verse como un progreso moral y jurídico de posible (no imposible) satisfacción tanto en sede legal como en sede judicial.

La vía de las necesidades, con sus propiedades de “carencia” y “urgencia”, reitero, da cuenta de la noción de dignidad en un sentido negativo. Algunos autores, pienso en Martha Nussbaum y Amartya Sen, prefieren un acceso positivo a la idea de dignidad recurriendo a la noción de “capacidades”, y apelando a la autoridad de Aristóteles o de Adam Smith, y no a la de Kant. Este último, según ellos, contraponen radicalmente la humanidad de los seres humanos a su animalidad. Por el contrario, el enfoque de las capacidades:

<sup>27</sup> Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 17.

...mantiene una concepción totalmente unificada de la racionalidad y la animalidad. Partiendo de la idea aristotélica del ser humano como una criatura “necesitada de una pluralidad de actividades vitales”, ve la racionalidad simplemente como un aspecto del animal y, por cierto, no como el único que define la idea de un funcionamiento auténticamente humano. En términos más generales, el enfoque de las capacidades considera que hay muchos tipos distintos de dignidad animal en el mundo, todas merecedoras de respeto e incluso de reverencia. Es cierto que la dignidad específicamente humana se caracteriza en general por un cierto tipo de racionalidad, pero la racionalidad no es algo idealizado que se contrapone a la animalidad; consiste sólo en una amplia variedad de formas de razonamiento práctico, el cual es uno de los funcionamientos posibles de los animales.<sup>28</sup>

En concreto, Amartya Sen encuentra algunas limitaciones a la noción de necesidades de cara a la noción de capacidades. En primer lugar, las necesidades básicas se han entendido, por lo general, en términos de “mínimos de bienestar particular” frecuentemente identificados con las necesidades materiales. El enfoque por la vía de las capacidades no se confina a un uso determinado y puede emplearse para juzgar las ventajas individuales en cualquier nivel.

En segundo lugar, el concepto de necesidades básicas es más “pasivo” que el de capacidades. La perspectiva de la libertad positiva se liga naturalmente con el de capacidades (qué puede hacer la persona) más que con la posibilidad de satisfacer las necesidades (qué puede ser hecho para la persona). Por esta razón, el enfoque de las necesidades básicas tiene que ver más con el tratamiento de los dependientes que con el de los adultos responsables.

Por último, la noción de capacidades sugiere la idea de algo dinámico que permite dar cuenta de la diversidad de requerimientos para satisfacerlas en lo que Sen llama un “equilibrio múltiple”.

<sup>28</sup> Nussbaum, Martha C., *Las fronteras de la justicia*, trad. de Ramón Vità Vernis y Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007, p. 167.

tiple”. Por el contrario, las necesidades básicas se refieren más bien a algo estático que podría llegar a favorecer un *statu quo*. Por otra parte, la escala jerárquica de las necesidades, donde no sólo habría que incluir las materiales sino también las mentales y sociales, el ordenamiento conforme a las necesidades lleva a la idea de algo yuxtapuesto, es decir, una vez satisfechas las materiales puede pasarse al nivel superior de las necesidades mentales y luego al de las sociales. Por el contrario, el enfoque de las capacidades hace posible comprender una interacción dinámica entre los niveles permitiendo que la autorrealización se entienda desde el mismo momento en que comienzan a satisfacerse las necesidades elementales.<sup>29</sup>

Ciertamente es más que atendible la propuesta de Nussbaum y Sen, pero es claro que su idea de las capacidades aproxima su concepción más a la idea de autonomía personal que a la de dignidad. Es cierto que se parte de una racionalidad encarnada en la animalidad, y los grandes avances de la neurociencia dan testimonio de tal simbiosis, pero, finalmente, si hay alguna especificidad racional característicamente humana, como ellos mismos reconocen, ese margen es suficiente, quizás asombrosamente suficiente, para que los seres humanos no sean tratados igual que los animales, por ejemplo. Quizá, para una robusta teoría de los derechos humanos, habría que considerar que la noción de capacidades no excluye a la de necesidades y más bien aceptar con Nussbaum, que se trata de “una función compleja que incluye las dotaciones genéticas básicas, educación e instrucción, y una serie de condiciones externas, institucionales y políticas así como materiales”.<sup>30</sup>

Sintetizo con la siguiente propuesta. Ser tratado con dignidad significa, por una parte, ser tratado sin crueldad y sin humi-

<sup>29</sup> Véase Sen, Amartya, *Resources, Values and Development*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 509 y ss., e *id.*, *Sobre ética y economía*, trad. de Ángeles Conde, México, Alianza-Conaculta, 1991, especialmente, cap. 2.

<sup>30</sup> Cit. por Galston, William, *Liberal Purposes*, Cambridge University Press, 1991, pp. 178 y 179.

llación (liberalismo del miedo), y, por otra, ser tratado igualitariamente, sin discriminación, y en la satisfacción de las necesidades biopsíquicas básicas (liberalismo de la igualdad). Ambas nociones de dignidad, deben entenderse como condiciones necesarias para el ejercicio de la capacidad autonómica del ser humano.

## V. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA ENTRE DIGNIDAD Y AUTONOMÍA

Decíamos en el capítulo inicial de este libro que el principio de dignidad tiene que ver con ciertos bienes y derechos íntimamente relacionados con la personalidad del individuo. Entre estos derechos personalísimos, el derecho a la identidad individual, conformada por un conjunto de rasgos biopsíquicos, creencias, convicciones, preferencias, usos, etcétera, ocupa un lugar central. El reconocimiento y promoción de la libertad de conciencia ocupa un lugar peculiar, a medio camino digamos, entre la dignidad y la autonomía: se hace valer, por una parte, el reconocimiento a la misma identidad personal, y por la otra, el ejercicio de las libertades individuales.<sup>31</sup>

A la luz de la reciente reforma a la Constitución mexicana en sus artículos 24 y 40 vuelve a escena el problema de los alcances y límites de la libertad de conciencia. La objeción de conciencia es una expresión de tal libertad y es comprensible que se cuestione su posible justificación si el Estado se declara, al mismo tiempo, constitucionalmente democrático y laico.

¿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? En los mismos términos ¿puede obligarse a un soldado

<sup>31</sup> Véase Capdeville, Pauline, “Libertad, igualdad, laicidad: las objeciones de conciencia”, en Salazar Ugarte, Pedro y Capdeville, Pauline (coords.), *Laicidad*, México, UNAM-IFE-Miguel Ángel Porrúa, 2013, t. III, pp. 290 y 291.

a un servicio militar obligatorio contra sus convicciones pacifistas?, o bien ¿a un docente en una escuela pública que se niegan a realizar los actos cívicos de honores a la bandera o cantar el himno nacional por sus convicciones religiosas? Las mismas preguntas cabe formular tratándose del anestesista o del farmacéutico al que se le pide, por ejemplo, que prepare la solución letal o despache la píldora del día siguiente, o al abogado de oficio que debe llevar la causa del ciudadano que se niega a cumplir su deber militar; al asistente del profesor que debe reemplazarlo en una de sus clases de educación cívica, o bien, a un juez a quien se le presenta un caso relacionado con su convicción religiosa. ¿Se debe obligar a estas personas a realizar estas acciones bajo amenaza de sanción, contra sus convicciones morales o religiosas? ¿Es razonable pedirles a estos individuos que renuncien a ser médicos, ciudadanos, docentes o jueces porque exigen que no se les sancione jurídicamente haciendo valer su derecho a la libertad de conciencia y, en última instancia, su derecho a organizar y planear su vida de manera autónoma? ¿Son justificables estas objeciones en un Estado laico? ¿No se trata más bien de legitimar posiciones reaccionarias y conservadoras que ponen en cuestión no sólo la laicidad del Estado sino los mismos valores democráticos?

En el marco de estos cuestionamientos no sólo pienso que es justificable la objeción de conciencia por la exigencia misma que impone el derecho constitucional a la libertad de conciencia, sino que su reconocimiento social y jurídico es una condición necesaria, si bien no suficiente, para la existencia de un Estado que se precie de ser, precisamente, laico, plural y democrático. En lo que resta, justificaré mi posición con plena consciencia de que no se agrega nada a lo que ya se ha dicho por tantos expertos en el tema, pero que a la luz de las reformas constitucionales en México, vale la pena traer de nuevo a la discusión.

Entiendo por objeción de conciencia la pretensión pública de un individuo de incumplir un mandato jurídico con base en las convicciones ideológicas —éticas, metafísicas o religiosas—

sin perseguir de forma inmediata una estrategia social de cambio político o jurídico.<sup>32</sup>

Se trata de una *pretensión pública*. El objetor —médico, docente, ciudadano, juez— debe manifestar públicamente, y si es posible de forma escrita, cuáles son las convicciones que sustentan, de forma que sean conocidas por todos aquellos que puedan relacionarse con sus actividades. No se trata de una “evasión de conciencia” que, de acuerdo con John Rawls, se caracteriza por la secrecía del comportamiento, sino de una objeción; tampoco se trata de exhibir los nombres de los objetores en las paredes de las instituciones públicas en franca violación al derecho a la intimidad y su correspondiente protección de datos personales. Se trata de que su declaración conste en algún expediente, o registro, para la mejor relación con los usuarios de sus servicios y la organización administrativa de la institución. Dije “su derecho a la intimidad” y no a la privacidad por la siguiente razón: un acto privado no está reñido con lo público mientras tal acto no incurra en una violación de derechos de terceros. Si al objetar en conciencia no se incurre en una violación de derechos de terceros, y la institución toma las medidas necesarias para que el usuario no se vea afectado en los mismos, entonces bien puede afirmarse que la objeción de conciencia es un acto privado con pretensión pública.

De un *individuo*. La objeción es estrictamente personal. En una conocida sentencia de la Corte colombiana de 2006, el juez constitucional afirmó:

La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir instituciones de salud —clínicas, hospitales, centros de salud— que presenten objeción de conciencia en la práctica de una interrupción legal del embarazo.

<sup>32</sup> Sigo en líneas generales la definición propuesta por Pablo de Lora y Marina Gascón en *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza Editorial, 2008, pp. 140-142.

Pero nada impide que un facultativo médico objete individualmente en conciencia y sea la propia institución la que facilite al paciente otro facultativo, no objetor, para ser atendido. En la Ley de Salud del Distrito Federal se establece que los prestadores de servicios de salud puedan excusarse de intervenir en la interrupción del embarazo debiendo referir a la mujer con un médico no objetor. La institución de salud está obligada a garantizar la oportuna prestación y la disponibilidad del personal no objetor. Por “personal no objetor” debe entenderse no sólo a los médicos, sino a todo el personal sanitario, anestelistas, enfermeros o enfermeras. No veo razón alguna para que se obligue a un enfermero a realizar acciones contrarias a sus convicciones morales en franca violación al artículo 1o. constitucional por el cual se prohíbe discriminar a una persona por alguna razón que menoscabe sus derechos y libertades, entre las que por supuesto, se encuentra su libertad de conciencia. Es claro que parece prudente que a un médico testigo de Jehová no se le asigne al área de urgencias de un hospital, pero de ahí a que se le invite a replantear su vocación médica y cuestionar su elección de vida profesional, me parece un *non sequitur*. Un ginecólogo que objete en conciencia contra la interrupción del embarazo no creo que deba llegar al predicamento de tener que renunciar a su especialidad. Y en aras de la protección de los derechos de terceros, la objeción de conciencia tiene también sus límites. El derecho a la libertad de conciencia, que se expresa en una objeción, no es un derecho absoluto, sino *prima facie*. En casos de estado de necesidad, en donde por ejemplo la vida de la mujer, o su integridad física y psicológica, estén en peligro, no cabe la objeción.

Con base en *convicciones ideológicas*. La objeción de conciencia es una expresión de la autonomía moral del individuo, de su libertad de conciencia, lo cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de ésta, aun cuando ello suponga la infracción de una norma jurídica. Se trata de convicciones y no de opiniones o dudas. Esto supone que legítimamente se pueda

pedir a un objetor que lo haga con sinceridad y con la coherencia necesaria entre lo que afirma sostener y su conducta. Lo que resulta una injerencia violatoria de su intimidad y de su libertad es discriminar inquisitorialmente entre creencias correctas e incorrectas. Se podrá objetar sin duda que es difícil determinar la sinceridad y coherencia del objetor —siempre habrá un espacio para la buena fe—, pero esta dificultad no debe servir de excusa para justificar una injerencia discriminatoria de las autoridades. De igual manera, el que un Estado sea laico no significa que la autoridad esté legitimada para intervenir en las creencias de los individuos e impedir el ejercicio de una profesión porque el individuo objete, se excuse o declare un impedimento para realizar una conducta determinada. La laicidad no está reñida con las creencias religiosas o metafísicas de un individuo, lo único que demanda es que las conductas que se sigan de esas creencias se realicen en un ámbito privado, es decir, no sean violatorias de derechos de terceros. Y vale esto para el médico y el personal sanitario, para los docentes e incluso para los jueces. Estos últimos pueden y deben excusarse o declarar un impedimento para que el asunto sea turnado a otro juez en aras de garantizar la imparcialidad en su decisión, permitiéndole, a su vez, el ejercicio de su libertad de conciencia. Dije imparcialidad y no neutralidad. Esta última sólo es exigible a un juez desde una concepción del derecho formalista o legalista, ajena a los casos difíciles o dilemáticos, y bajo una concepción mecanicista de la actividad judicial. Las situaciones dilemáticas exigen del juez un ejercicio de ponderación a la luz del caso concreto.

Sin una *finalidad estratégica*. Si la objeción de conciencia se justifica en convicciones sinceras y coherentes, no caben las razones estratégicas, prudenciales o instrumentales. Las convicciones funcionan como imperativos de conciencia. Son razones deontológicas. Se hace valer su derecho por el valor mismo del derecho y no con una finalidad ulterior. En este sentido, el objetor renuncia o al menos no persigue de forma inmediata una estrategia de cambio político o jurídico, ni adhesiones de terceros a

su conducta. No se trata de una acción de resistencia, como lo es la desobediencia civil. Mucho menos la objeción de conciencia debe servir como estrategia para eludir una obligación e incurrir en un abuso de ley. En la medida en que la acción de objetar se agota en el valor del propio dictamen de conciencia individual, puede normarse jurídicamente, sin que esto suponga una suerte de suicidio del derecho. No se trata de legalizar la desobediencia del derecho, en términos de un derecho a la resistencia del derecho, sino de excusar a un individuo del cumplimiento de una conducta sin pretender expulsar la norma del sistema. Y creo que alcanzamos con esta disposición, es decir, la inclusión de la objeción de conciencia en el propio ordenamiento jurídico, un grado muy alto de decencia y civilidad: legalizar la disidencia individual sin represalias, el reconocimiento de la pluralidad sin discriminaciones, y la convivencia igualitaria con las diferencias, de forma pacífica. Es en este sentido que más que una institución conservadora se trata de una institución progresista que abona en favor de una mayor y mejor cultura democrática.

La objeción de conciencia no tiene un carácter absoluto, pero tampoco relativo, en una suerte de casuística a ultranza. Creo que es viable una posición intermedia en la que es factible armonizar tanto los derechos del objetor como los derechos de los pacientes, en el contexto de un Estado laico. Se trataría en términos de Patricio Santillán de asumir:

La tesis justificatoria donde el ejercicio de la OC debe defenderse mediante una exhaustiva justificación de su relevancia para el agente moral (médico) en balance con el respeto al derecho de un paciente a una atención médica adecuada, en tiempo y forma, que proteja su autonomía y provea el mayor beneficio con el menor riesgo posible.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Santillán Doherty, Patricio, “La objeción de conciencia en la medicina: un intento de visión desde la trinchera”, en Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014, p. 169.

Coincido con Santillán en la crítica a las posiciones extremas y en la reafirmación de balancear adecuadamente los derechos del médico y los del paciente. Quizás el enfoque “desde las trincheras”, que propone Santillán, exige una mayor atención a los derechos del paciente que la que normalmente se está dispuesto a conceder cuando la perspectiva que se ha asumido, generalmente, es la del médico objetor. En cualquier caso, la objeción de conciencia tiene límites, como he querido enfatizar en este apartado, que se justifican precisamente para evitar la arbitrariedad y la irresponsabilidad en el ejercicio de la misma en favor de un reconocimiento de la dignidad del paciente.

## CAPÍTULO TERCERO

### DERECHOS DE LAS MUJERES Y AUTONOMÍA PERSONAL\*

El 28 de agosto de 2008, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó una serie de reformas en materia de interrupción voluntaria del embarazo que posteriormente fueron validadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un fallo memorable. El debate en el Pleno se desarrolló con gran riqueza argumentativa y, desde mi punto de vista, a la altura de las expectativas generadas por la opinión pública. La votación final alcanzó una robusta mayoría de 8 a 3, que para muchos resultó más de lo esperado. Para el engrose, sin embargo, se optó por una argumentación formal y excesivamente literal. Este tipo de argumentación, ciertamente, no hacía justicia al debate. Digamos que para efectos inmediatos la argumentación en el engrose fue acertada en aras de alcanzar un consenso entre los ministros, pero dejaba flancos débiles, que abrieron un escenario de corte conservador a nivel de muchos estados de la República y, en algunos casos, con notorios tintes fundamentalistas. Entre octubre de 2008 y diciembre de 2010, las Constituciones de 18 estados fueron modificadas para imponer que la vida debía quedar protegida desde la fecundación, y en algunas, hasta su terminación natural. Para mediados de 2014 otros nueve estados han presentado iniciativas en el mismo sentido.

En estos últimos años mi impresión es que se ha perdido el ímpetu inicial y hemos entrado en un letargo que no augura bue-

\* Una versión previa de este capítulo fue publicada en el “Dossier sobre ética feminista”, editado por Gustavo Ortiz Millán para *Debate Feminista*, año 25, vol. 49, abril de 2014, con el título “Por una defensa incondicional de los derechos de las mujeres y un mínimo de racionalidad científica”.

nos tiempos para un enfoque de los derechos de la mujer de corte liberal, igualitario, democrático y laico. Estoy convencido, a estas alturas —y más aún, después de las ejemplares resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *González y otras (“Campo algodón”) vs. México* y *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, así como de las mismas reformas a la Constitución de México en materia de derechos humanos y la correspondiente respecto al carácter laico de la República mexicana — que el Poder Judicial debe cerrar filas con una sola convicción: reconocer y proteger los derechos de las mujeres, el único personaje en este drama que es titular de derechos. De no hacerlo la alternativa es condenarla una vez más, y ahora en una situación casi irreversible —dadas las dimensiones que está tomando este problema a nivel nacional— a un estado de subordinación y de dominación convirtiéndola en ciudadana de segunda, severamente discriminada. A este respecto Francisca Pou afirma sin ambigüedades que: “Hablar de desigualdad de género y de hegemonía o dominación patriarcal en México me parece algo parecido a referir lo que los juristas llaman un «hecho notorio»”. El índice de diferenciales por género que anualmente da a conocer el Foro Económico Mundial sitúa en 2012 a México en el lugar 84 de un total de 135. Todos los países de América Latina a excepción de Chile, El Salvador y Guatemala, están por encima de México. La mayoría de los países situados por debajo se encuentran en las grandes áreas de influencia de la religión musulmana. Para Pou, al mismo tiempo que se perciben en México algunos signos de buena voluntad reflejados en la aprobación o modificación de la normatividad vigente, se mantienen una serie de “factores y dinámicas que garantizan ampliamente su inefectividad y dejan el *status quo* fundamentalmente intocado”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Véase Pou Jiménez, Francisca, “Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional”, en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2010, nota 12 al pie.

Reitero, las reformas propuestas a nivel de las Constituciones estatales y las futuras reformas a los códigos penales correspondientes lejos de significar una ampliación de los derechos supone una restricción injustificada porque atenta contra el derecho a la privacidad, a libre desarrollo de la personalidad, a un trato digno y a la igualdad diferenciada de las mujeres.<sup>2</sup> En lo que sigue argumentaré filosóficamente en favor de una defensa incondicional del derecho a la autonomía de las mujeres, y esto, a partir de un mínimo necesario de racionalidad científica.

## I. DERECHO A LA PRIVACIDAD

Este derecho se expresa en la libre decisión de las mujeres sobre su propio cuerpo. Permítanme citar —a riesgo de ser reiterativo— el conocido ejemplo de Judith Thomson:

Imagine lo siguiente: Usted se despierta una mañana y se encuentra en la cama espalda contra espalda con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se descubrió que tiene una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos disponibles y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarlo. Por consiguiente usted ha sido secuestrado, y la noche anterior han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, de modo que los riñones de usted puedan ser usados para purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: “Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes de la Música le haya hecho

<sup>2</sup> Como muestra de las terribles consecuencias que se siguen de tales reformas cito los párrafos iniciales de un texto de Diego Valadés titulado “México enfermo”: “Leslie Karina Díaz Zamora es una joven de 20 años que ha sufrido un doble infortunio: perder a su hijo y vivir bajo un régimen confesional. Las autoridades de Baja California, después de mantenerla en reclusión dos años, la sentenciaron a 23 años de prisión a causa de un aborto. Leslie es una víctima más de las reformas constitucionales adoptadas a instancias del alto clero mexicano”. *La Jornada*, 7 de febrero de 2011.

esto, nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo a usted sería matarlo a él. Pero no se preocupe, sólo es por nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro”. ¿Está usted moralmente obligado a acceder a esta situación? No hay duda de que sería muy amable de su parte si lo hiciera, demostraría una gran generosidad. Pero ¿tiene usted que acceder?... ¿Qué sucedería si el director del hospital dijera: “Mala suerte, de acuerdo, pero ahora tiene usted que quedarse en cama, conectado al violinista, por el resto de su vida. Porque recuerde esto: toda persona tiene derecho a la vida; y los violinistas son personas. Por supuesto, usted tiene derecho a decidir lo que suceda a su cuerpo y en su cuerpo, pero el derecho de una persona a la vida prevalece sobre el derecho de usted a decidir sobre su cuerpo. Así que nunca podrá ser desconectado de él”? Creo que usted consideraría que eso es monstruoso, lo cual es indicio de que hay algo realmente equivocado en el argumento que acabo de mencionar y que suena tan verosímil.<sup>3</sup>

¿Quién con un mínimo de sensatez no aceptaría que existe una asimetría entre el feto y la mujer? El paradigmático *caso Roe vs. Wade* se construyó a partir del reconocimiento del derecho a la privacidad. La restricción legal del aborto representa una intromisión del poder del Estado en la vida privada de las mujeres y sigue siendo, a mi juicio, el argumento más poderoso para limitar su intervención a través de la penalización.

Lo que hay que entender es que una cosa es el debate en el terreno de la moral y otro muy distinto el que se opera en el ámbito del derecho. En términos de Luis Villoro:

...ante un asunto controvertido, objeto de juicios morales divergentes, ¿tiene el Estado derecho, obligación, incluso, de imponer leyes y sanciones que correspondan a una concepción determina-

<sup>3</sup> Thomson, Judith J., “Una defensa del aborto”, en Valdés, Margarita M. (comp.), *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 188-190.

da?... Lo que está en litigio no es si el aborto es bueno o malo moralmente, sino si debe o no ser penalizado por el poder estatal.<sup>4</sup>

Hoy día el debate sobre el aborto parece tener sentido si hacemos un esfuerzo para distinguir claramente los dos ámbitos: el moral y el jurídico. Esta distinción es la única que puede asegurar una convivencia plural en el seno de una sociedad que se precie de democrática. Y a la pregunta formulada por Villoro, la respuesta no puede ser otra más que la de un rotundo, no. El Estado no debe, ante asuntos controvertidos, imponer alguna concepción determinada por la vía de la penalización.

...penalizar el aborto implica conceder al Estado el privilegio exclusivo de decidir sobre un asunto moral y atentar contra los derechos de las mujeres para imponerles su criterio. Despenalizar el aborto no implica justificarlo moralmente, menos aún fomentarlo. Implica sólo respetar la autonomía de cada individuo para decidir sobre su vida, respetar tanto a quien juzga que el aborto es un crimen como a quien juzga lo contrario.<sup>5</sup>

Pero, además, desde un punto de vista consecuencialista, como argumenta Alfonso Ruiz Miguel, la punición del derecho es una medida inútil, entre otras razones, por la ineficacia de la pena. En este punto las cifras hablan por sí solas. No sólo no ha impedido o contribuido a disminuir la práctica del aborto sino que su prohibición ha provocado la producción de abortos en condiciones sanitarias inadecuadas con las consiguientes muertes y graves enfermedades en las mujeres. Quizá no esté de más recordar una verdad de Perogrullo para todo jurista: "...sólo debe usarse la sanción penal cuando es estrictamente imprescindible para garantizar un derecho o un bien, o visto a *contrario sensu*, se excluye la justificación de la pena cuando ésta resulta inútil o in-

<sup>4</sup> Villoro, Luis, "¿Debe penalizarse el aborto?", en Valdés, Margarita M. (comp.), *op. cit.*, p. 243.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 248.

necesaria como medio de garantía o de prevención en relación con ciertos derechos o bienes”.<sup>6</sup>

Por lo dicho, comparto el llamado que hiciera Marta Lamas a realizar lo que podríamos denominar “un giro jurídico o legal” sacando el aborto de los códigos penales y reglamentarlo en las normas sanitarias. El debate sobre su moralidad e inmoralidad debe reservarse a las conciencias individuales y discutirse, con la seriedad que merece, en las aulas universitarias y en los foros públicos en general, pero ante las graves injusticias de que son objeto las mujeres, mucho ganaríamos comenzando por distinguir el ámbito de la moralidad del ámbito del derecho, y adoptar y ejercer una actitud de denuncia pública y activa. A este respecto, cito nuevamente a Marta Lamas: “Sólo una sociedad verdaderamente indignada y movilizada ante una ley anticuada, cruel y discriminatoria hará posible que se amplíe el marco despenalizador”.<sup>7</sup>

## II. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El derecho a la privacidad se externaliza, de manera general, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, o bien, en el derecho a planear y decidir el propio plan de vida y realizarlo, y de manera muy concreta, en el derecho a la libertad sexual y reproductiva. La CIDH lo ha puesto de manifiesto en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*:

El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posi-

<sup>6</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, “El aborto, entre la ética y el derecho”, texto presentado en el Simposio, *Aspectos éticos y legales del aborto: la despenalización a debate*, México, INACIPE-GIRE, 29 de septiembre de 2003.

<sup>7</sup> Lamas, Marta, “A favor de la RU486”, *Suplemento Enfoque. Reforma*, México, núm. 501, 28 de septiembre de 2003.

bilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.<sup>8</sup>

Se trata de entender la autonomía personal en términos de autorrealización, de capacidad en el sentido de Amartya Sen, o si se prefiere, de libertad positiva. Y aquí la diferencia con el feto es insuperable. No hay ninguna evidencia científica que permita concluir que el feto posee alguna capacidad autonómica; por lo mismo, no es titular de derechos fundamentales. ¿Significa esto que quedan desprotegidos de la tutela constitucional? No. El embrión y el feto, como bien nos recordaba Jorge Carpizo, son bienes tutelados jurídicamente, pero no son titulares de derechos fundamentales.<sup>9</sup> De muchos recursos naturales o del mismo patrimonio cultural de la nación decimos que son bienes tutelados por la Constitución, pero de ninguno de estos bienes decimos que son titulares de derechos fundamentales. Lo mismo sucede con el embrión y el feto. Así lo entendió, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana en un fallo del 10 de mayo de 2006. En este fallo se destacó la no equivalencia entre el *nasciturus* y la vida humana de la mujer con todos los derechos de esta última: a su cuerpo, a su sexualidad y reproducción, a su intimidad, etcétera.

Pero quiero dar un paso más en el reconocimiento de la autonomía de las mujeres. No se trata de una autonomía condicionada, es decir, el deber de respetar la autonomía de la mujer porque si así no fuera se daría lugar a los abortos clandestinos en condiciones de insalubridad, lo que provocaría las muertes inevitables que todos conocemos. Por supuesto que ya se gana mucho argumentando con este enfoque consecuencialista, como ya he señalado, pero la defensa de la autonomía de las mujeres debe ser

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, numeral 143.

<sup>9</sup> Véase *supra*, capítulo segundo, nota 27.

incondicional, simple y sencillamente, porque de acuerdo con su plan de vida y a la presunción de una decisión racional y deliberada, abortar es lo que mejor le conviene. Este es el argumento de fondo para defender el aborto voluntario, sin restricciones, sin necesidad de probar absolutamente nada. ¿O es que piensan los legisladores anti-abortistas —una buena parte de ellos de corte confesional— que la decisión de abortar para una mujer es una decisión sencilla, sin consecuencias?

Por supuesto, detrás de la oleada de reformas constitucionales estatales en México existen grupos y sociedades cristianas, comenzando por la misma Iglesia católica, que han participado y participan activamente en su implementación. Esto, en sí mismo, no es censurable. Lo que sí lo es, es que pese a vivir y compartir en muchos asuntos de orden político, social y económico, los valores de una sociedad democrática y liberal, muchos cristianos parecen creer estar en posesión del derecho de utilizar la ley para aplicar la moral cristiana al aborto, al divorcio, al suicidio, a la procreación asistida, etcétera. Contra esta manipulación de la ley, vale la pena citar el siguiente pasaje:

Yo mismo soy cristiano —dice Max Charlesworth— y siempre he pensado que a la vez que los cristianos mantienen sus propios valores morales, deberían también preocuparse especialmente de defender el valor de la autonomía personal... Por lo tanto, los cristianos, así como cualquier otro, pueden de una forma válida mantener y promover sus posiciones morales respecto a los temas aquí tratados, pero si son ciudadanos de una sociedad liberal, no simplemente tolerarán sino que respetarán el derecho de conciencia de sus conciudadanos de mantener posturas contrarias, sin buscar que sus puntos de vista sean impuestos por el estado.<sup>10</sup>

Lo que está implícito en esta cita de Charlesworth es la comprensión del valor de la laicidad como una condición necesaria para la convivencia plural en una sociedad democrática. Si dis-

<sup>10</sup> Charlesworth, Max, *La bioética en una sociedad liberal*, trad. de Mercedes González, Cambridge University Press, 1996, pp. 3 y ss.

tinguimos entre moral privada y moral pública, esta distinción marca un límite con respecto a las convicciones religiosas. Estas deben situarse en un ámbito privado, mientras que el carácter laico del Estado debe exigirse en un ámbito público.

### III. DERECHO A UN TRATO DIGNO

¿Qué decir sobre el derecho a la dignidad de las mujeres *vs.* el derecho a la dignidad del embrión o del feto? ¿Es que se puede hablar de una dignidad del embrión o del feto? Siguiendo a un filósofo inglés, Peter Strawson, propongo una definición de persona bastante general y convencional. Persona es un ser “al que podemos atribuir *tanto* propiedades corpóreas *como* estados de conciencia”. A partir de esta definición y de acuerdo con el “estado del arte” de la ciencia, no tiene ningún sentido penalizar el aborto en las primeras 12 semanas. En palabras de los científicos Ricardo Tapia, Rubén Lisker y Ruy Pérez Tamayo:

El embrión de 12 semanas no es un individuo biológico ni mucho menos una persona, porque: a) carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero, al estar privado del aporte nutricional y hormonal de la mujer; b) aunque posee el genoma humano completo, considerar que por esto el embrión de 12 semanas es persona obligaría a aceptar también como persona a cualquier célula u órgano del organismo adulto, que también tienen el genoma completo, incluyendo a los tumores cancerosos. La extirpación de un órgano equivaldría entonces a matar miles de millones de personas; c) a las 12 semanas el desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales, ya que sólo se han formado los primordios de los grupos neuronales que constituirán el diencefalo (una parte más primitiva del interior del cerebro) y no se ha desarrollado la corteza cerebral ni se han establecido las conexiones hacia esta región, que constituye el área más evolucionada en los primates humanos. Estas conexiones, indispensables para que pueda existir la sensación de dolor, se establecen hasta las semanas 22-24 después de la fertilización; d) por lo anterior, el em-

brión de 12 semanas no es capaz de tener sensaciones cutáneas ni de experimentar dolor, y mucho menos de sufrir o de gozar.<sup>11</sup>

Se ha argumentado desde el punto de vista metafísico que el cigoto es potencialmente una persona y dado este carácter potencial debe ser protegido como cualquier otra persona. Vale la pena recordar lo que entiende el padre de la noción de “potencia”, Aristóteles, cuando define la potencia en los siguientes términos: “Toda potencia es a la vez una potencia para lo opuesto; pues todo lo que tiene la potencia de ser puede no ser actualizado. Aquello, entonces, que es capaz de ser puede ser o no ser... Y aquello que es capaz de no ser es posible que no sea”.<sup>12</sup>

Un óvulo fecundado puede tanto convertirse en una persona real como no convertirse en nada ulterior, como es claro en la cantidad de óvulos fecundados que no terminan en el proceso de anidación o son desechados en abortos naturales. ¿Cuándo es que comenzó a entenderse la noción de potencia como ordenada exclusivamente al ser? No es el momento de contestar a este cuestionamiento, pero estoy convencido que la introducción de la noción de “creación” y el abandono de la teoría hilemórfica en la reflexión filosófica de corte cristiano —teoría que sirvió desde el Concilio de Viena de 1312 hasta varios siglos después para no admitir que un alma humana real pudiera existir en un cuerpo humano virtual— ha sido extremadamente perjudicial para una adecuada comprensión del proceso evolutivo.

A principios del siglo XVII, dice el teólogo jesuita Joseph Doncell, y como resultado de una combinación de sus primitivos microscopios y su fantasiosa imaginación, algunos médicos vieron en embriones que tenían sólo unos cuantos días un pequeño ser humano, un homúnculo, con cabeza, piernas y brazos microscó-

<sup>11</sup> Recojo estas razones de Ricardo Tapia, Rubén Lisker y Ruy Pérez Taimayo, entre otros científicos, miembros del Colegio de Bioética A. C. Véase *Nexos*, México, núm. 343, julio de 2006.

<sup>12</sup> Aristóteles, *Metafísica*, trad. de María Luisa Alía Alberca, Madrid, Alianza, 2008, 9.8. 1050b

picos. Esta manera de ver al feto daba por supuesto la teoría de la preformación.<sup>13</sup>

No vale la pena dedicar una sola línea a esta aberración científica. Pero de igual manera, flaco favor hizo la teoría del dualismo cartesiano. Ahora resulta que un espíritu hecho y derecho puede manejar muy bien una máquina microscópica. Ahí, en ese espíritu, ya está la persona, la misma que se salvará o condenará, pero resulta que en este mundo está metida en un cuerpo desde el momento de la fecundación. Esta es la teoría creacionista de la animación inmediata que sustenta el dualismo cartesiano, y que se ha introducido hasta el tuétano en nuestro imaginario social. Este es el cristianismo vulgar, que es desmentido por otros cristianos sensibles a los avances de la ciencia. Vuelvo al teólogo jesuita:

La embriología experimental nos dice que cada una de las células del embrión inmaduro, de la mórula, es virtualmente un ser humano. De esto no se sigue que cada una de esas células posea un alma humana... Los gemelos idénticos surgen de un óvulo fertilizado por un espermatozoide, ese óvulo se parte en dos en una etapa temprana de la gestación y da lugar a dos seres humanos. En este caso, los defensores de la animación inmediata tienen que admitir que una persona puede dividirse en dos personas, lo cual es una imposibilidad metafísica.<sup>14</sup>

Hoy que el creacionismo está tan discutido me pregunto si estos no son resabios precientíficos inspirados en creencias religiosas y, ciertamente, en una imaginación desbordante. Pero no satisfechos con ello, arremeten nuevamente ahora con un argumento “más científico”. Sigo citando al teólogo jesuita:

Dicen que desde el principio el óvulo fertilizado posee cuarenta y seis cromosomas, todos los genes humanos, su código vital, y por ello dicen que es un embrión humano. Esto es algo innegable,

<sup>13</sup> Doncell, Joseph F., “Un punto de vista católico liberal”, en Valdés, Margarita M. (comp.), *op. cit.*, p. 115.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 117 y 118.

pero eso no lo convierte en una persona humana. Cuando un corazón humano es trasplantado, se conserva vivo por un corto tiempo fuera del donador; es un ser viviente, un corazón humano con todos los cromosomas y los genes humanos. Pero no es un ser humano, no es una persona.<sup>15</sup>

Por otra parte, si se pensara que en la fase preimplantatoria el embrión es una persona humana, esto implicaría, entre otras cosas: 1) que no obstante la elevada frecuencia de pérdida natural de óvulos fertilizados que nunca llegan a implantarse, se considere a éstos como personas y por lo tanto como personas sujetos de derechos, con lo cual esta acción podría calificar jurídicamente como delito; 2) que se conviertan en ilegales aquellos métodos anticonceptivos que actúan modificando el ambiente del endometrio para impedir o interferir con la implantación, como es el caso de los hormonales orales de progestina sola, los dispositivos intrauterinos medicados y los anticonceptivos modernos de bajas dosis que bloquean la ovulación o que podrían actuar sobre el proceso de la implantación (la llamada píldora del día siguiente); 3) que se limite el ejercicio de la libertad reproductiva y sus correspondientes derechos, por la razón inmediata anterior y porque se pondría en riesgo la viabilidad de la fertilización *in vitro*, técnica que en muchos casos constituye el único recurso de las parejas imposibilitadas para tener hijos.

En los primeros meses de gestación no hay nada que indique que estamos en presencia de un ser con capacidades biopsíquicas básicas, por lo tanto, no es digno, por lo tanto no es persona. La asimetría es radical. No se puede establecer siquiera la posibilidad de un conflicto de derechos, porque no estamos hablando de dos personas. Siendo así, no veo ninguna necesidad de recurrir a la ponderación como recurso argumentativo para dirimir un conflicto inexistente. El ejercicio de ponderación supone la pugna entre dos derechos de igual jerarquía pero, como se dijo, sólo una de las partes es titular de los derechos fundamentales y toda

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 117.

la normatividad jurídica debería estar encaminada a la protección de los mismos.

Dicho lo anterior, si por dignidad entendemos, en la mejor tradición kantiana, que la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no debe tratársela *nunca* sólo como un medio sino como un fin en sí misma, entonces por ningún motivo la mujer puede ser instrumentalizada y obligada contra su conciencia a mantener un embarazo.

#### IV. DERECHO A UNA IGUALDAD DIFERENCIADA

Una última consideración, ahora con respecto al derecho a la igualdad de la mujer. En un sentido negativo tal derecho debe entenderse como un derecho a la no discriminación, y así entendido se emparenta con el derecho a la dignidad; pero en un sentido positivo, el derecho a la igualdad debe entenderse como un derecho a la diferencia. Con respecto a la no discriminación, una ley que penaliza a las mujeres pobres es discriminatoria:

Es una ley —afirma Gustavo Ortiz Millán— que acentúa las desigualdades existentes en la ya de por sí muy desigual sociedad mexicana. Se podría decir que incluso ayuda a perpetuar las condiciones de pobreza en las que estas mujeres viven imponiéndoles la carga extra de mantener a un hijo no deseado en circunstancias precarias. Además, es una ley que no se aplica a mujeres con recursos, que también abortan, pero en óptimas condiciones sanitarias y sin ningún riesgo ni para su salud ni de ser denunciadas.<sup>16</sup>

Con respecto a la igualdad en un sentido positivo, si bien es cierto que se debe predicar la universalidad de los derechos bajo el principio de igualdad, tal universalismo, contra lo que piensan algunas voces masculinas y patriarcales, no debe hacer abstracción de la diferencia sexual. Como sostiene Luigi Ferrajoli, debe

<sup>16</sup> Ortiz Millán, Gustavo, *La moralidad del aborto*, México, Siglo XXI, 2009, p. 76.

intentarse una “refundación” y una “redefinición” del principio de igualdad, en el sentido de una igual valoración jurídica de las diferencias:

Es el punto de vista de las mujeres —continúa Ferrajoli— el que se ha impuesto en el plano cultural, aun antes que en el plano jurídico, y el que ha producido, poniendo en duda y cuestionando el valor y el significado de la igualdad, la que quizás ha sido la más relevante revolución social de los últimos decenios. Obviamente, aún repensado y reformado en función de la valorización de la diferencia de género, ningún mecanismo jurídico logrará, solamente él, garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos... El verdadero problema, el que requiere intervenciones precisas e imaginación jurídica, es la elaboración de un garantismo de las diferencias de género que sirva de hecho para la realización de la igualdad en su sentido más amplio posible.

Con tal fin, Ferrajoli analiza cuatro modelos de configuración posible de las diferencias: 1) indiferencia jurídica de las diferencias; 2) diferencia jurídica de las diferencias; 3) homologación jurídica de las diferencias, y 4) igual valoración jurídica de las diferencias.<sup>17</sup> Este último modelo, que defiende Ferrajoli, se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo “en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad”. A diferencia del primero, este cuarto modelo garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario,

<sup>17</sup> Ferrajoli, Luigi, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2010.

reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de autonomía en las relaciones con los demás.

Si algún derecho a la diferencia debe traducirse en un derecho desigual es el derecho a la maternidad voluntaria como auto-determinación de la mujer sobre el propio cuerpo. Este derecho, como sostiene Ferrajoli:

...le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometiéndola al control penal.<sup>18</sup>

Termino con una última reflexión para evitar malos entendidos con respecto a esta defensa ferrajoliana del igual valor jurídico de las diferencias. No se trata de defender una suerte de tolerancia hacia las diferencias, es decir, algo así como una resignación o indiferencia frente a aquello que nos distingue. ¿No resulta acaso ofensivo que alguien en un alarde de solidaridad se exprese diciendo que tolera las condiciones diferenciales de las mujeres en aras de una mejor convivencia social? ¡Hombre, muchas gracias por su deferencia! Por supuesto, resulta un paso importante para cualquier sociedad mínimamente decente superar la vocación discriminatoria y ejercer el hábito de la tolerancia, pero creo que aún este valor, tan querido para los liberales, debe entenderse de forma temporal: se debe trascender el límite impuesto por la tolerancia y aspirar hacia el estado de respeto. La tolerancia debe dar lugar, finalmente, a la igual consideración y respeto de las personas en el contexto de una pluralidad diferenciada.<sup>19</sup> Creo que esta es la idea de Ferrajoli que vale la pena destacar.

Reitero, la defensa incondicional del derecho a la autonomía de las mujeres no exige la virtud de la tolerancia sino de una cui-

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> Véase *supra*, capítulo primero.

dadosa y firme voluntad de respeto, de un reconocimiento de la igualdad, en las diferencias.

## V. UNA LECTURA SOBRE EL FEMINISMO\*\*

Es un lugar común en la literatura feminista referirse a ella a partir de olas diversas y sucesivas. Se habla de una primera ola “liberal”, a la que le sigue una “radical” y, finalmente, una que aboga por el reconocimiento de las diferencias y la representatividad política a nivel global. Las fronteras entre unas y otras no están claramente delimitadas, pero creo que es posible señalar algunas notas específicas.

Así, por ejemplo, es una constante entre las feministas liberales la demanda de inclusión de las mujeres en la ciudadanía con la debida garantía de los derechos derivados de la misma: civiles (reclamo del derecho de propiedad contra los privilegios masculinos y el derecho a la privacidad en términos de posesión y control del propio cuerpo); políticos (participación en igualdad para el sufragio activo y pasivo), y sociales (reivindicación del derecho a la educación y al trabajo con la consiguiente denuncia de la opresión económica).

El feminismo radical, en buena medida, desmitifica la bandera liberal y hace visible sus límites y cierta perversidad en sus propuestas. De manera general, contra el esencialismo mujerista se afirma que, cito a Marta Lamas, “no hay identidades monolíticas sino múltiples y fracturadas” (a la “mujer madura, urbana, blanca, universitaria y atea se opone la mujer joven, campesina, indígena, analfabeta y evangélica”); se distinguen las categorías de “sexo” y género” asumiendo este último un claro sentido cultural, y, más específicamente, contra el principio liberal de autonomía personal se propone el enfoque de la “dominación”; con-

\*\* Texto leído en la librería Rosario Castellanos del Fondo de Cultura Económica, el 19 de agosto de 2014, en la presentación del libro de Marta Lamas, *Cuerpo, sexo y política*, México, Debate Feminista-Océano, 2014.

tra la tendencia a vincular la justicia con principios abstractos y generales se propone una justicia vinculada con la búsqueda de lo concreto (conexión, cuidado, singularidad, receptividad de los sentimientos, equidad); se critica la escisión entre el mundo de lo público y de lo privado proclive a ocultar la violencia que se practica al interior de las familias; denuncia la pretendida igualdad formal del derecho y su neutralidad como un factor que invita a convalidar las injusticias más que asumir una clara preferencia por la parte más desprotegida en sus derechos.

El feminismo de las diferencias, cuestiona a su vez, la dicotomía sexo y género como reflejo de una dicotomía más general entre naturaleza y cultura: el sexo también está sometido a interpretaciones culturales. Hay un despertar crítico de las “mujeres en los márgenes” cuyos malos sujetos son las putas, lesbianas, marimachas, violadas, transexuales, actrices porno, feas, viejas, camioneras, frías, insatisfechas, histéricas, taradas. La crítica del liberalismo radical a la pornografía resultó perversa para las mujeres reforzando, sin pretenderlo, los discursos más conservadores. Se trata más bien de reivindicar un feminismo pro-sexo, entendido también como plataforma política de resistencia al control y la normalización de la sexualidad. Asimismo, no es desde el discurso monológico como se construye el espacio público para el reconocimiento de la diversidad sino con la presencia de la “voz” de las otras concretas. En otros términos, no es razonable esperar a través de la autorreflexión, que un individuo aislado represente adecuadamente los puntos de vista de los demás, “parecidos” o “diferentes”, y mucho menos, si tal representación se realiza en un contexto global. Se requiere de una deliberación pública plural, incluyente y laica, con un horizonte que rebase las fronteras territoriales.

Después de este repaso general, involuntariamente esencialista, no puedo resistirme a practicar ese ejercicio terrible de clasificar, e intentar ubicar las ideas de Marta Lamas en alguna de estas categorías. Lo cierto es que nuestra autora, entendida desde su activismo feminista y con todo su arsenal de lecturas, es incla-

sificable. La he escuchado en diversos foros, he sido testigo de alguna de sus múltiples iniciativas y puedo decir que frente a públicos conservadores se muestra más liberal que Harriet Taylor Mill o Betty Friedan; que ante los liberales a ultranza es más radical que Simone de Beauvoir o Catherine MacKinnon, y que ante las feministas modernas reivindica un feminismo crítico, sexualmente lúdico y poscolonial, más incisivo que el de su admirado Bordieu o que el de la propia Judith Butler. Su activismo mide bien a los diversos auditorios. Ha desarrollado un sentido de la oportunidad envidiable para cualquier político y, como digo, ha sabido desenvolverse con un activismo feminista sin concesiones y con una argumentación eficaz. Pero también es cierto que hace tiempo Marta Lamas viene construyendo, apoyándose en la antropología, el psicoanálisis y la ética, una concepción feminista robusta y propositiva. Me atrevería a decir que no es la teoría la que ha orientado su activismo, sino su activismo el que ha ido construyendo una teoría a modo. Confluye en esta propuesta, a mi juicio, lo mejor de cada una de las diversas olas del feminismo, razón por la cual se resiste a toda clasificación, y cuyas líneas maestras me parece encontrar en el último capítulo del libro que hoy comentamos, y que lleva por título: *Dimensiones de la diferencia*.

Podemos partir de una premisa básica. No existe una correspondencia unilateral entre el cuerpo, la identidad personal y el mandato cultural de género. Las expresiones de intersexualidad, homosexualidad y transexualidad ponen en crisis la bidimensionalidad rígida entre “hombres” y mujeres”. “Las prescripciones normativas de *género* —lo que “les toca” a las mujeres o a los hombres— afirma Marta Lamas con razón, funcionan como mandatos que intentan ajustar los cuerpos al modelo hegemónico”. Por ello, “al diferenciar entre la sexualidad y los contenidos simbólicos que les adjudican las personas queda en evidencia la gran variación entre las fronteras de lo normal y lo anormal, las prácticas buenas o malas, naturales o antinaturales, decentes o indecentes”. Debemos partir de un reconocimiento fáctico de las diferencias, y de alguna forma relativizar los valores construidos a partir de la dicotomía esencialista “hombre-mujer”.

Pero al mismo tiempo, todos los seres humanos somos iguales, y así lo reconoce la normatividad jurídica. El Estado debe permanecer neutral, en la mejor tradición libertaria, ante los diversos modos y planes de vida, y evitar caer en posiciones injustificadamente paternalistas o perfeccionistas. La igualdad formal ante la ley y la pretendida independencia y objetividad de los jueces en la aplicación de la misma, son las garantías mínimas para una adecuada convivencia social y democrática. A la relativización de los valores debe oponerse una aspiración a la universalidad en el reconocimiento de una igualdad compartida entre los seres humanos. Las situaciones que no se ajusten a las tendencias universales quedan en los márgenes y deben tratarse de manera excepcional, y si es posible, con benevolencia.

Y es precisamente en esta tensión entre el reconocimiento de las diferencias, por un lado, y el sustrato común de los seres humanos en igualdad, por otro, donde hace su aparición el dilema: si ignoramos las diferencias en el caso de los grupos subordinados o discriminados, en aras de una igualdad formal, se alcanza una “neutralidad defectuosa”; si destacamos las diferencias, en aras de un reconocimiento de la pluralidad, incurrimos en una “estigmatización indeseable”. Es esta estigmatización, por ejemplo, la que ha llevado a algunas feministas a rechazar las acciones afirmativas o las políticas de cuotas. En síntesis, la visibilidad o invisibilidad en exceso terminan siendo, ambas, discriminatorias. Este es el callejón sin salida del dilema.

Creo que la única forma de no caer en la parálisis de los dilemas es comenzar a limar poco a poco los cuernos de los mismos, conscientes de que quizá sea imposible eliminarlos, y que pueden hacer su aparición en cualquier momento. ¿Qué propone Marta Lamas para suavizar el dilema?

Una grata sorpresa para los que nos dedicamos a la filosofía jurídica es que nuestra autora haya echado mano del pensamiento de Luigi Ferrajoli, y reivindique con él, un derecho a la diferencia que sólo puede hacerse exigible bajo un trasfondo de igualdad. Pero ¿de qué igualdad estamos hablando que no se li-

mite exclusivamente a la igualdad jurídica? Es verdad que desde un punto de vista formal, todos los seres humanos somos iguales, pero lo que importa destacar es que, desde un punto de vista sustantivo, todos los seres humanos debemos ser tratados “con igual consideración y respeto”. Esto es tanto como decir: sin crueldad, sin humillación, sin exclusión, sin dominación, sin discriminación, todas estas expresiones que marcan una ruta por vía negativa hacia la noción de dignidad personal, es decir, qué es lo que *no debemos hacer* con los seres humanos. Marta Lamas expresa esta vía negativa de manera clara y contundente: “Es legítima la gran diversidad de prácticas sexuales que existen, siempre y cuando no resbalen a manifestaciones ilegales e indignas de consumir el deseo sexual, tales como la violación, el abuso sexual, los toqueteos, el hostigamiento y la seducción a menores”. Nos igualamos, por vía negativa, en aquello que no se debe hacer, pero también nos igualamos por vía positiva en aquello *que consentimos hacer*, es decir, cuando se ejerce “la facultad que tienen las personas adultas con ciertas capacidades mentales y físicas, de decidir su vida sexual”. Por ello: “La existencia de un desequilibrio notable de poder, de maduración, de capacidad física o mental imposibilita que se lleve a cabo un verdadero consentimiento”.

Si lo anterior es correcto, entonces nada más ajeno a la idea de igualdad en términos de dignidad y autonomía, que la idea libertaria de un Estado neutral, aséptico, indiferente a los grupos, histórica y contemporáneamente discriminados. Marta Lamas ha puesto de manifiesto cómo tal pretendida neutralidad oculta o refuerza posiciones discriminatorias que sólo contribuyen, pensemos por ejemplo en materia laboral, a la perpetuación del llamado “techo de cristal”, es decir, restricciones invisibles que impiden el ascenso profesional y laboral de las mujeres en diversos ámbitos institucionales públicos y privados. En su libro *Feminismo. Transmisiones y retransmisiones*, se muestra una Marta Lamas liberal, pero poderosamente comprometida con la igualdad. La cito *in extenso*:

La prolongada situación de marginación de las mujeres, su constante abandono del mercado laboral en años esenciales del ciclo de vida, la valoración inferior de los trabajos femeninos, su insuficiente formación profesional, la introyección de un modelo único de feminidad y el hecho de que, en muchos casos, ellas mismas no reconozcan su estatuto de víctimas de la discriminación, requiere una política que reconozca la existencia de la injusticia pasada, su persistencia y la complicidad de las propias víctimas en su perpetuación. No se puede cambiar la situación simplemente respondiendo con una normatividad jurídica que consagre la igualdad entre hombres y mujeres; se necesitan medidas pro-activas, afirmativas, que detecten y corrijan los persistentes, sutiles y ocultos factores que ponen a las mujeres en desventaja frente a los hombres, provocando que quienes las evalúan y contratan duden acerca de sus capacidades laborales.<sup>20</sup>

Pues bien, llegado a este punto, y ya para concluir, regreso a las sucesivas olas feministas, y me pregunto: Marta Lamas, ¿feminista liberal?, sí, pero con un liberalismo igualitario, progresista, de izquierdas; ¿feminista radical?, sí, pero no a costa de la violación de los derechos humanos; ¿feminista de las diferencias?, sí, pero bajo un trasfondo de igualdad sustantiva, sin humillaciones, ni discriminaciones.

<sup>20</sup> Lamas, Marta, *Feminismo. Transmisiones y retransmisiones*, México, Taurus, 2006, p. 63.

## CAPÍTULO CUARTO

### DERECHOS DE LA NIÑEZ: EDUCACIÓN LAICA Y VIDA EN FAMILIA<sup>1</sup>

En 1976, en un célebre artículo, Neil MacCormick afirmaba con razón que “los derechos de los niños constituyen un buen caso para poner a prueba a la teoría de los derechos en general”.<sup>2</sup> Como sabemos existen dos teorías sobre la naturaleza de los derechos: la teoría de la elección (o de la voluntad o capacidad racional), por un lado, y la teoría del interés (o de los beneficios o necesidades), por el otro. Defenderé esta última concepción y la pondré a prueba analizando dos derechos relevantes para la niñez: el derecho a una educación laica y el derecho a una vida en familia.

#### I. DOS CONCEPCIONES CONTRAPUESTAS DE LOS DERECHOS

La teoría voluntarista de los derechos pone el acento en el valor de la libertad de las personas, en su capacidad racional para elegir y materializar sus planes de vida. Parten del supuesto liberal, en la línea de Mill, de que cada individuo es el mejor juez de lo que es bueno o malo para sus vidas: nadie mejor que el propio individuo para conocer lo que prefiere. Este tipo de afirmación es, precisamente, la que choca de manera frontal con la situación de la niñez porque, de acuerdo con esta teoría, si algo distingue a

<sup>1</sup> Por economía, usaré en el texto las expresiones “niñez” o “menor” para referirme a “las personas menores de edad” o a las “niñas, niños y adolescentes”.

<sup>2</sup> MacCormick, Neil, “Los derechos de los niños. Un test para la teoría de los derechos”, trad. de Neus Torbisco, en Fanlo, Isabel (comp.), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, p. 61.

los menores es que no siempre saben, ni siquiera normalmente, aquello que es mejor para sus vidas. Por ello, un liberal coherente pondría en serias dudas la posibilidad de dar cuenta de los posibles derechos de los menores, pues éstos no gozan de las condiciones básicas para hacer exigibles racionalmente sus deseos y preferencias. Un ejemplo claro de esta postura lo encontramos en Carl Wellman. Para este autor, la libertad o el poder son elementos esenciales de los derechos, y ambos presuponen en el titular una cierta capacidad moral para actuar. Los menores gradualmente adquieren tal capacidad hasta hacer propio el contenido de los derechos, pero mientras no logren tal posicionamiento pleno, no poseen derechos humanos en absoluto.<sup>3</sup> De igual manera, Onora O'Neill nos previene sobre la "utilidad" del enfoque fundado sobre los derechos del menor asimilando a éstos, por ejemplo, a la categoría de víctimas de discriminación, como sucede para el caso de las mujeres o de los grupos étnicos. Estos últimos son capaces de reivindicaciones autónomas y su condición de grupos discriminados responde a situaciones artificiales, políticas o culturales. Por el contrario, los menores son incapaces de tales reivindicaciones y su estado de vulnerabilidad responde a condiciones biopsíquicas que son por naturaleza pasajeras. Por supuesto, esta condición vulnerable del menor exige un compromiso aún más robusto por parte de terceros. O'Neill propone la construcción de una categoría de deberes que sean independientes de las pretensiones del destinatario. Se trataría de deberes positivos sin derechos, obligaciones imperfectas si se quiere, que exigirían no un asistencialismo arbitrario, sino un paternalismo justificado.<sup>4</sup> El propósito, finalmente, tiene una causa noble, a saber, reforzar la idea de responsabilidad de terceros y no restarle fuerza atribuyendo derechos a quienes no están en

<sup>3</sup> Wellman, Carl, "El crecimiento de los derechos de los niños", trad. de Silvina Álvarez, en Fanlo, Isabel (comp.), *op. cit.*, pp. 57 y ss.

<sup>4</sup> Véase O'Neill, Onora, "Children's Rights and Children's Lives", en Alston, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 24 y ss.

condiciones de poder ejercerlos. En buena medida esta fue la concepción imperante hasta que en 1990 entró en vigor la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para las teorías del interés los menores gozan de ciertos derechos. De acuerdo con MacCormick, “al menos desde su nacimiento, todo niño tiene el derecho a ser alimentado, cuidado, y, si es posible, querido, hasta que llegue a ser capaz de cuidarse por sí mismo o por sí misma... Si alguien no reconociera que cada niño tiene ese derecho lo consideraría un simple caso de ceguera moral”.<sup>5</sup> Se trata de derechos morales que pueden o no estar reconocidos jurídicamente. Más aún, es justo *porque* los niños tienen esos derechos que conviene que existan disposiciones jurídicas que obliguen a terceros: padres biológicos, adoptivos, familias extensas o al Estado. De esta manera, la teoría del interés se presenta no sólo con una mayor capacidad explicativa para dar cuenta de los derechos del menor, sino que amplía considerablemente la gama de derechos sólo si pensamos, con Liborio Hierro, en la importancia moral y en la diversidad de necesidades fundamentales y objetivas de los individuos.<sup>6</sup> Creo que este sentido integral de los derechos bajo el principio del “interés superior de la niñez”, es el cambio más significativo que se introduce en la Convención desde 1990 y que, poco a poco, ha ido permeando en todas las disposiciones normativas estatales. La Convención, como sabemos, parte de cuatro principios normativos: 1) principio de no discriminación, expresa el tratamiento igual de los niños sin distinción por motivos de raza, color, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del mismo niño, de sus padres o de sus representantes legales; 2) principio de aplicación de los derechos, haciendo especial referencia al cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales exigiendo a los Estados parte adoptar las medidas hasta el máxi-

<sup>5</sup> MacCormick, Neil, *op. cit.*, pp. 62 y ss.

<sup>6</sup> Véase Hierro, Liborio, “El niño y los derechos humanos”, en Fanlo, Isabel (comp.), *op. cit.*, pp. 177 y ss.

mo de los recursos disponibles; 3) principio de respeto a los padres en la dirección y orientación de los hijos en el ejercicio de sus derechos; 4) principio del interés superior del niño reconociendo su bienestar por encima de otros intereses como principio para regular las decisiones de las autoridades públicas. México no ha sido la excepción en la adopción de estos principios, como puede apreciarse en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,<sup>7</sup> coherente con la modificación al artículo 4o. constitucional reformado en octubre de 2011.

Señaladas las líneas principales de ambas teorías, regreso brevemente al debate, preguntándome con MacCormick por qué resulta relevante diferenciar con claridad entre el *deber* de cuidado, alimentación y afecto de los adultos hacia los menores, y el *derecho* del menor a ser cuidado, alimentado y recibir afecto por parte de los adultos, o planteado en términos de Ronald Dworkin, ¿por qué debemos tomarnos los derechos de la niñez en serio?

Pienso con ambos autores —y contra las propuestas voluntaristas, por ejemplo en las versiones de O’Neill o Wellman ya citadas— que poner el acento en los deberes hacia los menores siempre se hará con vistas a fines ulteriores, de alguna forma determinados por los terceros comenzando por las finalidades de los mismos padres. Así, por ejemplo, a la pregunta de por qué debemos cuidar, alimentar y dar afecto a los menores podría responderse con finalidades muy diversas como incrementar la riqueza de la comunidad convirtiéndolos en seres productivos, o

<sup>7</sup> Decreto por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, México, 6 de noviembre de 2014. En la ley se especifican aún más los principios rectores: el interés superior de la niñez, la igualdad sustantiva, la no discriminación, la inclusión, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, la participación, la interculturalidad, la corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades, la transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales, la autonomía progresiva, el principio *pro persona*, el acceso a una vida libre de violencia y la accesibilidad. Artículo 6o.

procurar una mayor alegría y cohesión en las relaciones de pareja o familiares, o bien, robustecer la convivencia política y social. Se trataría, en una palabra, de incrementar el bienestar general convirtiendo a los niños en los instrumentos por excelencia para tal propósito.

Nadie mejor que Jonathan Swift en ese exquisito ensayo *Una humilde propuesta*, en la que, con gran ironía, lleva al absurdo la propuesta utilitarista: convertir a los niños en manjares apetecibles para las clases pudientes en un juego suma positivo en donde todos ganan incrementando el bienestar al eliminar la pobreza y haciendo más eficientes los escasos recursos del Estado.<sup>8</sup> Por cierto, no necesitamos trasladarnos al siglo XVIII para ser testigos de la instrumentalización de los niños. Hoy día nos resulta familiar escuchar hablar de los “niños de engorde”, los “niños escudo”, los “niños para turismo sexual”, los “niños para promocionales de productos comerciales”, los “niños coyotillos”, “los niños sicarios”, etcétera. Es claro que hay de finalidades a finalidades, y nadie dudaría que educar a los niños para convertirlos en ciudadanos activos para la vida política del Estado es un fin más noble que el de servir para el turismo sexual. Sin embargo, sea para una o para otra, el criterio sigue siendo uno de tipo consecuencialista. El adulto establece las finalidades, de acuerdo con sus preferencias, en una suerte de discriminación por edad, o como algunos han preferido denominar: elitismo adulto o, simplemente, “adultismo”.

Por ello, tiene mucho sentido hacerse la pregunta: ¿por qué importan los menores? Pienso que la respuesta no puede ser otra más que sus intereses y necesidades constituyen un bien, algo valioso, que merece ser reconocido y protegido. Son títulos que los menores poseen y que el Estado debe velar con más empeño, dada su especial condición de vulnerabilidad. Es tomarse sus derechos “en serio” poniendo un límite o freno a cualquier pretensión utilitarista. Tales derechos no son objeto de negociación en

<sup>8</sup> Swift, Jonathan, *Una humilde propuesta... y otros escritos*, trad. de Begoña Gárate Ayastuy, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

el mercado, no están sujetos al regateo. Constituyen, en la feliz expresión de Ernesto Garzón Valdés, un “coto vedado”.

De igual manera, si asumimos el enfoque de los intereses se pueden identificar con más claridad aquéllos propios del menor en tanto persona, niño o adolescente, y en este último, los correspondientes al joven y al futuro adulto, de acuerdo con la terminología propuesta por Tom Campbell.<sup>9</sup> Las necesidades para cada una de estas etapas no son las mismas. El menor goza de todos los derechos universales correspondientes a su calidad de persona, pero también de acuerdo con el proceso evolutivo de desarrollo, gozará de derechos adecuados a su condición de niño (hasta los 12 años, o hasta los 15, si atendemos que es ésta la edad mínima para trabajar, como sucede en el caso de México) o de adolescente (hasta los 18 años). A cada etapa corresponden intereses y necesidades, con sus debidos derechos, y sería un grave error pasarlas por alto o minimizarlas exigiendo a los niños virtudes propias de los adolescentes mayores o de los adultos. Así, por ejemplo, tiene todo el sentido del mundo preguntarse si es de interés del niño el ejercicio del derecho a votar, o participar en simulacros parlamentarios y representar las actividades de los congresistas, o asumir responsabilidades matrimoniales, o bien, con respecto a los adolescentes si es su responsabilidad sustituir a los padres en el cuidado de sus hermanos menores, o del niño y de los adolescentes menores a trabajar para el sustento del hogar, o someterlos a fatigas extenuantes para forjar su carácter. Pienso que robarles a los niños su infancia negándoles su derecho al juego o a las actividades recreativas, o a los adolescentes el interés lúdico y responsable en sus necesidades sexuales, o a ambos la construcción de su autoestima, en ocasiones con decisiones difíciles y riesgosas, por una suerte de adultismo, es una violación grave por comisión o por omisión, de sus derechos.

<sup>9</sup> Campbell, Tom, “Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto”, trad. de Maribel Narváz Mora, en Fanlo, Isabel (comp.), *op. cit.*, pp. 107 y ss.

Quiero detenerme en el análisis de dos derechos de la niñez cuya importancia resulta especialmente relevante para cada una de las etapas sucesivas de su desarrollo: los derechos a una educación laica y a una vida en familia.

## II. DERECHO A UNA EDUCACIÓN LAICA

Entre los derechos de la niñez, la educación es sin duda uno de los más relevantes y, por supuesto, no está exento también de un posible consecuencialismo adultista. A fin de cuentas, se argumenta: ¿no son los hijos una extensión natural de sus padres? ¿No justifica esta relación natural un derecho *a priori* de los padres sobre sus hijos? El peligro, como es obvio, es caer en un autoritarismo moral bajo la suposición de que los niños son una especie de propiedad de los padres, que impide reconocer en ellos a seres humanos con intereses, necesidades y derechos.

No hay duda alguna de que los padres tienen prioridad sobre otro tipo de instituciones en la educación de sus hijos simplemente por razones empíricas como son las razones psicológicas. Pero debe reconocerse que el derecho de los niños a la educación debe prevalecer sobre las preferencias de los mismos padres cuando el ejercicio de éstas puede limitar el desarrollo pleno de aquéllos. Restringir tales libertades, por medio de la coerción legal, evita daños a terceros —los niños— y crea las condiciones que hacen posible el gozo de las capacidades de estos últimos. A este respecto vale la pena recordar las palabras en disidencia del juez William O. Douglas, refiriéndose a los niños pertenecientes a la Old Order Amish, en el conocido caso *Wisconsin v. Yoder*:

Un niño Amish puede querer ser un pianista o un astronauta o un oceanógrafo. Para lograrlo deberá apartarse de la tradición Amish... Si sus padres conservan al niño fuera de la escuela más allá de la primaria, entonces el niño quedará imposibilitado de participar en el nuevo y apasionante mundo de la diversidad que tenemos hoy día... Si es constreñido a la forma de vida Amish por

aquellos que tienen autoridad sobre él y si su educación es trunca-  
da, su vida entera puede ser impedida y deformada.<sup>10</sup>

De acuerdo con el juez Douglas, el bien de la educación, especialmente de la educación básica, debe prevalecer sobre la libertad religiosa o las tradiciones de los padres de la Old Order Amish. Y la razón parece clara: tal tipo de educación tiene relación directa con la *formación* de la autonomía de los menores y no con su ejercicio, y tal formación es una condición *sine qua non* para la satisfacción de las necesidades y derechos del menor. Si esto es así, entonces está plenamente justificado interferir en las preferencias de los padres cuando éstos obstaculizan la formación básica de sus hijos. Debe rechazarse la hipótesis naturalista de que los hijos son una prolongación “ontológica” de sus padres. Esta hipótesis sólo puede conducir a la justificación de cualquier tipo de indoctrinación adultista que, reitero, atentaría contra los derechos de los menores. En materia educativa, la Convención sobre Derechos del Niño, menciona en sus artículos 28 y 29, entre otros objetivos: desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad física y mental del niño hasta el máximo de sus posibilidades y preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

El caso de los padres Amish, y las limitaciones a su libertad religiosa, obliga a plantearnos no tanto el problema de la justificación de la educación en general, sino el tipo de educación que debe impartirse en particular. Estoy convencido que toda educación básica, sea pública o privada, debe adecuarse, antes que a cualquier otro valor de carácter cívico o democrático, a la laicidad. Pero ¿qué debe entenderse por laicidad y cuál es el alcance de la misma en materia educativa?

Entiendo por laicidad la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos

<sup>10</sup> 406 us 205 (1972), cit. por Stephen Macedo, *Liberal Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 268.

en materia de religión o de convicciones metafísicas. Esto quiere decir que: 1) las creencias religiosas o metafísicas, su transmisión y enseñanza se localizan en el ámbito privado; 2) en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas o antimetafísicas; 3) las faltas a la moral de inspiración religiosa no tienen trascendencia política y más bien el Estado debe definir los delitos mediante criterios universalizables: no existe el delito de blasfemia, y 4) se debe privilegiar el criterio de argumentación y consentimiento de los individuos, a través del voto y del principio de mayoría, frente a la pretensión de la custodia de verdades reveladas por la divinidad a través de sacerdotes y jerarquías eclesiásticas o comunidades fundamentalistas.<sup>11</sup>

Con respecto a lo público y lo privado, debe aclararse que si bien el ámbito primordial de las creencias religiosas es el privado, la libertad religiosa comprende también el derecho a expresar e intentar expandir las propias creencias en el ámbito público: “Desde la construcción de lugares de culto y de enseñanza religiosa hasta las procesiones y el proselitismo casa por casa”.<sup>12</sup> Lo que importa entender es que el perímetro correcto del ejercicio de esos derechos debe situarse estrictamente dentro de la sociedad civil y no traspasar a la utilización del Estado. Éste debe mantener una posición de imparcialidad frente a todos los cultos, sin privilegiar alguna confesión religiosa por encima de las demás.

Asimismo, hay que distinguir entre laicidad pasiva y laicidad activa. Para Michelangelo Bovero y Luis Salazar Carrión el adjetivo laico puede entenderse desde un punto de vista mínimo de modo tal que para que un Estado sea laico basta con que sea neutral en relación con los diferentes credos religiosos. Sin em-

<sup>11</sup> Véase Ruiz Miguel, Alfonso, “Laicidad, laicismo, relativismo y democracia”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Coyoacán, 2007, pp. 159-160. Véase también Blancarte, Roberto, “Laicidad: la construcción de un concepto universal”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *op. cit.*, p. 35.

<sup>12</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*

bargo, reducir la laicidad de esa manera, piensan estos autores, abre las puertas al nihilismo, al relativismo, al indiferentismo o al cinismo. Para evitar caer en tal situación, es necesario que el pensamiento laico no se entienda como la ausencia de valores, sino como la manera de presentar y defender ciertos principios y valores: un principio práctico, la tolerancia, y un principio teórico, el antidogmatismo. De esta manera, la laicidad exige una educación racional-ilustrada, condiciones de legalidad y un derecho positivo que reconozca y garantice efectivamente los derechos fundamentales de todas las personas por igual.<sup>13</sup>

En otros términos, cada uno de los valores cívicos ya mencionados en un inicio —pluralismo, imparcialidad, tolerancia, solidaridad, deliberación democrática— se constituyen en condiciones de posibilidad necesarias para la existencia y ejercicio de una educación laica. Son valores que se desprenden del mismo proceso de discusión democrática y su importancia radica precisamente en servir de cauce para posibilitar el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos, y específicamente para nuestro caso, los derechos de los menores. Es claro que no nacemos con tales valores. Se requiere de un trabajo lento, acorde con los intereses y necesidades propios de cada etapa de maduración del menor. En este sentido, me parece muy razonable la advertencia de Stephen Macedo al señalar que los valores cívicos no se adquieren en la edad adulta, sino que requieren de todo un proceso educativo que se inicia desde la niñez. Cito a Macedo *in extenso*:

Desde temprano y a lo largo de sus vidas, los ciudadanos liberales aprenden y aplican normas públicas en su interacción con otros. Los niños aprenden de sus padres y de los juegos infantiles a respetar las reglas y a jugar con justicia. Ellos critican, discuten, escuchan a otros, votan, participan en los debates, cambian de opinión, y ayudan a implementar las reglas en su casa, en la es-

<sup>13</sup> Véase Bovero, Michelangelo, “Laicidad y democracia. Consideraciones sobre pensamiento laico y política laica”, en *Nexos*, México, julio de 2002, y Salazar Carrión, Luis, “Religiones, laicidad y política en el siglo XXI”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *op. cit.* pp. 149 y ss.

cuela, en sus trabajos, en los juegos, y con sus amigos. De manera gradual aprenden a contener sus impulsos, respetar a otros como iguales, y a dirigir y aplicar sus energías con diligencia. Aprenden a hacer juicios sobre ellos mismos y a adquirir la medida de su individualidad y autonomía. Aprenden algo sobre los procedimientos justos, la imparcialidad, y el respeto hacia aquellos que son diferentes; desarrollan virtudes judiciales, legislativas y ejecutivas. Todo esto sin control político, aunque fuertemente influenciado por nuestras prácticas políticas. Sería un error, entonces, ver la participación en campañas y elecciones como la única o la sola fuente primaria de la virtud pública: la vida privada ha recorrido un largo camino para ayudar a prepararnos en los deberes públicos.<sup>14</sup>

La laicidad “activa” debe distinguirse de la idea popularizada por Sarkozy en la visita de Benedicto XVI a Francia (septiembre de 2008) sobre la laicidad “positiva”. Esta última en términos de uno de sus críticos es:

Aquella fórmula institucional que respeta la libertad de creer o no creer (en dogmas religiosos, claro) porque ya no hay más remedio, pero considera que las creencias religiosas no sólo no son dañinas sino beneficiosas social y sobre todo moralmente.<sup>15</sup>

Apoyándose en Jean Baubérot, Fernando Savater critica con razón tal tipo de laicidad porque significa: “Una forma de neoclericalismo, confesional, pero no confeso. Y eso porque un Estado realmente laico no sólo no puede dejarse contaminar por ninguna religión, ni privilegiar ninguna de las existentes sobre las demás, sino que tampoco puede declarar preferible tener una religión o no tenerla”.<sup>16</sup>

Durante los gobiernos panistas en México se abrió, una vez más, el debate en torno al tema de la laicidad educativa en las escuelas públicas. Se argumentó, entonces, nada menos que por

<sup>14</sup> Macedo, Stephen, *op. cit.*, pp. 273 y 274.

<sup>15</sup> Fernando Savater, “Siempre negativa, nunca positiva”, *El País*, 16 de octubre de 2008, pp. 31 y 32.

<sup>16</sup> *Ibid.*

el ombudsman nacional, que la prohibición de la enseñanza religiosa en las escuelas era una forma de discriminación negativa hacia aquellos padres de familia que sin tener recursos suficientes para enviar a sus hijos a escuelas privadas confesionales, debían enviarlos, contra sus convicciones, a escuelas públicas laicas.<sup>17</sup> En el mismo sentido, para el entonces presidente del Episcopado mexicano, las leyes mexicanas deberían garantizar la libertad religiosa, que es mucho más amplia en su contenido que la libertad de creencia y culto. Hacer valer la libertad religiosa es hacer valer el derecho de los padres de familia a que sus hijos sean educados conforme a su fe y el Estado debe implementar las condiciones y los recursos para que tal libertad religiosa no se vea limitada.<sup>18</sup> No está demás considerar la advertencia de Claudio Magris con respecto a las consecuencias que se podrían seguir de este argumento:

En nombre del deseo de los padres de hacer estudiar a sus hijos en escuelas que se funden en principios (religiosos, políticos o morales), surgirían escuelas inspiradas en los diversos harapos oculistas de cada vez mayor difusión, en conventículos estrafalarios e ideologías de todo género. Hay ciertamente padres racistas nazis, estalinistas deseosos de educar a sus hijos (a nuestras expensas) en el culto de su Moloch; padres que pedirían escuelas en las que sus pimpollos no se sienten junto a condiscípulos meridionales. Nacerían probablemente escuelas satanistas, otras prestas a llamar como “expertos” a cartománticos y magos y así sucesivamente.<sup>19</sup>

Por supuesto, no es objeto de debate el hecho de que en materias como Historia y Educación Cívica se explique el fenómeno

<sup>17</sup> Véase una crítica a la posición del ombudsman nacional, José Luis Soberanes, en Volpi, Jorge, “Soldados de Cristo”, *Proceso*, núm. 1484, 10 de abril de 2005, p. 54.

<sup>18</sup> Véase la entrevista de Rodrigo Vera al presidente del Episcopado mexicano, Carlos Aguiar Retes, en *Proceso*, núm. 1574, 31 de diciembre de 2006, pp. 13 y ss.

<sup>19</sup> Citado por Ruiz Miguel, Alfonso, “Laicidad, laicismo, relativismo y democracia”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *op. cit.*, p. 165, n.7.

no religioso y se enseñe una historia comparada de las religiones. Pero la pretensión del prelado iba más lejos en el sentido de incluir la enseñanza de una religión como parte del currículo escolar y financiarla por el Estado. A esta pretensión debían añadirse otras demandas: el voto pasivo de los ministros de culto; el derecho a expresar sus opiniones en materia política y a asociarse con fines políticos; que las asociaciones religiosas posean medios de comunicación masivos, y que las iglesias reciban subsidios públicos mediante la recaudación de un impuesto especial que recogería y distribuiría el Estado.<sup>20</sup> Al comentar estas demandas, un católico como Pablo Latapí manifestaba su inconformidad cuando decía que:

...se habla de un “Estado confesional” que vendría en sustitución del “Estado laico”... A los católicos que vamos depurando nuestra idea de la Iglesia en la dirección contraria —como una comunidad de fieles en la fe cuya seguridad no estriba en el poder temporal, sino en la confianza en Dios, como aparece en el Evangelio— nos chocan profundamente estas demandas de la jerarquía eclesiástica.<sup>21</sup>

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ya mencionada, se señala explícitamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura en el marco de un Estado laico acorde con las reformas a los artículos 24 y 40

<sup>20</sup> Estas demandas se orientan a la eliminación del inciso e del artículo 130 constitucional: “Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en acto de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios”.

<sup>21</sup> Latapí, Pablo, *Andante con brío*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 37 y 38. Varios líderes religiosos manifestaron su desacuerdo con las pretensiones de la Iglesia católica. El obispo primado de la Iglesia anglicana en México, Carlos Touché, dijo desconocer si “detrás hay un intento de los obispos católicos por recuperar el poder y la influencia que tuvieron en el pasado, lo cual significaría un retroceso”. *Milenio*, 20 de marzo de 2008, p. 13.

constitucionales.<sup>22</sup> Hasta donde puedo entender el alcance de estas reformas por lo que hace a la educación, debería incluir no sólo a la educación pública sino también a la educación privada, es decir, a todo tipo de educación que se imparte en México en tanto constituidos en un Estado laico. Si esto es así, entonces el inciso *a* de la fracción VI del artículo 3o., que exceptúa a los particulares de apegarse a la fracción I, donde expresamente se hace referencia a la educación laica impartida por el Estado incurre en una incoherencia. No veo por qué la exigencia de educación democrática debe universalizarse incluyendo a la educación privada y no deba exigirse lo mismo con respecto a la laicidad, ahora entendida como una propiedad del Estado junto con su carácter republicano, representativo, democrático y federal. Si además reforzamos el derecho de aquellos que ejercen patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes para guiarlos de conformidad con sus creencias religiosas y sus tradiciones culturales en el ámbito de la educación privada entonces tenemos el camino libre, como decía Claudio Magris, para que los adultos adoctrinen a los menores en sus creencias, que en algunos casos podrán ser tolerantes, pero en otros, con sesgos claramente fundamentalistas.

De igual manera, en la misma ley se hace referencia a los fines de la educación, entre los que se señala:

Promover la educación sexual integral conforme a su edad, el desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, de las niñas, niños y adolescentes que le permitan a niñas, niños y adolescentes ejercer de manera informada y responsable sus derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las Leyes y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.<sup>23</sup>

El texto final de la ley contrasta con la iniciativa aprobada por el Senado en la que se señalaba: “Promover la educación sexual

<sup>22</sup> *Op. cit.*, artículo 62.

<sup>23</sup> *Ibidem*, artículo 58, párrafo VIII.

integral, que contribuya al desarrollo de competencias que le permitan a niñas, niños y adolescentes ejercer de manera informada y responsable sus derechos sexuales y reproductivos”.<sup>24</sup> Así de simple, lisa y llanamente, sin remisiones a otras normatividades de superior jerarquía, como aparece en la versión final, y acotando los márgenes interpretativos.

De nueva cuenta la presión conservadora de corte religioso, con el pretexto de la protección de los menores de edad, logra eliminar la mención explícita a los derechos sexuales y reproductivos del texto definitivo. No es algo inocuo. En la versión inicial se ponía nombre y apellido al ejercicio responsable de los derechos de la niñas, niños y adolescentes con el propósito de asumirlos con plena conciencia, desde muy temprana edad, para prevenir, por ejemplo, embarazos no deseados, o enseñar la forma de defenderse y denunciar acciones tan indignas y humillantes como el acoso sexual por parte de los adultos. Entre estos adultos merecería un capítulo especial, en el libro de las infamias, el abuso y la violencia sexual practicados, irónicamente, por “los hombres (y mujeres) de dios” que tienen a su cargo, desafortunadamente, la educación básica de niñas, niños y adolescentes.

### III. DERECHO A UNA VIDA EN FAMILIA

Pese al tinte conservador que deja ver el enunciado de este inciso, su calificación dependerá de la concepción de familia que se adopte, y más en general, del alcance que se quiera dar a la idea de procreación, y el debate, ya un tanto añejo, pero con consecuencias siempre actuales, de la llamada procreación asistida y los derechos correspondientes.

Desde el punto de vista de una ética conservadora el problema de la procreación asistida debe ser abordado a partir de tres

<sup>24</sup> Iniciativa de Decreto que expide la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y reforma diversas disposiciones de la Ley General de prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, remitida a la Cámara de Senadores el 1o. de septiembre de 2014.

premisas básicas: 1) existe un manifiesto interés por preservar los valores y principios de la familia cuyo núcleo se constituye por la pareja heterosexual que decide optar por la paternidad-maternidad; 2) el nuevo ser no debe instrumentalizarse hacia otros fines que no sean el asegurarle que será recibido en el seno social, con las mejores condiciones para su formación y crecimiento armónicos (se entiende que este fin sólo es alcanzable si se cumple el inciso anterior); 3) la reproducción humana asistida no es una alternativa al proceso reproductivo natural, sino una técnica destinada a tratar la infertilidad de las parejas cuando ya han fallado otras técnicas o procedimientos terapéuticos, por lo que sólo debe aplicarse a parejas infértiles.

Desde una perspectiva laica liberal ninguna de las tres premisas sería aceptable tanto por consideraciones fácticas como por razones normativas. Con respecto a 1) es un hecho que en muchas sociedades actuales, entre los diversos planes de vida, son empleados y aceptados modos alternativos de procreación y formatos de familia distintos al de la pareja heterosexual con unión matrimonial formal. Vale la pena recordar las posibilidades existentes para tener un panorama lo más amplio posible de tales alternativas. He intentado ordenarlas en forma descendente de aceptación social consciente de su alcance subjetivo:

- Niños nacidos de parejas heterosexuales en uniones matrimoniales formales o *de facto* estables.
- Niños nacidos de matrimonios previos o de uniones *de facto*, pero ahora, o bien están en una situación uniparental o en una familia reincorporada después del divorcio y nuevo matrimonio.
- Niños adoptados en otra familia, a través de adopción “tradicional” donde la madre que renuncia no tiene contacto con el niño que dio en adopción y el niño no tiene información sobre sus orígenes, o de adopción “abierta” donde la madre que renuncia puede mantener contacto con el niño y éste puede tener acceso a la información

- sobre sus orígenes, o de adopción donde la madre que renuncia toma parte en la selección de los padres adoptivos.
- Niños nacidos de una situación de padres solteros o de madres solteras.
  - Niños nacidos de los gametos de una pareja heterosexual a través de la inseminación artificial o de la fecundación *in vitro* y transferencia de embrión.
  - Niños nacidos de parejas heterosexuales mediante la inseminación artificial de un donante.
  - Niños nacidos de los gametos de donantes o de embriones de donantes mediante la fecundación *in vitro* y traslado de embrión.
  - Niños nacidos por acuerdo de alquiler donde la madre sustituta aporta o no el óvulo.
  - Niños nacidos de parejas homosexuales (lesbianas) a través de inseminación artificial de un donante.
  - Niños adoptados por parejas de homosexuales masculinos.<sup>25</sup>
  - Niños que podrán nacer por clonación a partir de la transferencia de núcleo en un óvulo. Transferencia que puede realizarse a partir de una célula somática de hombre o de mujer. En este último caso con la posibilidad de que la mujer use su óvulo para clonar con una célula somática propia.

Hay que reconocer el hecho de que la organización familiar tradicional no sólo se está transformando vertiginosamente sino que, además, no se percibe con claridad que este cambio esté provocando consecuencias negativas en términos de cohesión social, ni que los niños productos de los nuevos métodos de reproducción asistida sufran algún daño como efecto directo de los mismos.

Lo cierto es que las nociones de paternidad y maternidad pasan a ser títulos escindibles, y esta escisión no ha tenido que esperar a las técnicas de reproducción asistida sino que la novedad

<sup>25</sup> Con algunas ligeras modificaciones tomo esta tipología de Charlesworth, Max, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

fue introducida por la institución de la adopción. En efecto, es con esta institución que se hace patente que la familia, los padres, los hijos, no son “hechos naturales” sino un haz de relaciones jurídicas: “Es desde el ordenamiento [jurídico] desde el que se determina el modelo de familia lícita, esto es, si cabe, por ejemplo, que los menores puedan ser adoptados por parejas no casadas, de igual o distinto sexo, o por solteros”.<sup>26</sup>

En relación con 2) se objeta que las técnicas de reproducción asistida trastocarían, en alto grado, todas las relaciones filiales y de parentesco existentes y consagradas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Se estaría violando, entre otras cosas, el derecho a ser concebido heterosexualmente en una familia con doble figura genital. Por otra parte, tales métodos abrirían opciones que posibilitarían la creación de niños por motivos dudosos moralmente: vanidad, conveniencia utilitaria, comercio de órganos o reemplazo de otros fallecidos. El niño pasaría a convertirse en un instrumento al servicio de los intereses egoístas de los progenitores. Aun en el caso de que se buscara una mejor calidad de vida para el niño, se estaría enviando el mensaje muy específico sobre el valor negativo de las vidas que no son perfectas y los seres humanos perderían el derecho a aceptar aquello que es imperfecto. La crisis de la organización familiar tradicional daría por resultado una severa inestabilidad en la sociedad, para lo cual el derecho debe introducir y asegurar medidas restrictivas.

A todo ello se responde que si bien es cierto que *prima facie* existe un derecho del niño a una vida estable, a una “vida en familia”, no hay estudios empíricos concluyentes, como ya se dijo, que demuestren que los niños educados con madres o padres solteros, heterosexuales u homosexuales, sufran daños que imposibiliten un adecuado desarrollo psicológico y una armoniosa integración social. Las precauciones que se deben tomar en ciertas circunstancias responden más a razones estratégicas, por ejemplo socio-culturales, que no a razones morales sustantivas.

<sup>26</sup> Lora, Pablo de, *Entre el vivir y el morir*, México, Fontamara, 2003, p. 23.

Asimismo, la instrumentalización de los niños por motivos no altruistas no parece ser una razón concluyente para calificar de incorrectas las técnicas de reproducción asistida. El mismo argumento podría utilizarse para todo tipo de método natural, en los que no se exige de los padres una moral supererogatoria o ideal. En cuanto a una posible comercialización, desgraciadamente es éste un fenómeno que no ha tenido que esperar a las técnicas de reproducción asistida. A lo único que invita a pensar este tipo de situaciones no es a la prohibición de las mismas sino a la exigencia de una regulación apropiada y de una aplicación estricta de tal normatividad que haga valer la autonomía y dignidad de los niños con todos los derechos correspondientes.

Por lo que hace a 3), desde un punto de vista liberal, la tolerancia y aceptación de métodos alternativos de procreación y formatos de familia, y en varios de ellos su ratificación legal, ha permitido hablar en nuestros días de un “derecho a la libertad de procreación” —que supone tanto la colaboración coital como la no coital— y, consecuentemente, un derecho de acceso, sin discriminación alguna, a las nuevas formas de tecnología de reproducción. A este respecto vale la pena citar a la jurista norteamericana Lisa Ikemoto cuando sostiene que:

La procreación de colaboración no coital presenta un conjunto más amplio de opciones comparada con la reproducción a través de las relaciones sexuales, dando a los participantes la oportunidad de determinar el origen del material genético, el método y el tiempo de la concepción, la mujer que llevará el niño y las personas que lo educarán. La viabilidad en la ampliación del conjunto de opciones proporciona a los individuos un mayor control sobre su destino genético, biológico y psicosocial y, por lo tanto, mayor autonomía. La Constitución debe proteger la autonomía de decisión en la procreación, ya que nuestro concepto de libertad requiere que el gobierno deje libres a los individuos para determinar temas tan fundamentales para sus personas.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Véase Charlesworth, Max, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

Si aceptamos que los formatos tradicionales de familia y el matrimonio, heterosexual y monógamo, no son los únicos éticamente correctos para procrear, su aceptación exclusiva contradice los principios de una sociedad liberal y laica y, en concreto, atenta contra el principio de autonomía personal del que se infiere el derecho a la libertad de procreación y de acceso a las nuevas tecnologías de reproducción.<sup>28</sup> Entre éstas, por supuesto, la posibilidad de que se permita la inseminación artificial a una mujer soltera, viuda, divorciada o lesbiana. Es en este contexto que tiene sentido hablar del derecho de acceso a las tecnologías de reproducción como no discriminatorio, es decir, a las que puedan acceder no sólo las personas o parejas infértiles, como una especie de último recurso, sino las mismas personas o parejas fértiles si así lo consideran necesario para la organización de su plan de vida. Si para ser usuaria de la IA (inseminación artificial) o la FIV (fecundación *in vitro*), no hay que ser infértil, entonces el derecho a la procreación asistida no es una expresión del derecho a la salud, sino un medio alternativo de reproducción, es decir, una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

<sup>28</sup> Este argumento se constituye en uno de los criterios más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para justificar el acceso a los métodos de reproducción asistida y a la decisión de procrear o no procrear. Véase *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012. En el apartado 146 se afirma: “En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho «a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos». Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”.

Por otra parte, en legislaciones de corte conservador, es un hecho que se ponen límites a las técnicas de reproducción asistida prohibiendo producir más embriones de los que se requieren para obtener un éxito razonable en el proceso de implantación y de transferencia de embriones a la paciente. La razón de esta prohibición es evitar producir embriones sobrantes y su eventual crioconservación o destrucción. No deja de ser curioso el hecho de que el desarrollo de estas técnicas de reproducción asistida hará que en un futuro se logren mayores anidaciones en el útero de las que se logran “naturalmente”. Una vez que esto ocurra, y dado el compromiso que las posiciones conservadoras asumen con el valor supremo de la vida humana, estas técnicas no sólo deberían ser moralmente toleradas, sino moralmente obligatorias porque “protege mejor la vida y desarrollo exitoso del embrión que el mecanismo de implantación natural dispuesto por Dios”.<sup>29</sup>

No debe llamar la atención que en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el capítulo “Del derecho a vivir en familia”<sup>30</sup> no haya ninguna referencia explícita al concepto de familia y a los diversos formatos de familia. No basta la mención genérica a “las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores”. En sede legislativa se podría haber dado un paso cualitativamente importante en aras del reconocimiento de la diversidad parental acorde con la diversidad procreativa. No se ha hecho, y este silencio convalida posiciones conservadoras contrarias al carácter laico del Estado.

<sup>29</sup> Lora, Pablo de, *op. cit.*, p. 31

<sup>30</sup> *Op. cit.*, capítulo cuarto, artículos 22-35.

## CAPÍTULO QUINTO

### DERECHOS SOCIALES Y DESIGUALDAD\*

Desde la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) así como de instrumentos similares, regionales o nacionales, el debate en torno a estos derechos y su protección institucional ha generado una literatura rica, variada y propositiva. En México hemos dado pasos importantes en la dirección correcta, muy significativamente, a partir de la reforma constitucional de 2011. No entraré a los detalles de la misma. Lo que me propongo en este capítulo es llamar la atención sobre la renovación del discurso sobre los derechos humanos, y particularmente del que nos ocupa, el de los derechos sociales, a la luz del problema de la desigualdad. Reservo para el final algunos comentarios en torno a la pregunta de si es justificable o no un derecho jurídico a la resistencia ante situaciones de extrema desigualdad o de déficit de legitimidad democrática.

#### I. DERECHOS SOCIALES

Si revisamos la tipología de derechos sociales contenida en los documentos jurídicos encontramos:

- Derechos sociales entendidos como *libertades*: derecho a fundar sindicatos y a afiliarse libremente a ellos, derecho de huelga, etcétera. Estos derechos sociales pueden ana-

\* Este capítulo reúne y amplía algunas reflexiones previas desarrolladas en Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012, caps. 1 y 6.

lizarse de la misma manera que se hace con respecto a otras libertades, como la de expresión o de circulación, por ejemplo. El núcleo básico de unos y otros es el mismo, a saber, el derecho a la ausencia de impedimentos en la realización de ciertas acciones.

- Derechos sociales como *prestaciones*: el núcleo normativo de estos derechos es que el sujeto tiene un título para exigir que se le entreguen ciertos bienes (derecho a una vivienda), que se le presten ciertos servicios (educación, salud) o que perciba una asignación económica (pensiones, subsidios).
- Derechos sociales como *status legales*: cuando dadas ciertas condiciones de los sujetos (huérfano, jubilado, familia numerosa, menor de edad, edad avanzada, etcétera) el ordenamiento contempla ciertas prestaciones sociales, beneficios económicos o exenciones de cargas.
- Derechos sociales como *bienes públicos*: ciertas aspiraciones a la existencia de estados de cosas buenos o deseables como el derecho a un medio ambiente limpio o a gozar de los beneficios del progreso científico o del patrimonio cultural.<sup>1</sup>

De esta tipología podemos extraer dos corolarios. Un primero interesante es que desde un punto de vista estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los llamados derechos civiles y políticos. No es correcto decir sin más, que los derechos sociales son derechos de prestación mientras que los derechos civiles y políticos son derechos de libertad. Entre los derechos sociales encontramos libertades en sentido estricto, como el ya mencionado derecho a afiliarse libremente a los sindicatos, pero también entre los de-

<sup>1</sup> Véase Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 298-300.

rechos civiles más básicos encontramos derechos de prestación, como el derecho a un juicio imparcial. Y, también, los derechos políticos entendidos como derechos de sufragio activo y pasivo, sólo pueden existir en el marco de una compleja organización electoral que, entre otras cosas, confiera derecho al estatus legal de “ciudadano”.<sup>2</sup> Creo que a estas alturas no se necesita insistir más en la idea de que la dualidad irreconciliable entre libertad negativa y libertad positiva, para dar cuenta de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, respectivamente, se presenta como un binomio conceptual simplificador de una realidad interdependiente y compleja. No sabría decir hasta qué grado propuestas como las de Isaiah Berlin,<sup>3</sup> en aras de la claridad, han abusado del efecto didáctico de las tensiones antinómicas en detrimento de una explicación más fina y más acorde con la realidad.

Un segundo corolario, relacionado también con el abuso de las tensiones antinómicas, es que se ha querido llevar la oposición entre el “principio de libertad *vs.* el principio de igualdad” al terreno de la justificación de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales, y, de paso, calificar a los partidarios de la primera justificación como de “derechas” y a los de la segunda como de “izquierdas”. Creo, más bien, que la mera distribución igualitaria de bienes y recursos carece de una justificación independiente: la idea de extraer recursos o bienes de una persona para transferirlos a otra simplemente para que ambos reciban una idéntica cantidad carece de justificación. Si esta redistribución no tiene como objetivo algo que vaya más allá de la mera igualdad de recursos no se sostiene.<sup>4</sup>

Así lo entendieron igualitaristas como Ronald Dworkin, Amartya Sen o Carlos S. Nino: la igualdad de recursos, de riqueza, de bienes primarios, de necesidades, de capacidades básicas, es necesaria en la medida en que sirve para alcanzar la igual

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>3</sup> Véase Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

<sup>4</sup> Véase Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 307.

consideración y respeto de las personas (Dworkin), la libertad para promover en nuestras vidas objetivos que tenemos razones para valorar (Sen), la libertad para elegir, organizar y ejecutar nuestros planes de vida (Nino). El acceso a bienes y recursos se presenta entonces como una condición necesaria, aunque no suficiente, para el logro de una vida autónoma y digna. Existe, de nueva cuenta, una unidad compleja entre derechos civiles y políticos y derechos sociales; una suerte de influencia recíproca y convivencia continua que neutraliza cualquier pretensión de apropiación de los mismos por la derecha o por la izquierda.

En los Estados democráticos modernos, la constitucionalización es la instancia en la que suele diseñarse el tipo de poder estatal al que se encomendará la protección de los derechos. Tal proceso de constitucionalización ha incorporado, también, los derechos humanos consagrados en las disposiciones normativas internacionales. Si aceptamos los dos corolarios ya mencionados entonces podemos inferir un par de consecuencias importantes en términos de obligaciones estatales, tanto genéricas como específicas.

Con respecto a las primeras, las obligaciones genéricas, estamos lejos ya de la concepción libertaria que las reducía exclusivamente a obligaciones de respeto. Se trata, también y principalmente, de *proteger, garantizar y promover*, pero entendidas estas obligaciones en una suerte de *continuum* que va desde el respeto hasta la promoción tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales. Dicho de otra manera, los derechos sociales no sólo exigen un deber positivo del Estado en términos de su promoción sino también un deber negativo en términos de su respeto. Así, a manera de ejemplo, considerando el derecho prescricional a la alimentación:

La obligación de respetar el derecho a la alimentación es una clásica obligación negativa, en cuanto impone al Estado abstenerse de cualquier medida que pueda obstaculizar el ejercicio de este derecho o dificultar el acceso a la comida. La obligación de proteger exige, en cambio, que el Estado trabaje activamente

para reglamentar la conducta de los actores no estatales, ya sean empresas o privados, con el fin de que éstos no impidan a terceros tener acceso a una alimentación adecuada. De esto proviene la ulterior obligación de garantizar recursos efectivos en caso de violación de este derecho. Por último, la obligación de garantizar el derecho a la comida requiere una acción positiva del Estado, dirigida a identificar a los grupos vulnerables y a realizar políticas que faciliten el acceso a estos grupos a una alimentación adecuada, favoreciendo su capacidad de satisfacer sus propias necesidades alimentarias.<sup>5</sup>

Una segunda consecuencia tiene que ver con obligaciones específicas o principios rectores para los Estados:

- *Adoptar las medidas que sean necesarias.* Éstas deben ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización de los derechos. No se trata de una norma programática o de buenos deseos del legislador, sino de obligaciones concretas.
- Las víctimas de violaciones a estos derechos deberán contar con *recursos judiciales efectivos*, así como una reparación adecuada.
- Un Estado que no utiliza y que no está dispuesto a utilizar *el máximo de recursos disponibles*, incurre en violación. En cualquier caso corresponde al Estado demostrar que ha hecho lo posible “por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones”. No se vale alegar, entonces, la condición de país no desarrollado o en vías de desarrollo. Cada país debe considerarse de acuerdo con sus posibilidades y recursos, pero toca a cada uno de ellos la carga de la prueba.

<sup>5</sup> Forzi, Flavia, “Derecho a la alimentación”, en Ansolabehere, Karina y Flores, Marcello, *Diccionario básico de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad de Turín, 2009, pp. 38 y 39.

- Los derechos consagrados en el PIDESC tienen una naturaleza *progresiva*. Esto supone “la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la plena *efectividad de los derechos*” y “*abstenerse de adoptar medidas regresivas*, las que en todo caso deberán ser aplicadas tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y en su caso debidamente justificadas”.<sup>6</sup>

Tales obligaciones estatales, genéricas y específicas deben entenderse, como decíamos, a la luz de la normatividad internacional para cada uno de los derechos sociales en cuestión. La lucha por el reconocimiento de los derechos sociales se ha enfrentado a una serie de críticas que, en muchos casos, han encontrado respuestas elaboradas y agudas desde la normatividad internacional y que, paulatinamente, deben ir incorporándose a los ámbitos locales estatales reforzando y haciendo factible el bloque de constitucionalidad.

#### *Un ejemplo: el derecho a la salud*

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor en 1977, es, sin duda, el instrumento internacional más relevante para la protección del derecho a la salud, por su carácter contractual y, por lo tanto, vinculante. En su artículo 12 se especifica que: 1) los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y 2) entre las medidas que deberían adoptar los Estados parte en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho deberán figurar las necesarias para: *a)* la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; *b)* el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; *c)* la prevención y el tratamiento de las enfermedades

<sup>6</sup> Véase González, Enrique, “El derecho a la salud”, en Abramovich, Víctor *et al.*, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 174 y ss.

epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.<sup>7</sup>

A pesar del paulatino reconocimiento del derecho a la salud en los instrumentos internacionales y en las Constituciones estatales, su adopción ha recibido diversas críticas:

- El simple reconocimiento de la salud como derecho humano significa convertir éste en un deber del Estado, lo cual es una meta imposible de lograr. Esta crítica se basa en la idea de que la salud es un bien intangible que no puede ser otorgado, que se traspasa el dominio de lo privado y que está condicionado a factores ajenos al ámbito público.
- El derecho a la salud es un concepto occidental, que no puede ser extrapolado a otras culturas. Esta crítica se basa en la idea de que los derechos humanos deben particularizarse de acuerdo con el contexto cultural propio de cada país o región.
- El concepto de salud es demasiado vago y amplio pues incluye elementos sociales que pertenecerían a otras esferas de intervención, como es la seguridad o asistencia sociales. El concepto se diluye o resulta innecesario si se satisfacen las demás demandas sociales: educación, trabajo, medio ambiente adecuado, etcétera.
- La amplitud de obligaciones resultantes por parte del Estado sería de imposible concreción en países no desarrollados o en vías de desarrollo, dada la escasez de recursos, por lo cual no debería colocarse sobre los Estados respectivos una responsabilidad correlativa.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Paralelamente, a nivel regional, para América Latina, contamos con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988).

<sup>8</sup> Véase González, Enrique, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

Estas críticas, que como puede verse son “críticas globales”, aplicables también a otros derechos sociales, se han querido matizar y suavizar a partir de alguna acción específica. Se habla, entonces: 1) de un derecho a la *atención* de la salud, con lo cual podría ser convertible el derecho en obligaciones positivas atendibles por parte del Estado. Esta solución restringe las obligaciones del Estado exclusivamente a la salud y, teóricamente, se basa en la tesis de la correlatividad entre derechos y obligaciones, hoy fuertemente criticada, o bien, 2) de un derecho a la *protección*. Esta solución tiene el inconveniente de entrar en contradicción con la doctrina general de los derechos humanos que habla, hoy día, de otras obligaciones genéricas como son la de *respetar, proteger (asegurar, garantizar) y satisfacer*.

Haciéndose eco de estas críticas y de los informes presentados por los Estados parte ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éste, en 2000, emitió la Observación General núm. 14 en la cual se interpreta el alcance y el contenido del artículo 12 del PIDESC. Con esta Observación se ha logrado delimitar con bastante precisión el contenido del derecho a la salud y constituye el consenso más actualizado de la comunidad de naciones sobre esta materia. Detengámonos un poco en esta Observación General.<sup>9</sup>

Por lo pronto, la Observación General núm. 14 define la salud como: “Un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. En tanto derecho fundamental de toda persona el derecho a la salud no queda restringido o limitado a valoraciones culturales o contextuales. Asimismo, la vigencia del derecho a la salud está vinculada al ejercicio de otros muchos derechos humanos. La salud no resulta ser, entonces, un bien intangible reservado a la esfera privada del sujeto. Si bien todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, esto no debe entenderse como un derecho a estar sano. La razón es que:

<sup>9</sup> Véase *ibidem*, pp. 152-155.

...un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano (por ejemplo, las derivadas de factores genéticos, la propensión individual a una afección o la adopción de estilos de vida malsanos). Pero el Estado sí está obligado a adoptar medidas complementarias: reconocimiento jurídico, formación de políticas en materia de salud, aplicación del programa de salud y un sistema de protección de salud que brinde a las personas oportunidades iguales, sin discriminación alguna.

Por otra parte, el Comité resuelve una de las críticas señaladas más arriba al afirmar que el derecho a la salud abarca no sólo el derecho a la *atención* de la salud, sino también una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones para que las personas puedan llevar una vida sana. El derecho se hace extensivo “a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y medio ambiente sano”; también incluye el “acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”, y el Comité extiende el concepto a “las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona” y a factores como las diferencias basadas en la perspectiva de género.

El Comité subraya que las cuatro medidas que deberían adoptar los Estados parte son algunas de “entre las medidas”, es decir, alude al carácter ejemplificativo de la lista, que de ninguna manera es exhaustiva. Tales medidas obligatorias no se restringen a obligaciones estatales sino que son esenciales al contenido del derecho. Con ello se afirma la centralidad del individuo como sujeto de derechos. Por lo tanto, las cuatro medidas se traducen ahora en derechos: *a)* el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; *b)* el derecho a la higiene del trabajo y del medio ambiente; *c)* el derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades y la lucha contra ellas; *d)* el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud.

Hasta aquí el ejemplo y la respuesta a algunas de las críticas más recurrentes a los derechos sociales. Lo que en ningún caso debemos perder de vista es que los derechos sociales, finalmente, tienen que ver con necesidades o capacidades básicas que demandan una satisfacción urgente, al menos con respecto a los umbrales básicos por debajo de los cuales se provocan daños severos a los individuos y a las comunidades.

Como decía al principio, hemos dado hoy día —y México no es la excepción— un “giro discursivo” con respecto a los derechos y en especial con respecto a los derechos sociales. Este discurso contrasta con la teoría estándar de los derechos sociales en las propias disciplinas jurídicas al querer presentarlos como derechos *tardíos* —desde un punto de vista histórico generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos—, *subalternos* en términos axiológicos, con una estructura totalmente diferenciada y *devaluados* desde el punto de vista jurídico en relación con los mismos derechos civiles y políticos, han contribuido a anclarlos en una condición de permanente minoría de edad. Impugnar y revertir ese relato, por lo tanto, es una garantía más, una *meta-garantía teórica*, como diría Pisarello, de derechos, simultánea a las diferentes prácticas sociales dirigidas a asegurarlos de manera igualitaria.<sup>10</sup>

## II. DEL DISCURSO A LA REALIDAD

Dicho lo anterior, y por desgracia, el giro discursivo sobre los derechos humanos en general, y los sociales en particular, operado en la letra de la ley, no se ha acompañado de una adecuada implementación en la realidad. Quizá debamos dar la razón a Ernesto Garzón Valdés cuando critica a un buen número de estudiosos latinoamericanos por vivir bajo la ilusión de un “Estado de derecho” cuando existe una distancia abismal entre las reglas formales y las reglas vividas:

<sup>10</sup> Véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007, p. 137.

Hablar de la vigencia de la *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. A quien tenga predilección por las citas literarias, me permito recordarle la siguiente frase de un personaje de Alejo Carpentier “como decimos allá, «la teoría siempre se jode en la práctica» y «jefe con cojones no se guía por papelitos»”.<sup>11</sup>

Hace quince años, Avishai Margalit publicó un libro inspirador cuyo título invitaba a una lectura inmediata, *La sociedad decente*. Desde la Introducción atrapaba al lector con una definición y una distinción que serviría de *leitmotiv* para todo el libro y que conserva la frescura de las intuiciones lapidarias:

¿Qué es una sociedad decente? La respuesta que propongo es, a grandes rasgos, la siguiente: una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas. Y distingo entre una sociedad decente y una civilizada. Una sociedad civilizada es aquella cuyos miembros no se humillan unos a otros, mientras que una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas.<sup>12</sup>

Las instituciones y las autoridades públicas “no humillan” cuando satisfacen las expectativas ciudadanas; cuando no ignoran, abusan o excluyen a los individuos que forman parte —por origen, elección o necesidad— del colectivo social; cuando abren los canales de participación plural para hacer exigibles, sin violencia, las innumerables 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. La humillación, continúa Margalit:

<sup>11</sup> 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, pp. 205-243.

<sup>12</sup> Margalit, Avishai, *La sociedad decente*, trad. de Carme Castells Auleda, Barcelona, Paidós, 2010, p. 15. Primera edición en Harvard University Press, 1996.

...implica una amenaza existencial y se basa en el hecho de que quien la perpetra —especialmente la institución que humilla— tiene poder sobre la víctima asaltada. Conlleva también, especialmente, la sensación de desamparo total que el matón provoca en la víctima. Este sentimiento de indefensión se manifiesta en la temerosa impotencia de la víctima de proteger sus propios intereses... El concepto de humillación como pérdida de control es el concepto operativo de degradación entendido como la destrucción de la autonomía humana.<sup>13</sup>

Lamentablemente, abundan los ejemplos en los que se hace manifiesta esa perseverante degradación de la condición humana —a la que se refiere Margalit— en aquellos Estados cuyas instituciones y funcionarios públicos viven al amparo de la corrupción, el servilismo, la violencia, la complicidad y la más absoluta impunidad. Y si bien el estado de degradación moral 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 cualquier manifestación de violencia, incluidos aquellos de los que pueden hacer uso los llamados poderes fácticos o “salvajes”, para usar la expresión de Luigi Ferrajoli.<sup>14</sup>

### 1. *Sociedades moderadas, decentes y justas*

Una sociedad decente, una sociedad cuyas instituciones no humillan, se encuentra en un escalón superior al de las sociedades que Margalit califica de “moderadas”, y, al mismo tiempo, en un escalón inferior al de las sociedades “justas”. En las mode-

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 105 y 161.

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.

radas se busca erradicar la crueldad física, el castigo físico; en las justas se pretende hacer valer el principio de justicia distributiva. Existe entre las tres una suerte de orden lexicográfico, acumulativo: “La sociedad decente también tiene que ser moderada y la sociedad justa también tiene que ser decente”.<sup>15</sup>

En 1990, Judith Shklar publicaba un libro en el que se daba a la tarea, entre otras cosas, de mostrar el lado humano del pensamiento liberal poniendo el acento, no en una teoría de la justicia, sino en *Los rostros de la injusticia*.<sup>16</sup> El peor de los males es la crueldad y entendía por ésta, en uno de sus ensayos más citados: “La deliberada imposición de daños físicos —y, secundariamente, emocionales— a una persona o a un grupo más débil por parte del más fuerte con el objetivo de alcanzar algún fin, tangible o intangible, de este último”.<sup>17</sup> Es tarea de una sociedad liberal, pensaba Shklar, evitar el sufrimiento y construir una sociedad libre a partir de la ausencia de temores y de la eliminación, con todos los instrumentos legales y políticos a la mano, del “miedo al miedo”: “La cosa de que tengo más miedo es el miedo”, decía Montaigne, “más importuno e insoportable que la muerte”.<sup>18</sup> Una *sociedad moderada* se compromete con la erradicación de todo trato cruel, inhumano y degradante —tortura y vejaciones físicas— y, de esta manera, de cualquier forma de fundamentalismo violento y de terrorismo de estado, cuya finalidad es la creación de un temor generalizado en la sociedad.

Por su parte, una *sociedad decente*, en palabras de Margalit y Shklar, pone el acento en la crueldad psicológica o mental, en la degradación de la autoestima, en la humillación a través de acciones u omisiones realizadas por seres humanos. El desempleo, la miseria y la pobreza, las enfermedades que pueden ser aten-

<sup>15</sup> Margalit, Avishai, *op. cit.*, p. 123.

<sup>16</sup> Shklar, Judith, *op. cit.*

<sup>17</sup> Shklar, Judith, “The Liberalism of Fear” (1991), en *Political Thought and Political Thinkers*, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 11.

<sup>18</sup> Montaigne, *Ensayos completos*, trad. de Juan G. de Luaces, México, Porrúa, 2003, Libro Primero, XVII.

didadas y curadas a tiempo, el analfabetismo, la imposibilidad de acceder a espacios públicos de recreación y cultura, la privación de futuro para nuestros jóvenes, el trato al prójimo como un ser no humano, inexistente o invisible, son situaciones humillantes. No se trata de “desgracias” o de acciones naturales incontrolables por el hombre, sino de acciones u omisiones deliberadas o susceptibles de ser orientadas o reorientadas por la acción humana. Por ello se entiende que una de las formas más grotescas de humillación es pensar que todos esos males son producto de fuerzas o leyes naturales contra las que sólo cabe esperar una actitud de resignación. Los apóstoles del mercado a ultranza, por ejemplo, terminan borrando “los rostros de la injusticia”.

Una sociedad decente debe ser el preámbulo para una *societas justa*. En ésta no sólo se ha eliminado la crueldad física y la humillación, sino que se ejercen acciones que permiten una adecuada distribución de bienes, recursos y derechos que exigen del Estado acciones de bienestar decididamente positivas. Es cierto, como sostiene Shklar, que a fuerza de insistir en los criterios de distribución, se han descuidado en los países desarrollados las condiciones que hacen posible la moderación y la decencia entre los miembros de la sociedad. Podría darse el caso que los individuos pertenecientes a una sociedad liberal y democrática se sientan comprometidos con la justicia de sus propios ciudadanos y, al mismo tiempo, no se sientan responsables de la humillación hacia personas que no cumplen con los criterios de pertenencia a dicha sociedad pero que, por muy diversas razones legítimas, viven en ella. Tal es el caso paradigmático de los inmigrantes o de los trabajadores extranjeros que se ven en la necesidad de realizar el trabajo “sucio” que no realizan los miembros de la sociedad y a los que no se les considera ciudadanos de la misma. No se trata sólo de un problema de justicia distributiva o de eficiencia, sino de un trato excluyente, que suele acompañarse de actitudes xenófobas legitimadas política y hasta jurídicamente. Otro tanto cabe decir de las personas que distribuyen alimentos a las víctimas de una hambruna o de alguna catástrofe, que “los

lanzan desde el camión como si los receptores fuesen perros”. De nueva cuenta, la distribución puede ser justa y eficiente, pero no dudaríamos que la forma de llevarla a cabo es humillante.<sup>19</sup> En ambos casos se da lugar a una humillación institucional y, por tanto, a una sociedad indecente, pero “justa”. Este déficit liberal no tiene justificación alguna: “Una sociedad justa debería ser, en espíritu, una sociedad decente, tanto para sus miembros como para quienes no pertenecen a ella”.<sup>20</sup>

Las sociedades justas deben comprenderse de manera incluyente, es decir, incorporando la moderación y la decencia. No es tarea fácil trazar las fronteras entre unas y otras. Ahí donde parece haberse alcanzado altos niveles de distribución equitativa y, por lo mismo, niveles óptimos de calidad de vida, aparecen o reaparecen situaciones de crueldad y humillación de difícil contención. Piénsese, de nueva cuenta, en las actitudes xenófobas de buena parte de los gobiernos conservadores y de partidos de ultraderecha radical en Europa, o la sistemática violación de derechos humanos en países emergentes como China, con sonados logros en el crecimiento económico y en el abatimiento generalizado de la pobreza.

La situación en Latinoamérica invita a un análisis atento y cuidadoso, pero el lastre de la desigualdad y de la pobreza nos

<sup>19</sup> Véase Margalit, Avishai, *op. cit.*, pp. 209 y ss. Margalit ejemplifica con los kibbutz en Israel y con la hambruna en Etiopía, respectivamente. No es difícil hacer extensivo estos ejemplos con la trágica situación de los inmigrantes en muchos países europeos y americanos, y no puede escapar a nuestra atención la diferencia de trato hacia las víctimas de las catástrofes en Japón y Haití, independientemente de su menor o mayor acercamiento a los ideales de justicia. En concreto, para el caso de los inmigrantes en España un estudio reciente ha desmontado el mito urbano de que los inmigrantes consumen más en servicios del Estado de los que aportan. Los inmigrantes representan en la actualidad el 12.2% de la población española, pero únicamente absorben el 6.8% de los servicios sociales, el 6.1% de los gastos educativos y el 5.1% de la sanidad, es decir, gastan menos de los que le correspondería. Los inmigrantes son contribuyentes netos del Estado, injustamente discriminados. Véase Moreno Fuentes, Francisco Javier y Bruquetas Callejo, María, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Barcelona, Obra Social “la Caixa”, 2011.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 213.

distancia sensiblemente de los ideales de una sociedad decente. De acuerdo con el coeficiente de Gini del ingreso de la región —el indicador más usado para medir la desigualdad— es un 65% más elevado que el de los países de ingreso alto, un 36% más alto que el de los países del Este asiático y un 18% más alto que el promedio de África subsahariana. El recurso a la violencia institucional en muchos de nuestros países mantiene postrada a nuestras sociedades en una interminable y desesperante humillación que, lamentablemente, ha erosionado también los ámbitos de la intimidad y privacidad personal, familiar y comunitaria, y que hace dudar de las posibilidades de una convivencia civilizada.

Todo indica, como bien decía el juez argentino Eugenio Zaffaroni, que lejos de que los países latinoamericanos transitemos de un Estado legal de derecho a uno constitucional, involucionamos, de nueva cuenta, hacia un Estado “decretal” de derecho.<sup>21</sup> Lejos de consolidar una cultura de la legalidad robusta en el marco de un Estado democrático y social de derecho, nos encaminamos hacia una cultura de la (i)legalidad, en donde lo que priva es lo que Guillermo O’Donnell ha llamado una “ciudadanía de baja intensidad”:

Quiero con esto decir que todos tienen, al menos en principio, los derechos políticos que corresponden a un régimen democrático, pero a muchos les son negados derechos sociales básicos, como lo sugiere la extensión de la pobreza y la desigualdad... A estas personas se les niegan también básicos derechos civiles: no gozan de protección ante la violencia provincial ni ante diversas formas de violencia privada, se les niega el fácil y respetuoso acceso a las instituciones del estado y a los tribunales; sus domicilios pueden ser allanados arbitrariamente, y, en general, son forzados a llevar una vida que no sólo es de pobreza sino también de sistemática humillación y miedo a la violencia... Estas perso-

<sup>21</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, en Carbonell Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 120.

nas, a las que llamaré el sector popular, no son sólo materialmente pobres, son también legalmente pobres.<sup>22</sup>

El sociólogo chileno Jorge Larraín ha expresado esta situación con una frase intimista y contundente: vivimos en el “síndrome de desesperanza aprendida”.<sup>23</sup> No se trata sólo de desplazados, sino de un número creciente de individuos que han perdido la ilusión de un futuro y les resulta insostenible la persistencia en un clima de incontrolable inseguridad. Todo ello abona en favor de una creciente desconfianza de la ciudadanía en las instituciones políticas, sociales y económicas, que merma la cohesión social y destruye los cimientos del llamado “capital social”.<sup>24</sup> Un buen sector de nuestras poblaciones vive en una dinámica que el justilósofo brasileño Oscar Vilhena ha caracterizado con los términos de “invisibilidad de los extremadamente pobres”, “demonización de los que cuestionan el sistema” e “inmunidad de los privilegiados”, o de los detentadores fácticos del poder.<sup>25</sup> Trilogía que se corresponde con otra, no menos dramática: la corrupción, ineficiencia e impunidad de nuestros gobernantes.

## 2. Crisis del consenso socialdemócrata

Pienso que resulta difícil y políticamente incorrecto poner en duda las bondades de un Estado de derecho, la denuncia y crítica

<sup>22</sup> O'Donnell, Guillermo, “Democracia, desarrollo humano y derechos humanos”, en O'Donnell, Guillermo *et al.* (eds.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003, p. 91.

<sup>23</sup> Larraín, Jorge, *Identidad chilena*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2001, cit. por Garzón Valdés, Ernesto, “Las élites latinoamericanas”, *cit.*, p. 90.

<sup>24</sup> Para el análisis de los conceptos de confianza, cohesión y capital social, véase Bergman, Marcelo y Rosenkrantz, Carlos (coords.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica-Centro de Investigación y Docencia Económica, 2009.

<sup>25</sup> Véase Vilhena, Oscar, “La desigualdad y la subversión del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, año 4, 2007, pp. 29 y ss.

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. Todo esto suena bien. Sin embargo, como decía el recientemente fallecido historiador inglés, Tony Judt, “Algo va mal”. Algo no ha caminado bien en nuestras sociedades modernas y, concretamente, en nuestros países latinoamericanos.

Desde la posguerra hasta finales de los setenta, del siglo pasado, escribía el politólogo Ralf Dahrendorf en 1979, el consenso socialdemócrata significó: “El mayor progreso que la historia ha visto hasta el momento. Nunca habían tenido tantas personas tantas oportunidades vitales”. No deja de ser significativo el título del ensayo del que se toma esta cita, “The End of the Social Democratic Consensus”.<sup>26</sup> En efecto, las tres décadas siguientes (1980-2010) han “arrojado por la borda”, en los términos de Tony Judt, los logros paulatinos de un siglo (1880-1980), que al menos para las sociedades avanzadas de Occidente, significaron una reducción significativa de la desigualdad: “Gracias a la tributación progresiva, los subsidios del gobierno para los necesitados, la provisión de servicios sociales y garantías contra las situaciones de crisis, las democracias modernas se estaban desprendiendo de sus extremos de riqueza y pobreza”.<sup>27</sup> Judt ilustra la humillante desigualdad de los últimos decenios con el siguiente “botón” de muestra:

En 1968 el director ejecutivo de General Motors se llevaba a casa, en sueldo y beneficios, unas sesenta y seis veces más la cantidad pagada a un trabajador típico de GM. Hoy, el director ejecutivo de Wal-Mart gana un sueldo novecientas veces superior al de su empleado medio. De hecho, ese año se calculó que la fortuna de la familia fundadora de Wal-Mart era aproximadamente la

<sup>26</sup> Dahrendorf, Ralf, “The End of the Social Democratic Consensus”, en *Life Chances*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, pp. 108 y 109.

<sup>27</sup> Judt, Tony, *Algo va mal*, trad. de Belén Urrutia, Madrid, Taurus, 2010, p. 26.

misma (90,000 millones de dólares) que la del 40 por ciento de la población estadounidense con menos ingresos: 120 millones de personas.<sup>28</sup>

De acuerdo con el último Reporte de Riqueza Global (2014), que desde hace varios años viene elaborando el banco Crédito Suizo, el 10% de la población más rica del mundo posee el 87% de la riqueza global, mientras que el 50% de la población más pobre apenas alcanza el 1% de esa riqueza. Lo más dramático es que de ese 10% más rico, el “famoso” 1%, posee casi el 50% de la riqueza global y la brecha de la desigualdad en la riqueza y en el goce de los derechos va en aumento.

Si nos atenemos a las conclusiones de Piketty,<sup>29</sup> esa acumulación y concentración en el 1%, está muy lejos de deberse al mérito, al riesgo o a la ambición de los individuos emprendedores. Se trata más bien de la expansión de un capitalismo patrimonialista que se está reproduciendo más aceleradamente que el crecimiento económico. Los puestos de mando de la economía no están bajo el control de individuos talentosos, sino de dinastías familiares, y los injustificados salarios y privilegios de ejecutivos y funcionarios públicos, en los tres órdenes de gobierno, no responden siquiera a estrictas leyes de mercado que garanticen la capacidad y eficiencia en el desempeño, sino a razones sociales y políticas, y por desgracia para nuestro país, en una proporción considerable, al creciente contubernio con el crimen organizado.

En México, los resultados de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH), publicados por el INEGI en 2014, arrojan cifras muy preocupantes. El ingreso promedio de los hogares cayó 3.5% entre 2012 y 2014, que equivale a un ingreso promedio por familia de 13,240 por mes, inferior los niveles de la clase media. El INEGI dividió los 29 millones de hogares en deciles y mientras el 10% más pobre recibe como ingreso familiar

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 27; *New York Times*, 14 de agosto de 2011.

<sup>29</sup> Piketty, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

un promedio de 2,572 pesos mensuales, el 10% más rico alcanza en promedio 46,928 pesos. Como afirma José Woldenberg, se trata de una “desigualdad oceánica... la diferencia sigue siendo de más de 18 veces y por supuesto construye vidas, visiones y aspiraciones, prácticas y retóricas, igualmente divergentes”.<sup>30</sup> Por supuesto, en el decil más rico habría que hacer una diferenciación escalonada en la que no es de sorprender que en pocas familias se concentre más del 35% del ingreso total.

En cifras del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), en 2014, 55.3 millones de personas viven en condiciones de pobreza que representa el 46.2% de la población nacional. De éstas, 11.4 millones de personas se encuentran en situación de pobreza extrema. Tal cifra es representativa de casi el 10% de la población general. Pese a una reducción de la pobreza en nuestra región, lo cierto es que en los últimos años las tendencias vuelven a revertirse y la inestabilidad de los gobiernos en varios países (Venezuela, Argentina, Brasil, México) no invita a ser muy optimistas.

El problema de la pobreza, y muy señaladamente, el de la desigualdad *son* los temas de la socialdemocracia. Podemos 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 *sin que 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 *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 necesarios para una convivencia plural. Todo ello sitúa a un socialdemócrata en el contexto de una modernidad ilustrada, liberal, modera-

<sup>30</sup> Woldenberg, José, “La encuesta y el reto”, *Reforma*, México, 23 de julio de 2015.

damente 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. Quizá ninguna de estas propiedades, por separado, sean “exclusivas” de la socialdemocracia, pero sí estoy convencido que sólo un socialdemócrata es capaz de darles un sentido unitario a partir de una profunda sensibilidad hacia las injusticias o “patologías” de la pobreza y de la desigualdad. ¿Cuáles son algunas de esas patologías?

### III. PATOLOGÍAS DE LA DESIGUALDAD

1. Interrupción de la movilidad intergeneracional con pocas expectativas de mejoramiento para los niños y jóvenes en condiciones de pobreza:

La desventaja económica para la gran mayoría se traduce en mala salud, oportunidades educacionales perdidas y —cada vez más— los síntomas habituales de la depresión: alcoholismo, obesidad, juego y delitos menores. Los desempleados o subempleados pierden las habilidades que hubieran adquirido y se vuelven superfluos crónicamente para la economía. Las consecuencias con frecuencia son la angustia y el estrés, por no mencionar las enfermedades y la muerte prematura.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Judt, Tony, *op. cit.*, pp. 28 y 29. Sólo a manera de ejemplo, para el caso de México, 48 de cada 100 personas que provienen del quintil más bajo de la población se mantiene ahí y 22 pasan al segundo quintil, es decir, el 70% permanecen o no modifican, o modifican muy poco, su situación con respecto a la generación anterior. En el extremo superior, 52 de cada 100 mexicanos que proviene de hogares del quintil más alto de la distribución permanecen ahí, y 26 descienden al quintil inferior; por lo que el 78% se mantienen en el extremo superior. La movilidad intergeneracional de riqueza muestra también una permanencia en los extremos, ya que el 81% de las personas cuyos padres tienen mayor riqueza (quintil 5), permanecen en el extremo superior. Véase Centro de Estudios Espinosa Yglesias, *Informe de Movilidad Social en México*, 2013.

2. Incremento de la desconfianza recíproca y la falta de cooperación. La uniformidad social sustituye a la homogeneidad y favorece núcleos comunitarios endógenos, refractarios a la convivencia plural y proclive a la generación de sociedades excluyentes con poca o nula cohesión y solidaridad:

Cuanto más igualitaria es una sociedad, más confianza reina en ella. Y no sólo es una cuestión de renta: donde las personas tienen vidas y perspectivas parecidas es probable que también compartan lo que se podría denominar una “visión moral”. Esto facilita mucho la aplicación de medidas radicales en la política pública. En las sociedades complejas o divididas lo más probable es que una minoría —o incluso una mayoría— sea obligada a ceder, con frecuencia en contra de su voluntad. Esto hace que la elaboración de la política colectiva sea conflictiva y favorece un enfoque minimalista de las reformas sociales: mejor no hacer nada que dividir a la gente sobre una cuestión controvertida.<sup>32</sup>

3. Ruptura de las redes de seguridad con la consiguiente corrosividad social. La provisión de servicios sociales construida a base de mucho esfuerzo colectivo ha sufrido rupturas dramáticas en los últimos decenios. En las democracias occidentales avanzadas la enorme crisis laboral se ha visto amortiguada, en buena medida, por subsidios al desempleo y atención pública sanitaria, pero los países carentes de esas redes, expuestos a un mercado salvaje, sin contenciones, han sucumbido a un deterioro social sin precedentes en donde el rencor y el resentimiento generan un entorno propicio para la violencia:

La desigualdad es corrosiva. Corrompe a las sociedades desde dentro. El impacto de las diferencias materiales tarda un tiempo en hacerse visible, pero, con el tiempo, aumenta la competencia por el estatus y los bienes, las personas tienen un creciente sentido de la superioridad (o de inferioridad) basado en sus posesiones, se consolidan los prejuicios hacia los que están más abajo en la es-

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 73.

cala social, la delincuencia aumenta y las patologías debidas a las desventajas sociales se hacen cada vez más marcadas. El legado de la creación de riqueza no regulada es en efecto amargo.<sup>33</sup>

4. Corrupción de los sentimientos en términos de una adulación acrítica y frívola de la riqueza. No se trata sólo del olvido de las nuevas generaciones del esfuerzo de sus padres y abuelos, sino de una suerte de cultura del confort, del mínimo esfuerzo y de una injerencia mediática e informativa, necesariamente seductora, pero terriblemente complaciente:

Una cosa es convivir con la desigualdad y sus patologías; otra muy distinta es regodearse en ellas. En todas partes hay una asombrosa tendencia a admirar las grandes riquezas y a concederles estatus de celebridad (“estilos de vida de los ricos y famosos”)... Para Smith la adulación acrítica de la riqueza por sí misma no sólo era desagradable. También era un rasgo potencialmente destructivo de una economía comercial moderna, que con el tiempo podría debilitar las mismas cualidades que el capitalismo, en su opinión, necesitaba alimentar y fomentar: “Esta disposición a admirar, y casi a idolatrar, a los ricos y poderosos, y a despreciar o, como mínimo, ignorar a las personas pobres y de condición humilde... [es] la principal y más extendida causa de corrupción de nuestros sentimientos morales”.<sup>34</sup>

Estas patologías, y otras que no sería difícil señalar y modelar de acuerdo con las circunstancias específicas de cada región geográfica invitan a una reflexión atenta sobre la posibilidad de una socialdemocracia y del futuro del Estado:

Nos hemos liberado —dice Judt— de la premisa de mediados del siglo XX —que nunca fue universal, pero desde luego sí estuvo generalizada— de que el Estado probablemente es la *mejor* solución para cualquier problema dado. Ahora tenemos que librarnos

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 35 y 36.

de la noción opuesta: que el Estado es —por definición y siempre— la *peor* de todas las opciones.<sup>35</sup>

Repensar el Estado, y un Estado con decidido activo en el respeto, protección garantía y promoción de los derechos sociales se convierte en una tarea urgente para minimizar los costos dramáticos de la desigualdad.

#### IV. ¿UN DERECHO JURÍDICO A LA RESISTENCIA?\*\*\*

Hace algunos años tuve la oportunidad de participar en la presentación de un libro de Ermanno Vitale titulado *Ius migrandi*. Una de las tesis centrales de aquel libro era entender que este derecho es anterior al estatus mismo de ciudadano y que, por tanto, no tiene nada que ver con notas tan accidentales como la sangre o el lugar de nacimiento. Se posee el *ius migrandi*, como lo entendieron Kant, y antes, Francisco de Vitoria, sólo por la condición de ser hombre, sin más. Otro tanto vale decir del *ius subsistendi*, tal como lo entendió Hobbes, a quien Vitale dedica su tesis doctoral. Para Hobbes los individuos están obligados a obedecer al derecho si, y sólo si, el cumplimiento de sus normas contribuye a garantizar su sobrevivencia, y ésta no se reduce a una simple conservación de la vida, “sino también de todas las excelencias que el hombre puede adquirir para sí mismo por medio de una actividad legal, sin peligro ni daño para el Estado”, y agrega Hobbes: “Y como algunos hombres, por accidente inevitable, resultan incapaces de mantenerse a sí mismos por su trabajo, no deben ser abandonados a la caridad de los particulares, sino que las leyes del Estado deben proveer para ello” (*Leviatán*, cap. XXX, párrafos 1 y 18). Se posee el *ius subsistendi*, también en tanto sujeto

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 190.

\*\*\* Texto leído el 12 de junio de 2012 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, en la presentación del libro de Ermanno Vitale, *Defenderse del poder*, trad. de Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vázquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012.

primario y universal de derechos, y el Estado queda obligado no sólo con deberes negativos, sino también positivos.

Vitale, como si se lo hubiera propuesto, completa ambos derechos, radicalmente fundamentales, si se me permite el pleonasmo, con un tercero, el *ius resistendi*, ahora de la mano de otros clásicos, entre ellos, John Locke. El *ius resistendi* —que acompaña al *ius migrandi* y al *ius subsistendi*— debe entenderse como una demanda, reclamo y protesta frente al Estado, que brota de la misma limitación y contingencia de la condición humana. En la tradición moderna e ilustrada que llega hasta la Escuela de Turín, y acompañado de mentes tan lúcidas como las de Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, Vitale analiza en profundidad el *ius resistendi* dando respuesta al qué, el porqué, frente a quién, el cómo y el quién de la resistencia.

Deliberadamente, es decir, consciente de moverse en un terreno conceptualmente ambiguo, el autor ubica en un territorio intermedio entre los derechos a desobedecer (objeción de conciencia y desobediencia civil) y la revolución, lo que denomina “resistencia constitucional”. A diferencia de la revolución, la resistencia no pretende establecer un orden nuevo sino más bien “corregir, enmendar y restablecer el orden constituido que se ha alejado de sus principios, que ha desarrollado en su interior patologías degenerativas, pero que es considerado fundamentalmente legítimo”,<sup>36</sup> resistir, entonces, para restituir en una suerte de conservadurismo no reaccionario; asimismo, a diferencia de la desobediencia civil, la resistencia “nace, no como oposición a la injusticia de una o más decisiones o normas, sino como una oposición a la opresión de los poderosos: es decir, a la violación o anulación de los fundamentos del ordenamiento vigente, al debilitamiento de las garantías efectivas y de las instituciones responsables del control”.<sup>37</sup>

En la mejor tradición liberal Vitale se hace cargo de la amenaza del poder, especialmente cuando éste se presenta sin con-

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 28.

trol, desbocado o “salvaje”. Se trata de resistir a la dominación, alienación, marginación, exclusión, o como prefiere decir el autor “opresión de los poderosos”, en su variada dimensión: económica (poderes empresariales), ideológica (poder de las iglesias, de los intelectuales y de las propias universidades), política (poderes burocráticos, sindicales y partidistas) y, también, de ese híbrido que reúne todas las cabezas de la hidra, que es el poder mediático. Cuando estos poderes provocan o contribuyen a reforzar el estado persistente de marginación social, de pobreza, de alienación mental y de humillante desigualdad, es claro que se legitima la resistencia, no la desobediencia civil, porque no se trata de una o más normas o decisiones injustas dentro del amplio elenco de normas jurídicas, ni tampoco la revolución, porque no se pretende modificar la “regla de reconocimiento”, para usar la terminología de Hart. Se trata de una resistencia que, en palabras de Vitale busca “exorcizar la posibilidad de que convivan en el ordenamiento una legalidad constitucional no efectiva y una legalidad efectiva pero inconstitucional”. La resistencia se presenta, así, en una doble vertiente. Se trata de resistir de manera pacífica o con la mínima dosis de violencia posible contra la violencia estructural que provocan los poderes salvajes: 1) presionando al aparato público para hacer efectivas las disposiciones normativas constitucionales vigentes, o bien, 2) para hacer efectiva la Constitución contra normas legales violatorias de la misma. En ambos casos, quien ejerce la resistencia debe ser consciente de que se sitúa “en los márgenes o fuera de la legalidad”. Y es a partir de esta conceptualización de la resistencia donde comienzan a surgir los problemas que quisiera plantear en forma de cuatro interrogantes:

1. Una pregunta obvia, que salta inmediatamente a la vista es la siguiente: si para la primera situación —legalidad constitucional no efectiva— existen los mecanismos institucionales para exigir la rendición de cuentas, sancionar la corrupción, transparentar y publicitar los recursos públicos, en el marco de una democracia constitucional, y si para la segunda legalidad efectiva

inconstitucional— existen las acciones y los recursos judiciales consagrados en la propia Constitución para hacer efectivos el control ya no sólo formal sino material de validez de las normas, recursos que trascienden el ámbito estrictamente local y se amplían a la jurisdicción internacional, ¿qué es lo que justificaría una resistencia, no de carácter moral y político, que sería difícil de objetar, sino jurídica o constitucional, como sostiene Vitale? O si se quiere, ¿no resulta una contradicción defender un derecho jurídico —no un derecho moral— a la resistencia?

Por supuesto que no existen democracias constitucionales perfectas y es lícito dudar del carácter imparcial y fiable de los órganos reguladores, de transparencia, de fiscalización y de las propias cortes constitucionales, pero, no es justificando la resistencia y permitiendo la posibilidad de situarse al margen de la ley como se pueden corregir los excesos y las omisiones. Aún si se afectara los fundamentos mismos de la organización constitucional, es decir, los estándares mínimos objetivos —necesidades, bienes, capacidades básicas o primarias— que constituyen las razones justificadoras de los mismos derechos fundamentales consagrados y atrincherados en la Constitución —lo que se requeriría serían acciones políticas, convicciones ideológicas, una resistencia moral firme contra tales injusticias, pero no de una legitimación jurídica de la resistencia. Sería pedirle demasiado al derecho. El derecho no puede resolverlo todo—. <sup>38</sup>

Como puede apreciarse, contrario a Vitale, me sitúo en la línea argumentativa de Locke, Kant y Ferrajoli —y tengo dudas si debo incluir al propio Bobbio—, contra la positivización del derecho de resistencia: quien resiste no puede encontrar protección en el ordenamiento contra el que resiste.

2. En democracias constitucionales resulta contradictorio sostener un derecho jurídico a la resistencia. Pero, ¿sería posible su justificación en sistemas constitucionales que no cumplieran

<sup>38</sup> Véase Ovejero, Félix, “¿Derecho de resistencia o revolución?”, en Gargarella, Roberto (ed.), *El derecho a resistir el derecho*, Madrid-Buenos Aires, Ciepp-Miño y Dávila, 2005, p. 155.

con las condiciones de un constitucionalismo democrático? Para Vitale, el constitucionalismo democrático “debe ser la estrella polar, la idea reguladora de la teoría política contemporánea”, y si ya existían, para él, buenas razones para juridificar la resistencia en este sistema, con más razón, supongo, en aquéllos sistemas, que son constitucionales, pero que se alejan de ese ideal. ¿Y en qué consiste este ideal?

Por lo pronto, creo que el constitucionalismo democrático que defiende Vitale se justifica en un individualismo ético, contra cualquier concepción comunitarista, colectivista o multiculturalista. Se trata, también, como decía al principio, de una concepción liberal, ilustrada, y dentro de ésta, de una versión igualitaria del liberalismo, no libertaria. Un constitucionalismo que, consistentemente con el liberalismo igualitario, defiende una versión robusta de los derechos humanos, tanto de los civiles y políticos, como de los sociales y, por lo tanto, con deberes del Estado no sólo negativos sino también positivos. Un constitucionalismo que antepone las instituciones por encima de las virtudes ciudadanas o del caudillo en turno, y crítica, por tanto, ciertas versiones radicales del republicanismo. En fin un constitucionalismo comprometido con la democracia representativa, y no con democracias carismáticas, voluntaristas, plebiscitarias, participativas, populistas o por aclamación.

Mi pregunta es si en sistemas constitucionales de corte libertario, o populista, o comunitarista, o conservador tendría cabida un derecho jurídico a resistir. Creo que las actuales Constituciones de Ecuador o Bolivia, por ejemplo, presentan en algunos de sus artículos, un perfil populista con una verdadera “inflación” de derechos de difícil satisfacción, así como la Constitución de Estados Unidos, con sus siete artículos y una veintena de enmiendas se presenta con un perfil libertario. Ambas son deficitarias frente a las exigencias de un constitucionalismo democrático y, con más razón ameritarían la inclusión de un derecho a la resistencia. La respuesta, de nueva cuenta, es que tampoco deberían incluirlo si satisfacen las condiciones mínimas de un régimen constitucional,

a saber, una adecuada regulación de poderes y la salvaguarda de ciertos derechos y libertades.

En el sistema constitucional libertario, la resistencia se justificaría no para restablecer o restituir el orden constituido, que se ha alejado de los principios constitucionales, sino en todo caso para crear e incorporar otros principios o derechos y robustecer, así, el orden constitucional. La resistencia adquiriría un perfil progresista y no conservador. En los sistemas populistas, la resistencia se orientaría a la salvaguarda de la mutua limitación de poderes con cierta deferencia al Poder Legislativo, y a poner límites muy claros a la expansión autoritaria del presidencialismo. Pero en ambos casos, reitero, la justificación de la resistencia sería de orden moral y político, no jurídico.

3. Vitale justifica la resistencia, como hemos visto, en las situaciones en que una ley constitucional no es efectiva, o bien, existiendo una legalidad efectiva, ésta es inconstitucional. La resistencia está planteada así en la disfuncionalidad de la ley *vis a vis* la Constitución, pero ¿cabría pensar en la posibilidad de resistir cuando el conflicto se presenta en el seno de la misma Constitución, bajo un modelo de constitucionalismo democrático? En otros términos, ¿podría hablarse de resistencia constitucional en un escenario de conflicto de derechos (si Vitale acepta que existen genuinos dilemas constitucionales), cuando ambos derechos están consagrados a nivel constitucional? Lo cierto es que estos conflictos son más frecuentes de lo que se piensa y son en realidad los mejores candidatos a generar un clima de polarización social. De nueva cuenta, en este nivel de conflicto, queda rebasado el marco constitucional y la única resistencia justificable sólo es posible desde el punto de vista moral y político.

4. Por último, Vitale hace suya una distinción muy relevante, propuesta por Luigi Ferrajoli, entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Estos últimos, a diferencia de los fundamentales, son singulares, disponibles, negociables y alienables. Cuando bajo una lógica de mercado se privatizan los derechos fundamentales, es decir, se convierten en mercancías negociables

en el mercado (se propone, por ejemplo, la privatización de bienes públicos como la escuela, la sanidad, el orden público, las funciones de policía, las cárceles, la administración tributaria, etcétera), entonces queda más que justificada la resistencia constitucional para restituir los derechos fundamentales al lugar que les corresponde con su carácter de universales, indisponibles e inalienables. Insisto que se trata de una resistencia moral y política, no jurídica, pero mi pregunta es si la resistencia sólo tiene cabida cuando se violan los derechos fundamentales o también es posible justificar la resistencia cuando se violan los derechos patrimoniales. Por lo general, y con toda razón, cuando hablamos de resistencia los ejemplos se orientan hacia aquellas situaciones en donde lo que está en juego es la satisfacción de las necesidades básicas, las libertades y los bienes personalísimos, pero ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando se viola el derecho constitucional a la propiedad de los ahorradores: el famoso cacerolazo en Argentina contra el corralito, al inicio de esta década, que llevó a las calles, no a los indigentes, sino a la clase media?, o bien, ¿el más reciente cacerolazo en España contra el rescate europeo para recapitalizar los bancos ante su falta de liquidez? ¿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?<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Véase Alegre, Marcelo, “Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?”, en Gargarella, Roberto, *op. cit.*, p. 62 y ss., especialmente, nota 3. Hago más las preguntas que Alegre formula a Gargarella y las remito a Vitale en el contexto de la distinción ferrajoliana entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales.

## CAPÍTULO SEXTO

### JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA\*

La última ola democratizadora en América Latina hizo pensar a muchos que había llegado la hora para transitar —como ya se estaba operando en Europa desde hacía muchos años— de un Estado legislativo o legal hacia un Estado constitucional de derecho. En los últimos años, sin embargo, se percibe en la región, como dijo algún analista político, una “epidemia de poderes especiales” en Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Argentina. En este contexto no es raro, como sucedió hace 15 o 20 años, que la ciudadanía dirija la mirada hacia el Poder Judicial. La diferencia es que ahora no estamos saliendo de dictaduras, sino que venimos de regreso de la oleada democrática. En este marco emergente del Poder Judicial en contextos democráticos, o mejor, en países en transición democrática, en el que las cortes presentan el lado oscuro y luminoso de las decisiones, aciertos e inconsistencias y en la que aún no sabe cómo reaccionar frente al debate abierto y público, que en ocasiones ella misma provoca, y reforzada la facultad de estos órganos judiciales para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas —leyes o decretos, por ejemplo— que dictan los órganos democráticos, legislativo o ejecutivo, la pregunta parece pertinente: ¿debe asumir la Corte este papel tan relevante?

Tal será la interrogante que servirá de hilo conductor en este capítulo. Acompañó su respuesta con dos temáticas finales que tienen que ver con la importancia de la democracia para legi-

\* Una versión previa de este capítulo fue publicada en Gómez, Rodolfo y Díez, Rodrigo (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.

timar al Estado en la salvaguarda de los derechos humanos. La primera retoma el debate entre dos tipos posibles de concepciones sobre la democracia, la deliberativa y la procedimental; la segunda, resalta el valor de la democracia constitucional frente al Estado de excepción y la tentación de apelar al mismo en un clima de creciente violencia e inseguridad.

### I. DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA Y ALGUNOS CRÍTICOS: DWORKIN, GARZÓN VALDÉS Y FERRAJOLI

Desde la teoría y filosofía jurídicas, el debate ha girado en torno al control judicial de constitucionalidad a partir de la ya célebre dificultad contramayoritaria. Asumiendo con seriedad esta dificultad, el propósito de este capítulo es argumentar en favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático y social de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central.

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas), o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos humanos —y de manera relevante el de las minorías— consagrados en la Constitución. Tengo la impresión que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antimodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento *vs.* una “visión apocalíptica de la jurisdicción”, o el parlamento convertido “en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos” *vs.* el ideal de juez imparcial

e incorrupto.<sup>1</sup> Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis* la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral;<sup>2</sup> como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo, además, que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Christian Courtis, que la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial pueda tener tintes conservadores.<sup>3</sup>

El constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria con los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema... cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora... El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Sociales, 2004, p. 100, n. 92, en donde cita críticamente a Perfecto Andrés Ibáñez.

<sup>2</sup> En un caso insólito, la Nueva Constitución Política de Bolivia, en vigor desde el 7 de febrero de 2009 tras ser aprobada en referéndum, contempla en su artículo 182, párrafo I, que: “Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal”. Para un comentario crítico a la “nueva oleada de reformas [constitucionales] en Latinoamérica, véase Gargarella, Roberto, “Cambiar la letra, cambiar el mundo”, *El País*, Madrid, 13 de octubre de 2008.

<sup>3</sup> Courtis, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 410 y ss.

<sup>4</sup> Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16 y ss.

Las circunstancias de la “dificultad contra-mayoritaria”, en términos de Víctor Ferreres,<sup>5</sup> podrían resumirse en las tres siguientes:

- 1) *La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional.* La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. En México el Ejecutivo federal (el presidente de la República) propone una terna al Senado y éste elige al futuro ministro de la Suprema Corte entre los miembros de la terna presentada. En esta elección no participa la Cámara de Diputados.
- 2) *La rigidez de la Constitución.* El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso. En México de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución “se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de los legisladores de los Estados”.
- 3) *La controvertibilidad interpretativa de la Constitución.* La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática

<sup>5</sup> Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 42-45.

del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

Si aceptamos con seriedad la dificultad contramayoritaria, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho? Digo aceptando con seriedad esta dificultad, porque existen teorías que la niegan o simplemente minimizan su importancia. Tal es el caso de Ronald Dworkin cuando justifica la necesidad de la justicia constitucional porque son los jueces los encargados de velar por las precondiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Es claro que Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero se equivocan menos que los congresistas. La pregunta entonces es por qué los jueces se equivocan menos que los congresistas o por qué aciertan más veces.<sup>6</sup> Las respuestas a estas preguntas no quedan muy claras en la propuesta dworkiniana, menos aún, cuando el propio Dworkin, como hace notar Bayón, sostiene que la decisión constituyente acerca de si han de constitucionalizarse derechos como “triumfos frente a la mayoría” debe adoptarse mediante un referéndum, es decir, bajo un criterio mayoritario.<sup>7</sup>

Otro caso es el de Ernesto Garzón Valdés cuando argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez “cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y,

<sup>6</sup> Véase Dworkin, Ronald, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, *Freedom’s Law*, Harvard University Press, 1996.

<sup>7</sup> Véase Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 88. Bayón cita a Dworkin en “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy* 3, 1995, p. 10.

por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver”.<sup>8</sup> El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de H. Hart, un “punto de vista interno”, que a diferencia del “punto de vista externo”, no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político: “La función de los jueces supremos, continúa Garzón, no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad”.<sup>9</sup>

La pregunta, entonces, es ¿cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados finalmente, por el poder político? Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección, y no de por vida, o bien, la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: “Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*”. Ésta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el “coto vedado”, y así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: “Se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y derechos de lo que suelo llamar el «coto vedado» a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental”. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del Poder Judicial en la transición democrática”, en Malem, Jorge *et al.*, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 129.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>10</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límites del poder de las minorías”, *Isonomía*, México, núm. 12, 2000, p. 24.

La propuesta de Garzón se enfrenta a la “paradoja de las pre-condiciones”, sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que: “No hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo”,<sup>11</sup> tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Finalmente, para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una “esfera de lo indecidible”:

Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.<sup>12</sup>

La Constitución atrinchera y garantiza tales derechos y no se sujeta al consenso de la mayoría. A partir de este argumento Ferrajoli justifica la justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De nueva cuenta, nos enfrentamos aquí a la “paradoja de las pre-condiciones” y a la “amenaza de las mayorías”. Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías, o de los más débiles, frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría, especialmente cuando ésta se manifiesta como injusta y socialmente dominante.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 100.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

<sup>13</sup> Véase Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

A la pregunta que se formula José Juan Moreso: ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?<sup>14</sup> La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.

## II. CONTROL JUDICIAL Y DERECHOS HUMANOS: ELY, NINO Y ALEXY

Si bien resulta pertinente y deseable atrincherar los derechos humanos a nivel constitucional: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes<sup>15</sup> asumiendo las circunstancias de la dificultad contramayoritaria, en los términos de Ferreres? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y a diferencia de los autores analizados más arriba, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio.

Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por “el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas”.<sup>16</sup> Por lo tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa. Pero para explicar el alcance de la misma

<sup>14</sup> Véase Moreso, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Bahía Blanca, año 1, núm. 1, 2000, p. 101.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 76.

me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely, Carlos Nino y Robert Alexy.

Un buen intento en favor de una participación activa de los jueces es el que se constituyan, como propone Ely, en *controladores del mismo procedimiento democrático*. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas, etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *referee* del proceso democrático. Cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.<sup>17</sup>

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección puesto que, como resulta obvio, carecería de valor epistémico. Que los jueces pueden equivocarse, no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *procedimental* consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y pro-

<sup>17</sup> Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980. Véase Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 694 y 695.

mover el *proceso* mismo de participación democrática y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales. Precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos.

Ely, quizás a su pesar, da otro paso hacia una versión más sustantiva que procedimental de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia, y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso, los mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo, es decir, posee un valor intrínseco “para la calidad moral de la vida cívica”, en términos de Rawls. El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, es una precondition de la democracia, y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia, entonces, descansa sobre una precondition que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondition no compromete aún con una concepción sustantiva “fuerte” de la democracia.

De acuerdo con Nino, el argumento de la custodia de la autonomía de los individuos<sup>18</sup> se sustenta sobre el valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discu-

<sup>18</sup> Véase Carlos S. Nino, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 97 y ss.

sión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Según Nino, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los *intersubjetivos* (públicos), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos, y los *autorreferentes* (privados), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad y, por lo tanto, el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. En este sentido, según Gargarella: “«La idea, en principio, sería que en las cuestiones de moral privada... ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia» pero si esto es así, se cuestiona Moreso con razón, entonces hay un coto vedado (el de la moral privada), pero ¿quién lo protege?»”.<sup>19</sup>

Por último, con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de “representación argumentativa” en el marco de un constitucionalismo discursivo. Éste empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad.<sup>20</sup>

Alexy parte de un modelo de democracia no exclusivamente decisionista sino también argumentativa, es decir, de una democracia deliberativa: “La relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, median-

<sup>19</sup> Moreso, José Juan, *Discusiones, cit.*, p. 106.

<sup>20</sup> Véase Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, Fontamara, 2005, pp. 89 y ss.

te argumentos”. A diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisionista y discursiva, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. Pero, ¿cuáles serían las condiciones de una verdadera representación argumentativa para no caer en idealizaciones y no declarar cualquier argumento como un argumento de representación del pueblo? Para Alexy existen dos condiciones fundamentales:

(1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables... Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.<sup>21</sup>

Una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resulta idónea para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial. Sólo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. Las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad serían, en palabras de Christian Courtis:

La transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública. Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e intereses corporativos han resultado, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 102 y 103.

judicial, y difícilmente podrían contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía.<sup>22</sup>

Es en este reconocimiento de la actividad de los jueces constitucionales, en tanto especialistas en el análisis de los derechos fundamentales sin distracción alguna con otras funciones, y en tanto obligados a motivar y fundamentar con calidad sus decisiones, que descansa el criterio de corrección que permite determinar por qué se deba presumir que ellos aciertan más que los congresistas y se justifique, así, la justicia constitucional. De esta manera, la legitimidad de la actuación judicial:

Está vinculada con la aceptación de sus resultados por la ciudadanía. La ausencia de legitimidad electoral de los jueces no constituye un impedimento para generar legitimidad de ejercicio frente a la ciudadanía. En este sentido, el poder judicial no necesariamente expresa valores contramayoritarios en sus decisiones.<sup>23</sup>

He mencionado en varias ocasiones el argumento de las precondiciones para distinguir entre una democracia procedimental y otra sustantiva. Bien vistas las cosas: “La diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia”.<sup>24</sup> Digamos, en otros términos, que el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva,<sup>25</sup> sino entre dos versiones de la democracia sustancial: una “fuerte” que extiende la consi-

<sup>22</sup> Christian Courtis, “La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía”, *Nexos*, México, núm. 329, mayo de 2005, p. 37.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, p. 81

<sup>25</sup> Me parecen concluyentes al respecto las cuatro aporías que presenta Ferrajoli con relación a la concepción puramente procedimental de la democracia. Véase Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 76 y ss. En la misma línea de Ferrajoli, véase Rentería Díaz, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Coyoacán, 2014, especialmente capítulo I.

deración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra “débil”, que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, entonces, el problema de unos y otros —más allá de criterios procedimentalistas o sustantivistas— es enfrentarse a la paradoja de las precondiciones: en el extremo, como sostiene Bayón, “el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedaran cuestiones sustanciales que decidir por mayoría”.<sup>26</sup>

### III. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRECONDICIONES DE LA DEMOCRACIA

Con respecto a la paradoja de las precondiciones no veo por qué se debe llegar a una situación extrema. La versión sustantiva “débil” comprometería con la justicia constitucional en tanto necesaria para preservar esos prerequisites mínimos —los derechos civiles y políticos— pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente, como afirma Bruce Ackerman, a los “tiernos favores del poder judicial”.<sup>27</sup> En este mismo sentido, de acuerdo con Francisco Laporta:

Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales abocaría al poder judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y ello —dejando a un lado las cuestiones de eficiencia que plantearía esta más que discutible “elaboración judicial del presupuesto”— entraría directa o indirectamente en

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>27</sup> Véase Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 119 y ss.

contradicción con el principio democrático. Sería la superposición de ciertos derechos sociales al procedimiento democrático, el establecimiento de ciertos límites de política económica a la capacidad de sufragio como instrumento de diseño y puesta en práctica de un programa económico apoyado en la mayoría de los ciudadanos.<sup>28</sup>

Las advertencias de Ackerman y de Laporta son correctas, pero reitero, no deben llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Su inclusión es necesaria para demarcar el “coto vedado” a la decisión de la mayoría y para excluir que el legislador los ignore. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el Poder Judicial y por el órgano de representación popular.<sup>29</sup> Para estos derechos el control abstracto de inconstitucionalidad de la ley emanada del legislador no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucional de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda,<sup>30</sup> y la posibilidad de un

<sup>28</sup> Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, *cit.*, p. 317.

<sup>29</sup> La exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos se justifica en términos de la salvaguarda de un mínimo social al que toda persona debería tener acceso. Con respecto a ese mínimo, como afirma Marcelo Alegre: “Opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos”. *Igualdad, derecho y política*, México, Fontamara, 2010, p. 108. No creo que Alegre esté en desacuerdo con la idea de que para determinar las medidas tendientes a la satisfacción de los mínimos, en tanto supone una decisión de carácter presupuestal, pueda ser una tarea compartida con los órganos de representación popular, si bien en este caso el protagonismo corresponda a los órganos judiciales.

<sup>30</sup> En Nueva Zelanda, desde 2001, el *Human Rights Review Tribunal* puede emitir “declaraciones de incompatibilidad” de una ley con el *Bill of Rights*, sin invalidarla ni inaplicarla.

diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas. En el ámbito de una democracia deliberativa, Roberto Gargarella siguiendo a Dennis Thompson, no excluye la revisión judicial de constitucionalidad como un posible arreglo institucional, pero los jueces pueden actuar razonablemente de manera respetuosa con el legislador ensayando alternativas posibles (*experimentalismo judicial*):

Pueden decidir, en un caso determinado, bloquear la aplicación de una ley expedida por el Congreso, forzándolo así a repensarla; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponer a los legisladores una solución particular; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo determinado sin ocupar el lugar del legislador al no decidir cuál solución particular debe adoptarse; pueden asimismo sugerirle al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando así la decisión final en sus manos.<sup>31</sup>

A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control, si tomamos en serio el argumento contramayoritario? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible;<sup>32</sup> si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado, y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático

<sup>31</sup> Gargarella, Roberto, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo (ed.), *op. cit.*, pp. 393 y 394.

<sup>32</sup> Véase *ibidem*, pp. 80 y 81.

co, entonces la custodia de los mismos supone un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella ahora sí favorezca, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

#### IV. DEMOCRACIA DELIBERATIVA O DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL\*\*

Recién fundada la revista *Isonomía*, en 1994, y en plena organización del segundo número, que vería la luz en abril de 1995, pedí al filósofo del derecho argentino, Roberto Gargarella, una contribución que abordara con algún detalle alguna de las preocupaciones producto de su investigación doctoral y de su invaluable experiencia en el Consejo para la Consolidación de la Democracia en Argentina bajo la dirección de Carlos S. Nino. El ensayo llevó por título “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”.<sup>33</sup> Al revisar su contenido me pareció que el tema levantaría ampollas en un politólogo apenas desempacado de su estancia doctoral en Yale y quien por ese entonces se había reincorporado al ITAM, ahora como profesor de tiempo completo y director de la carrera de Ciencia Política, Alonso Lujambio. No me equivoqué. Tituló su réplica, incisiva y puntual, “Los problemas de la democracia según Gargarella”.<sup>34</sup> A Garga-

\*\* Texto publicado en Vives Segl, Horacio (coord.), *Constructor de instituciones. La obra de Alonso Lujambio comentada por sus críticos*, México, ITAM-El Colegio de México-Instituto Nacional Electoral-Miguel Ángel Porrúa, 2014, con el título “Democracia deliberativa o democracia procedimental. En torno al debate Gargarella-Lujambio”.

<sup>33</sup> Gargarella, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, México, núm. 2, abril de 1995.

<sup>34</sup> Lujambio, Alonso, “Los problemas de la democracia según Gargarella”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995.

rella tampoco se le necesitaba picar mucho la cresta, así que al poco tiempo contaba ya con una contrarréplica que tituló “Las virtudes de la democracia según Lujambio”.<sup>35</sup> Hoy, a casi veinte años de aquel debate quisiera retomararlo no con el propósito de hacer una reseña detallada del mismo —los invito a su lectura en el núm. 2 de *Isonomía*— sino para dejar planteadas, lo más claro que me sea posible, dos concepciones de la democracia y, al mismo tiempo, dos enfoques metodológicos para abordar los problemas sociales. No creo que sean totalmente irreconciliables. Hay puntos de convergencia, pero en los desacuerdos, ambos son implacables. Reservo para el final de este trabajo un apéndice, una suerte de testimonio personal sobre el PAN y sobre Alonso Lujambio, que él alcanzó a leer y con el cual, quizá con la cortesía del amigo, manifestó una grata sorpresa y, también, cierta satisfacción.

Comencemos por el diagnóstico que da origen al debate. Se pregunta Gargarella: “¿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?” 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. Creo que difícilmente se puede disentir de este diagnóstico y, por supuesto, podrían agregarse otros muchos hechos.

La divergencia, como es natural, comienza con las explicaciones. Gargarella atribuye esos “males”, fundamentalmente, al “modelo institucional vigente en muchas de las democracias contemporáneas”, modelo de democracia representativa inspirado en la Constitución norteamericana y adoptado por la mayoría

<sup>35</sup> Gargarella, Roberto, “Las virtudes de la democracia según Lujambio”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995.

de los países latinoamericanos. Tal modelo asumió que “cuanto mayor era el grado de discusión colectiva que acompañaba a una determinada medida, mayores eran los riesgos de que adoptasen soluciones parciales o facciosas”, por lo que el diseño institucional buscó desalentar la deliberación pública y reforzar, con un claro sentido elitista y conservador de corte burkeano, la independencia de los representantes electos. De esta manera, el sistema representativo no se presenta como un “segundo mejor” ante la imposibilidad de la democracia directa, sino “un bien necesario y superior, frente a la incapacidad que demuestra la ciudadanía en la práctica de la democracia directa”: la irracionalidad de las mayorías frente a la ilustración de las minorías, léase, *the rich and well born*. El resultado, de acuerdo con Gargarella, fue un arreglo “contramayoritario” que se hizo explícito en la Convención Constituyente a través de mecanismos de elecciones indirectas; largos periodos de mandatos; la organización de elecciones a partir de largos distritos, y, por supuesto, la creación de tres instituciones paradigmáticas: un Poder Ejecutivo unipersonal bajo la idea, según *El Federalista*, núm. 76, de que “una sola persona bien dirigida, y a través de su solo entendimiento, no va a ser distraída por la diversidad de visiones, sentimientos, e intereses, que frecuentemente distraen y tuercen las decisiones de los cuerpos colectivos”, dotada además de poderes de veto, indulto y una extensa capacidad de nombramientos; un cuerpo de senadores cuya misión era la de frenar la “furia de la democracia” y las “precipitaciones, fluctuabilidad y excesos”, propios de la Cámara de Diputados, lo que explica también que quedara en manos del Ejecutivo y del propio Senado el manejo de las relaciones exteriores dado que de acuerdo con *El Federalista*, núm. 75, sólo ellos podían reunir las virtudes del “conocimiento”, la “comprensión”, o la “sensibilidad”, que eran “incompatibles con el carácter particular de un cuerpo tan variado y numeroso” como el de la Cámara de Diputados, y, finalmente, la creación de un Poder Judicial garante de la imparcialidad, lo más alejado posible del control ciudadano para asegurar a través de su aislamiento la

necesidad de boicotear, si fuera el caso, las iniciativas más importantes surgidas de la voluntad democrática.

Gargarella quiere situarse explícitamente en los supuestos filosóficos, cuestiones valorativas o de principios, que subyacen al modelo institucional que se acaba de describir. Se trata de asumir un enfoque normativo acerca de la validez de los arreglos institucionales más que el de examinar la eficiencia o ineficiencia de distintos arreglos institucionales, por lo general, contruidos a partir de “una pobre visión de la democracia identificada con un sistema de elecciones periódicas”. En otros términos, más que cuestiones de “gobernabilidad y estabilidad democráticas” el interés se centra en la denuncia de los contenidos elitistas o conservadores que se contraponen, según él, a “nuestras más obvias intuiciones de lo que debe ser una democracia”.

¿Y cómo debe ser esa democracia? Por lo pronto, para Gargarella el principio de las elecciones periódicas no garantiza la representatividad de un mandato. Las elecciones son condición necesaria pero en absoluto suficiente de un gobierno democrático. Contra la idea de que el electorado decide *ex post* si el representante satisfizo o no su interés para luego refrendar o no el mandato a sus representantes (voto retrospectivo) y así cumplir con la exigencia de *accountability* —en la línea del primer Dahl, Schumpeter y una larga lista que llega hasta Lujambio— Gargarella defiende una postura opuesta que denomina “democracia como imparcialidad” o en la acepción que ya es de uso común, “democracia deliberativa”. Dejo al autor su definición:

Una concepción que justifica la democracia a partir de las virtudes del diálogo o la discusión que deben estar implícitas en los procedimientos democráticos. Aquí, las preferencias de los individuos no son consideradas como prepolíticas, como “dadas”, sino que aparecen sujetas al debate colectivo. El objetivo de la política, entonces, no es meramente el de implementar aquellas preferencias sino, muchas veces, es el de transformarlas a través de la deliberación.

Si la democracia se reduce al hecho de votar los mensajes que envía el electorado pueden ser indescifrables, inciertos, confusos, y abiertos a la arbitrariedad de los gobernantes. Por el contrario, cuando se parte del punto de vista deliberativo:

Se puede precisar enormemente el “contenido” de los mandatos ciudadanos, a través de la confrontación de puntos de vista; la apertura de foros de debate público... la promoción de encuentros entre quienes van a decidir y quienes van a ser afectados por tales decisiones... Si un representante no entiende lo que dicen sus electores, debe tener la oportunidad de volver a escucharlos. Si un elector cree que su representante no lo entiende, debe tener la posibilidad de hacerlo saber.

Hasta aquí Gargarella. La respuesta de Lujambio se estructura a partir de dos enfoques muy bien delimitados y que reflejan, claramente, sus preocupaciones intelectuales: el histórico y el científico social. Este último acompañado de una adecuada información jurídica. No elude los supuestos filosóficos o el punto de vista normativo. Los conoce bien, pero desconfía de ellos. Rastreando esta desconfianza de Lujambio por el *approach* filosófico llegué hasta unos de sus textos de juventud, publicado en la revista *Opción*,<sup>36</sup> que tituló “La risa del marxismo”. El ensayo gira en torno a la crisis del marxismo y las posibles explicaciones de la misma: teórica, política e histórica. Sin embargo, el centro de la preocupación de Lujambio sobre el marxismo se desplaza hacia su epistemología: “La epistemología marxista es una camisa de fuerza que impide a la teoría buscar nuevas formas de explicación de los fenómenos sociales”. La ideología antecede al rigor y a la objetividad, que deben marcar la pauta para todo investigador social que se precie de serlo: “A un científico social que pretenda en serio hacer ciencia de lo social, poco le importa si el conocimiento de la realidad que de sus investigaciones emana contribuye o no a la conciencia de clase o a la lucha revolucionaria... no importa

<sup>36</sup> Lujambio, Alonso, “La risa del marxismo”, *Opción*, núm. 34, abril de 1986

qué tan marxista sea la investigación, sino qué tanta capacidad heurística tiene”. Y en la más pura escuela weberiana cito el siguiente pasaje que no tiene desperdicio:

Un investigador de lo social cree que es importantísimo despojarse de todo determinismo clasista, de su visión personal del mundo social, de sus puntos de vista subjetivos de la realidad y así ver con la frialdad el fenómeno a estudiar. Esto en la práctica es imposible, pero no debemos abandonarnos a la idea de que la objetividad en ciencias sociales es inaccesible, accediendo de lleno y sin reparos a nuestra subjetividad. La objetividad nunca será un logro: en ciencias sociales es una tendencia.

Se trata de la “neutralidad axiológica” de Weber, que en el ámbito jurídico inspiraría a unos de los grandes científicos del derecho, Hans Kelsen. La ciencia social, si pretende serlo, si tiende a la objetividad para incrementar su capacidad heurística, debe “desnormativizarse”, “desideologizarse”, en una palabra, “desfilosofarse”, es decir, remitir los principios y los valores al ámbito de la subjetividad. Lujambio vivió y asumió plenamente el “desencanto de las ideologías” y tal vacío de utopías fue llenado por la congeladora del cientismo objetivista. Creo que este es el trasfondo de la crítica a Gargarella, que trasluce también cierto enfado y una impaciencia tan típica de Lujambio, cuando desde una teoría democrática deliberativista, por ejemplo, se apela a valores y principios que desfocalizan lo que realmente resulta de interés para el científico social. Pero vayamos por partes y regresemos al debate.

Lujambio comienza su réplica aceptando la reflexión histórica propuesta por Gargarella con respecto a “los breves once años de vida de la débil Confederación (1776-1787) en la definición de los arreglos institucionales «contramayoritarios» de la Constitución de 1787”. Critica la interpretación de Huntington en el sentido de que la Constitución de 1787 hereda la tradición Tudor del siglo XVI cuando ya en la metrópoli se ha sustituido este modelo por el sistema Estuardo inspirado más en la idea burkeana

de un interés colectivo general concentrado en el Parlamento y, por lo tanto, el debilitamiento de la representación de los intereses locales. En la línea de Gordon Woods, Alonso, y también Gargarella, acentúan la variable endógena de esa primera década de independencia que al decir del propio Woods “fue crucial en la creación de una nueva concepción de la política”.

Conocedor de esa literatura, como decía, Lujambio no objeta la interpretación de Gargarella, más bien se cuestiona sobre el nexo que existe entre esta “nueva concepción política” de tinte conservador y los “males” a los que el autor ha hecho referencia. No está nada claro que los “males” de Gargarella sean causados por los diseños institucionales descritos, pero aun concediendo que así fuera, para Lujambio —y aquí asoma ya su talante de científico social— se incurre en una “sensible falla metodológica”, a saber, Gargarella “nunca demostró que otras democracias con otros diseños institucionales no padecen de los mismos «males»”. Una mirada rápida a las democracias parlamentarias europeas *vis a vis* las democracias presidencialistas lleva a la conclusión de que las primeras incurren en los mismos males que las segundas. Por lo tanto, ¿cuál es el potencial heurístico de su argumento?

Pero, si nos enfocamos en el nexo entre el diseño conservador y los “males” ¿es verdad que el carácter “contramayoritario” de las instituciones delineadas por el Constituyente de 1787 genera los “males” que describe Gargarella? El debate tiene ya una larga historia y mucha literatura, y como sabemos, en buena medida se ha concentrado en el mecanismo de revisión judicial. Lo cierto es que debemos reconocer, como Lujambio se lo reprocha a Gargarella, que con relación a los demás poderes —el ejecutivo y el senatorial— su protagonismo se ha atemperado sensiblemente y se presenta un mosaico de diseños institucionales en Latinoamérica que se distancian claramente del diseño original. Pero aun con respecto al mismo carácter “contramayoritario” del Poder Judicial, si bien es cierto que resulta problemático “que un consenso pasado detenga la instrumentación de un mandato mayoritario

presente” ¿resulta obvio “que el pueblo deba decidir qué es justo y qué no lo es”? Por supuesto, Lujambio reconoce que Gargarella no aboga por una participación directa del pueblo decidiendo sobre asuntos judiciales. Pero, entonces, ¿qué se propone como diseño institucional? Y aquí, de nueva cuenta, aparece la demanda del científico social: no se vale “criticar algo sin proponer una alternativa que pruebe que el remedio (si lo hay) no conduce a un resultado peor que la enfermedad”.

Pero la demanda va más lejos aun en una frase lacónica y radical: “Quienes reflexionan teóricamente sobre la democracia suelen cometer un costoso error: no leer los trabajos empíricos sobre la democracia. Esto suele llevar a planteamientos normativos que parten de supuestos falsos sobre el funcionamiento *real* de los sistemas democráticos”. El propio Gargarella ofrece un ejemplo ilustrativo, que por cierto toca uno de los temas más queridos y estudiados por Lujambio. Afirma el autor que “para un político recién electo, no resulta en absoluto difícil o riesgoso el desentenderse del mandato de algún modo expresado por sus votantes”. Lujambio dedica varios párrafos a refutar esta afirmación que le lleva a exclamar finalmente, y diría que con cierto enfado: “Quien sabe de qué país está hablando. Es esta una intuición, muy popular por cierto, que requiere de análisis empíricos serios para verificarse o refutarse”. No es el caso detallar la argumentación de Lujambio sobre este punto en particular. Mi interés ha sido el de resaltar su talante científico, mismo que perfila, como se verá enseguida, lo que he llamado su concepción procedimentalista de la democracia y su crítica a la versión deliberativista de Gargarella.

Decía más arriba que para Lujambio, Gargarella no atina a focalizar los temas urgentes del debate actual. Le gana a Lujambio la impaciencia y piensa que centrar el debate —sobre las democracias en Latinoamérica— en la importancia de la deliberación para garantizar la imparcialidad de las decisiones públicas es algo que debe darse por descontado. No se requiere de una deliberación para argumentar sobre la importancia de la delibe-

ración. Simplemente, “debemos pugnar por una sociedad liberal que discuta, critique, tolere las discrepancias, señale los errores y los vicios del ejercicio del poder. Debemos pugnar por que ese debate público permee las instituciones políticas. Pero la discusión sobre los arreglos institucionales no encuentra en este asunto la médula de las preocupaciones actuales”. No hay duda que para Lujambio democracia y liberalismo deben caminar juntos. Pero ¿qué es entonces lo que requiere de tanta urgencia, o mejor, qué demandan nuestras democracias latinoamericanas? Pues nada más ni nada menos que “governabilidad y estabilidad”. Por supuesto que el problema de la representatividad no debe soslayarse, pero para maximizarlo, piensa Lujambio:

...debemos ser capaces, primero, de definirlo; segundo, de identificar empíricamente cuándo está presente y cuándo ausente; tercero, de entender cabalmente que existe un *trade off* entre dicho valor democrático y otros, plausibles por igual. Esto es particularmente cierto si hemos vivido 200 años en una democracia gobernante y estable. Pero me temo que no es el caso. Governabilidad y estabilidad democráticas, dos obsesiones para quienes estamos hartos de vivir bajo sistemas autoritarios en América Latina, dos conceptos que no aparecen por ningún lado en el ensayo que nos ofrece Roberto Gargarella.

La pregunta resulta pertinente: ¿qué tipo de democracia se requiere, entonces, para garantizar “governabilidad y estabilidad”? Para Lujambio, no se requiere de una democracia robusta comprometida con valores sustantivos o principios de justicia. Si acaso, aquellos valores instrumentales que posibiliten el mismo debate democrático, pero eso sí, una democracia que esté dispuesta a una negociación prudencial cuando, por ejemplo, la urgencia de la gobernabilidad debe sobreponerse sobre el valor de la representatividad. Estar dispuesto a flexibilizar la teoría de cara a nuestras realidades. Construir instituciones, hacer ingeniería institucional y someter a nuestros funcionarios a la regulación correspondiente. Esto es lo que demanda una democracia

procedimental que, en la interpretación que hace Lujambio de Gargarella, parece quedar en el olvido para todos los que abogan por una democracia deliberativa.

A fines de los noventa y principios del nuevo milenio, en una serie de ensayos publicados en la revista *Claves de la Razón Práctica*, dirigida por el ya fallecido Javier Pradera y Fernando Savater, Francisco Laporta polemizaba con Roberto Gargarella y Félix Ovejero, sobre los problemas de la democracia deliberativa. Laporta iniciaba su ensayo<sup>37</sup> criticando la idea de “autocomplacencia” y la ejemplificaba con la izquierda marxista. Por supuesto el ensayo me remitió inmediatamente a “La risa del marxismo” de Lujambio y a su debate con Gargarella. Decía Laporta que hay una autocomplacencia temeraria:

...que consiste en olvidarse de que cualquier propuesta de mejora o cambio político tiene que tomar cuerpo en un conjunto de mecanismos institucionales para poder hacerse realidad. De lo contrario permanecerá en el limbo de las buenas intenciones, y con no poca frecuencia de aquellas buenas intenciones de las que está empedrado el infierno. De este olvido autocomplaciente hay un ejemplo que siempre me deja atónito: el que el más importante sector de la izquierda europea se pasara más de cincuenta años sin preguntarle a Marx cómo se articulaba institucionalmente su mundo futuro.

Creo que Lujambio suscribiría plenamente estas palabras y podría hacerlas extensivas, como lo hace Laporta, a los defensores de las democracias deliberativas y posiciones afines como el republicanismo.

¿Democracia deliberativa o democracia procedimental? El debate se abrió con toda intensidad en los noventa. La producción de ambos autores se enriqueció con una vasta obra y, ciertamente, muchas de las interrogantes planteadas en este debate fueron respondidas, y los argumentos afinados, en escritos sucesi-

<sup>37</sup> Laporta, Francisco, “Los problemas de la democracia deliberativa: una réplica”, *Claves de la Razón Práctica*, núm.109, enero-febrero de 2001.

vos. Desde un enfoque normativista, en la línea de un liberalismo igualitario, difícilmente se puede estar de acuerdo con un enfoque procedimentalista de la democracia. Con todo, la frescura y la fuerza de este debate inicial quedan como ejemplo del rigor intelectual de dos de nuestras mentes latinoamericanas más sobresalientes.

## V. ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL\*\*\*

Desde el testimonio personal y desgarrador sobre la inseguridad que vive México hasta la esperanza realista en una vida futura sin violencia, Pedro Salazar propone, construye y reconstruye en este libro, el andamiaje teórico-filosófico —un constitucionalismo liberal y democrático—, la historia reciente y las instituciones de derecho y justicia, necesarias, para criticar, y de esta manera prevenirnos, de las terribles consecuencias de sucumbir a la tentación autoritaria o al estado de excepcionalidad.

He dicho “tentación” porque, en cierto sentido, resulta legítimo y plenamente justificado para el ciudadano común y corriente, vivir e instalarse en el desencanto cotidiano, en la parálisis del miedo o peor aún, del miedo al miedo, como decía Montaigne, “más importuno e insoportable que la muerte”.

Esa violencia sin razón —dice Salazar— nos ha quitado la paz, pero también nos ha despojado de la inocencia bonachona y el ingenio generoso que ostentábamos con orgullo pueblerino como carta de presentación a los turistas. México ya no es una nación hospitalaria. Nosotros ya no somos los habitantes de una colectividad generosa. Tenemos miedo y odio y muertos y rencores en los puños. Nuestra sociedad es injusta, incivil e indecente.<sup>38</sup>

\*\*\* Texto publicado en *Isonomía*, México, núm. 40, abril de 2014, con el título “Sobre *Crítica de la mano dura* de Pedro Salazar Ugarte”.

<sup>38</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *Crítica de la mano dura*, México, Océano, 2012, p. 17.

En estas circunstancias, lo que sí resulta indecente es pedirle al ciudadano que despliegue virtudes heroicas, actitudes estoicas de paciencia, de generosidad amorosa, de resignación ante el sufrimiento, de valentía para enfrentar el miedo, etcétera. Más bien, lo que el Estado debe asegurarle es el acceso a las instituciones que permita canalizar todo ese dolor y rencor. De no hacerlo, el ciudadano se sentirá con toda la legitimidad para buscar la venganza personal, la autoridad que haga valer la fuerza a costa de los derechos, que aclame al caudillo que declare el estado de excepcionalidad. Y este es un primer punto que quiero destacar en una lectura entrelíneas del libro que comentamos: su crítica a la tentación republicana de confiar en las virtudes ciudadanas o en las virtudes del caudillo, por encima de las instituciones: “La virtud como valor que puede incluso llegar a sustituir a las instituciones constitucionales”,<sup>39</sup> y en otro pasaje: “Para los defensores del constitucionalismo liberal lo que importan son las instituciones y no —al menos no en primera instancia— los valores o virtudes ciudadanas”.<sup>40</sup>

Si aceptamos lo anterior —prevalencia de las instituciones sobre las virtudes—, entonces resulta suicida para la sociedad civil, para los organismos no gubernamentales, para las asociaciones civiles, desentenderse, menospreciar o hasta pedir la eliminación de las instituciones. La lógica de esta demanda conduce, en el extremo, a la defensa de las democracias carismáticas, participativas, voluntaristas o plebiscitarias; a las democracias por aclamación que, más temprano que tarde, terminan limitando los derechos civiles y políticos de los miembros de la sociedad civil. Y creo que ésta es una preocupación explícita a lo largo del libro. La solución no está en una suerte de apuesta a la anarquía o a la espontaneidad popular.

Algunos colectivos en Europa, en América Latina, en los países árabes, y en otras regiones, más allá de ideologías, piensan

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 78.

que es factible construir democracias sin representantes, ni partidos políticos; mercados sin instituciones financieras y reguladoras; periodismo sin agencias noticiosas o televisivas; huelgas sin sindicatos... En una palabra, construir una suerte de pacto social sin instituciones intermedias, sin canales de transmisión entre sociedad civil y Estado. Esta situación es producto, sin duda, del desencanto generalizado. Pensemos, por ejemplo, en nuestras instituciones democráticas. El juicio de Salazar es categórico: el “impulso transformador” de toda una generación se “volcó en el caudal electoral”, pero “no fueron capaces de calibrar la magnitud de los problemas económicos y sociales pendientes”. Ese desencanto, que se refleja en las páginas de un libro escrito por uno de los artífices de la transición democrática en nuestro país, José Woldenberg, dice nuestro autor con razón,

...se ha traducido en un peligroso discurso antipolítico que amenaza con derribar las columnas institucionales de nuestra frágil democracia. Día a día aumentan las voces que despotrican igual contra los partidos políticos, los órganos legislativos, los jueces de todos los niveles o, si la coyuntura lo permite y los ánimos lo aconsejan, contra otras instituciones que fueron los frutos discretos y accesorios de la propia transición, como las instituciones electorales, las comisiones de derechos humanos, los institutos de transparencia, etcétera.<sup>41</sup>

Pero el desencanto no se soluciona apelando a las virtudes sino a las instituciones. Desacreditarlas es una solución falsa. No se trata de minimizar, mucho menos de eliminar, la importancia y necesidad de estas instituciones. De lo que se trata, más bien, es de transparentar y hacer eficientes esos canales entre sociedad civil y Estado; sancionar judicialmente los manejos turbios y corruptos de los recursos públicos; crear un cuerpo de comunicadores profesionales —entre el gobierno y la ciudadanía, la banca y el usuario, los medios y los lectores y escuchas, el sindicato y los trabajadores— que sepan usar el lenguaje y entiendan el com-

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 40.

portamiento del hombre y la mujer de la calle. De lo que estamos hablando, a fin de cuentas, es de construir y consolidar no un Estado *con* derecho, sino un Estado *de* derecho; un “imperio de la ley”, un Estado constitucional y democrático de derecho, que nos permita ingresar poco a poco en ese círculo virtuoso en el cual las normas jurídicas acompañan, facilitan, hacen posible una sociedad más productiva, equitativa y pacífica.

Las democracias constitucionales y los sistemas de mercado, si no son muy cautelosos mediante limitaciones debidamente normadas por el Estado, fácilmente se suicidan, como lo ha mostrado Ernesto Garzón Valdés.<sup>42</sup> El miedo y el terror, así como un patriotismo desbordante, son malos consejeros con respecto a los frenos institucionales que requiere una sociedad liberal y democrática para evitar “autoeliminarse”, como reiteradamente lo han señalado, entre otros autores, Ernesto Garzón Valdés y Ronald Dworkin; es decir, para no destruir sus instituciones basadas en principios o convicciones normativas.

En pocos meses [después del desplome de las torres gemelas] —afirma Salazar— asistimos y toleramos la excepcionalidad frente a los procedimientos del debido proceso legal, del amparo legal o habeas corpus y del castigo como última medida. Esta regresión maduró también en la sede del pensamiento. El discurso de la seguridad deglutió al paradigma de los derechos y defecó una retórica que prometió salvar a la democracia carcomiéndola.<sup>43</sup>

En esa sede del pensamiento —y de forma sorprendente— ingresaron mentes tan brillantes como Michael Ignatieff, Andre Gluksmann y Vaclav Havel, apoyando este último la guerra contra Irak, acompañado de personajes tan pragmáticamente siniestros como Berlusconi y Aznar. Y este es el punto que quiero destacar, y sobre el que tan lúcidamente nos previene Pedro Salazar.

<sup>42</sup> Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000, especialmente, “La democracia y el mercado: dos instituciones suicidas”, pp. 17 y ss.

<sup>43</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 31.

Hagámonos la siguiente pregunta: ¿se puede decir que los terroristas, o para nuestro caso, la delincuencia organizada, han sido exitosos? Sin duda lo han sido y, por supuesto, no sólo por lo que hace en cuanto a los efectos directos en términos de una considerable merma del Estado en recursos económicos destinados a combatirlos, y del claro posicionamiento territorial de las diferentes bandas delincuenciales, por ejemplo, sino por los efectos que, con cierto cinismo, podemos llamar “indirectos”:

- Los efectos psíquicos positivos en sus propios grupos de apoyo y de reclutamiento, especialmente entre la gente joven, socialmente desplazada, y ávidas de orgullo y autoestima.
- Los efectos psíquicos en las sociedades afectadas: el impacto de los *media* al momento de la realización de los hechos y el terror, inseguridad e histeria generalizados perfectamente monitoreado, que no ha tenido precedente en la historia de la comunicación.
- Y quizá, lo más preocupante en términos institucionales, es que el Estado atacado se deje tentar a responder con reacciones que confirman precisamente lo que los estrategas del terror y de la delincuencia organizada, para legitimar su estrategia de violencia, han aseverado desde siempre: “Es la irreflexión de las propias reacciones la que, en cierto sentido, para el auto-afianzamiento de los Estados en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, es mucho más peligrosa que el acto terrorista y sus consecuencias directas mismas”.

Esta última es la “trampa” del terrorismo, en los términos de la filósofa alemana Ruth Zimmerling. Cuando el adversario del terrorismo (o de la delincuencia organizada) es un Estado constitucional de derecho con un sistema político liberal y democrático, el poder de la delincuencia se potencia al máximo si logra que la contraparte caiga en la trampa y use su propio

poder para “suicidarse” o “autoeliminar” como sistema, es decir, para reaccionar de manera tal que destruye su propia base sistémica. Cuando ve natural apelar a la excepcionalidad, y peor aún, cuando las propias instituciones del Estado, piénsese en las judiciales —puntualmente criticadas en el libro, en un espléndido capítulo 4, y muy concretamente en el inciso VIII— avalan dicha excepcionalidad, en la mejor jerga schmitteana, del binomio amigo-enemigo.

Resulta preocupante que buena parte del poder administrativo, los legisladores y algunos intelectuales no sólo apoye la continuidad de la política actual en materia de seguridad, sino que se apele a la vieja máxima weberiana del Estado como aquel que posee el monopolio legítimo de la fuerza: una especie de cheque en blanco donde, para ser sinceros, los derechos humanos sólo juegan un papel secundario. Por supuesto que hay alternativas a la violencia y a un posible pacto negociado con la delincuencia. Hay que insistir en el seguimiento de la línea financiera, en reforzar el servicio de inteligencia, en la necesidad de combatir el tráfico de armas fronteriza, pero sobre todo, y este es el punto sobre el que Pedro llama la atención, debe ponerse el acento en la causa estructural de la inseguridad, “la causa de las causas y el principal motor de los efectos: la violencia que encierra la desigualdad enraizada en la miseria”, y se pregunta asertivamente: “¿Cuánta de nuestra violencia se amamanta de la injusticia, indecencia e incivilidad de nuestra sociedad?”.<sup>44</sup> Tiene razón Bobbio cuando sostiene que aquello que distingue a un pensador progresista — para el caso, liberal igualitario, constitucionalista democrático o socialdemócrata, como se prefiera— de uno conservador, es su sentido de justicia y su profunda sensibilidad hacia las desigualdades injustificadas y la absoluta gratuidad de la pobreza, pero no como una pieza de retórica o como un problema más de los muchos que enfrenta la sociedad, sino con la genuina convicción de que estamos frente a la “causa de las causas”.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 160.

Se requiere de una segunda transición o “transformación” en los términos de Luis Salazar Carrión, pero ahora desde la democracia y hacia una sociedad de derechos y, especialmente, de los “derechos de los más débiles”, en la afortunada expresión de Luigi Ferrajoli. Y éste me parece que es el *leit motiv* de todo el libro: la única forma de preservar nuestras libertades, en un contexto de violencia e inseguridad, es no claudicar de nuestros derechos, de los recursos institucionales, que en buen momento, han sido reforzados por una reciente y robusta reforma constitucional:

La respuesta —afirma Pedro Salazar— exige quitar la mirada de la coyuntura. Porque el eje de las acciones por emprender debe ser el objetivo que se persigue y no las urgencias de la crisis. Ese objetivo, en México, está constitucionalizado y, por lo mismo, vale como un imperativo frente a todos: ante el pragmatismo priista, el dogmatismo panista y el caudillismo perredista. Se trata de la consolidación de una democracia constitucional en el país.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 167.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### JUECES, DERECHOS Y FILOSOFÍA\*

En octubre del año 2000, Ronald Dworkin dictó una conferencia en Nueva York que tituló: “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” Para Dworkin: “Los objetivos y los métodos de los jueces incluyen los de los filósofos: ambas profesiones apuntan más exactamente a formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución”.<sup>1</sup> Todo parece indicar que entre jueces y filósofos debe existir una feliz complementación, y que en el caso de los primeros, se ganaría mucho si conocieran los problemas y las teorías filosóficas que subyacen a los mismos. ¿Deben los jueces, por lo tanto, ser filósofos? ¿Debería cada juez justificar explícitamente su filiación filosófica y declararse, por ejemplo, un juez kantiano, tomista, hobbesiano, hegeliano? Y si este fuera el caso, en verdad ¿pueden ser filósofos? Existe un dilema: o pueden ser filósofos, pero no deben, o bien, deben ser filósofos, pero no pueden.

Se han intentado respuestas para evitar el dilema simplemente negando que la filosofía tenga algo que ver con el derecho, específicamente, con la actividad judicial. En este sentido, los jueces no deberían ser filósofos puesto que el lenguaje jurídico no tiene nada que ver con el filosófico: bastaría con conocer lo que quisieron decir los legisladores originales, reforzado por los prece-

\* Una primera versión de este capítulo fue publicada en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014.

<sup>1</sup> Dworkin, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, trad. de Leonardo García Jaramillo, *Isonomía*, núm. 32, abril de 2010.

denes y la jurisprudencia; sería suficiente con acceder a la ley y a los criterios formales de interpretación; no se necesitaría más que un análisis empírico de las consecuencias que se seguirían de la aplicación de una norma para llegar a una solución, o bien, podría apelarse a la intuición emotivista como último recurso. En fin, originalismo, formalismo, pragmatismo o intuicionismo han sido vías propuestas para evitar el dilema negando cualquier tipo de argumentación o justificación valorativa. Sin embargo, a la pregunta de si los jueces deben ser filósofos, la respuesta, según Dworkin y concuerdo con él, debe ser positiva, porque si de lo que se trata es de argumentar frente a valores en pugna, y no sólo con respecto a hechos, predicciones o interpretaciones formales, no queda más que *aclarar* los conceptos morales y decidir optando *argumentativamente* por alguno de los valores en pugna. Los jueces y los filósofos comparten, entonces, una misma vocación.

Pero, ¿pueden los jueces ser filósofos? Es poco realista pensar a estas alturas que los jueces pidieran permiso para ausentarse y hacer un posgrado en filosofía, y que con el tiempo se enseñasen a redactar sus sentencias como ensayos publicables para una revista de filosofía jurídica, moral o política. Con todo, lo cierto es que de un tiempo a la fecha nuestros jueces, por ejemplo, han tenido que hacer notables esfuerzos para comprender el ABC de la ciencia económica y entender la importancia de la economía formal en el análisis jurídico. Sin embargo, una cosa es conocer el ABC y otra es convertirse en un experto econometrista. Dígase lo mismo con respecto a la teoría de la democracia y del Estado para comprender la normatividad electoral, aunque a ningún juez se le ha pedido ser un experto en *rational choice* o en teoría de juegos. ¿No habría que esperar lo mismo de la filosofía? ¿Conocer y saber trabajar con el ABC filosófico, sin convertirse en un experto kantiano conocedor de la influencia de la escuela de Marburgo en la obra de Kelsen, o especialista en el debate Hart-Dworkin, o en la teoría de las implicaturas?

Pienso que a la pregunta de si los jueces pueden ser filósofos, la respuesta de nueva cuenta es positiva. Nuestros jueces deben

y pueden, con sensatez y seriedad, familiarizarse con la filosofía, pero no con el propósito arrogante de eliminar o reducir la controversia sino con la pretensión más modesta, como diría Dworkin, de hacerla “más respetable o, al menos, más iluminada”. Pongo a la discusión algunos ejemplos en los que espero mostrar la necesidad de la filosofía tanto por lo que hace a la clarificación de conceptos, como a la necesidad de argumentación para decidir en una pugna de valores. Concluyo con un último inciso en el que se intenta justificar el valor de un constitucionalismo igualitario como marco de actuación para el Poder Judicial orientado a la protección y reforzamiento de la deliberación democrática.

## I. IMPARCIALIDAD NO ES NEUTRALIDAD

A la luz de la reciente reforma en México al artículo 40 constitucional, el tema de la laicidad vuelve a situarse en el debate contemporáneo. Si como ya se ha señalado la laicidad es la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión o de convicciones metafísicas, no debe confundirse con la neutralidad. Para entender el alcance de esta distinción entre imparcialidad y neutralidad me parece conveniente traer a cuento un voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, en un amparo directo en revisión (502/2007), donde se argumenta a favor de la laicidad en términos de imparcialidad. El caso puede resumirse en los siguientes términos:

El ministro Cossío comparte con la sentencia fallada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el desacuerdo con la argumentación desarrollada por el Colegio en torno al contenido de la libertad religiosa, el principio de laicidad del Estado y las responsabilidades de la jurisdicción familiar en casos de conflictos de derechos. El ministro argumenta precisando sus razones por las que debía concederse el amparo al quejoso. Éste se inconformó con el modo en que la Sala Familiar había resuelto la controversia sobre régimen de convivencia con

los menores que lo enfrentaba con su ex compañera, titular de la custodia.

El quejoso, de confesión judía, alegaba que la Sala Familiar no había atendido su solicitud de ampliación del régimen de convivencia con su hija menor con el fin de, entre otras razones, asistir y celebrar con ella las festividades y tradiciones propias de la religión judía. Esta situación contravenía disposiciones establecidas en la Convención sobre los Derechos de los Niños porque no se garantizaban 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 una interpretación muy particular del artículo 24 de la Constitución federal, consideró que la autoridad jurisdiccional no puede determinar lo pertinente respecto a la libertad religiosa por impedirlo el principio de laicidad del Estado y que, en esa medida no puede fijar un régimen de convivencia con el fin de que la menor asista a las celebraciones y festividades judías.

La sentencia fallada por la Sala expresó el desacuerdo con la argumentación desarrollada por el Tribunal Colegiado en torno al contenido de la libertad religiosa, el principio de laicidad del Estado y las responsabilidades de la jurisdicción familiar en caso de conflictos de derechos.

Para el ministro Cossío el Tribunal Colegiado entiende de modo radicalmente incorrecto lo que significa la laicidad o la neutralidad religiosa del Estado en el marco de una democracia liberal:

Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes... lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución Federal no exime en muchos casos a los órganos estatales

del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas.<sup>2</sup>

En aras de la protección del interés de la menor que es, sin duda, la parte más vulnerable en este caso, así como garantizar la igualdad en la pluralidad de creencias en el marco de una democracia liberal, se concede el amparo al quejoso.

A la luz del fallo judicial, ser imparcial consiste en valorar el conflicto en términos de principios generales que se aceptan independientemente de la situación en particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio. La imparcialidad puede exigir una actitud de tolerancia o bien de decidida intervención en el conflicto evitando caer, en este último, en paternalismos injustificados y en la idea de una laicidad positiva. Insisto, en aras de salvaguardar los derechos de la parte más débil y de garantizar el principio de igualdad, el voto concurrente del ministro Cossío asume expresamente el principio de imparcialidad y no el de neutralidad. El ejercicio filosófico de clarificación permea todo el fallo judicial, sin obviar que el trasfondo de una laicidad activa en términos de imparcialidad es el de una concepción filosófica liberal comprometida seriamente con los valores democráticos.

## II. DERECHOS INDIVIDUALES VS. DERECHOS COMUNITARIOS

Otro fallo judicial que quiero poner a la consideración del lector tiene que ver con la justificación filosófica de dos tipos de derechos, correspondientes a dos concepciones ético-políticas diversas, la liberal y la comunitarista. En este caso<sup>3</sup> un cabildo de la comunidad indígena “Paez”, del Departamento Norte de Cauca,

<sup>2</sup> Cossío, José Ramón, “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, *Letras Libres*, núm. 112, abril de 2008, pp. 64 y 65.

<sup>3</sup> Colombia. Corte Constitucional, *Caso del indígena Francisco Gembuel*, sentencia T. 523/97.

sentenció a un miembro de esta comunidad a un castigo físico, que consistió en 60 “fuetazos” y la expulsión del territorio de la comunidad. El sentenciado, Francisco Gembuel, había denunciado a otro miembro de la comunidad ante la guerrilla como paramilitar. Esta denuncia tuvo como consecuencia el asesinato de tal miembro de la comunidad por parte del grupo guerrillero. Gembuel fue encontrado culpable de ser actor intelectual del asesinato.

El caso llega hasta la Corte Constitucional y el 15 de octubre de 1997, en contra de las dos primeras instancias y del pronunciamiento de Amnistía Internacional, que acusó al cabildo de haber practicado la tortura en la persona del indígena Gembuel, el juez Gaviria, sentencia que: “El fuede consiste en la flagelación corporal con un «perrero de arriar ganado»; y aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador”. La Corte rechazó, en última instancia, la tutela de Francisco Gembuel, argumentando, tanto el carácter pluricultural de la sociedad colombiana, protegida y garantizada por el artículo 7o. de la Constitución Política Colombiana, como el reconocimiento a las comunidades indígenas de una jurisdicción propia en su territorio, de acuerdo con el artículo 246, siempre que tal jurisdicción no viole los principios de la Constitución y la ley colombiana. Dado que el Código Penal no prevé un castigo físico y la Constitución lo prohíbe, la Corte, en esta sentencia, interpretó la exigencia del artículo 246 de manera flexible.

Con respecto a la pregunta de si los “fuetazos” deben clasificarse como tortura, la Corte Constitucional recurre a la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual, el cumplimiento del criterio “...de un acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos... con el fin... de castigarla...” (Convención contra la Tortura) deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, entre ellos el contexto sociopolítico. El juez Carlos Gaviria sostuvo que en el caso del indígena Gembuel no está dada una gravedad suficiente, porque:

...aunque [el fuese] produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo... el rayo. Es pues una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía... el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno... porque esta es una práctica... cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.

El debate entre liberales y comunitaristas ocupó buena parte de los ochenta y se extendió hasta los noventa del siglo pasado. Un buen número de tesis comunitaristas son retomadas y renovadas hasta nuestros días con un enfoque multiculturalista, de la mano también de un republicanismo de corte radical. Para Luis Villoro, por ejemplo:

Los derechos básicos comprenden el derecho a la autonomía de la persona. Pero la persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y ésta no puede darse más que en contexto cultural... Las creencias básicas, que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables, varían de una cultura a otra. Por lo tanto, el respeto a la autonomía de las personas incluye el de las comunidades culturales a las que pertenecen. El “derecho de los pueblos” sólo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que el “pueblo” sea una condición para la autonomía de la persona...<sup>4</sup>

El problema que veo en la propuesta de Villoro es, precisamente, el de la prioridad ética que otorga, a fin de cuentas, al contexto cultural sobre el principio de autonomía personal. Si el contexto cultural de elección es un bien primario y se incluye entre aquellos que conforman el “coto vedado” para usar la expresión

<sup>4</sup> Villoro, Luis, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre de 1995, pp. 10 y ss.

de Garzón Valdés, o la “esfera de lo indecible”, con términos de Ferrajoli, merecería por ese sólo hecho el mismo respeto que el bien primario de la libertad individual pero, entonces, ¿qué sucedería si aquél entra en contradicción con esta última? El respeto al contexto cultural de elección exigiría, por ejemplo, la justificación de los azotes, como signo de purificación, con el fin de salvaguardar la armonía en la comunidad.

Villoro suaviza su posición comunitaria inicial para proponer un modelo igualitario, de corte multiculturalista, que lejos de conflictuar con el modelo liberal “pretende llevarlo a su término”.<sup>5</sup> En la misma línea de argumentación de Joseph Raz,<sup>6</sup> Villoro piensa que el ideal de autonomía liberal sólo es realizable en una sociedad multicultural donde la presencia de diferentes culturas constituye un valor por sí mismo y donde:

El respeto a la autodeterminación de todos los miembros de la sociedad no es sólo condición de una asociación justa, sino el ideal regulativo de la acción política. De esta manera: Una política igualitaria plantearía el valor superior de la pluralidad en la unidad... Única e irremplazable es cada cultura, pues no hay una sola que no manifieste una faceta valiosa de la realidad. Y la realidad está constituida por la unidad de esa diversidad.

Difícilmente se podría disentir de la propuesta de Villoro, siempre que se acepte: *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. La condición *b*) sería la

<sup>5</sup> Villoro, Luis, “Igualdad y diferencia: un dilema político”, en Olivé, León y Villoro, Luis (ed.), *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, México, UNAM, 1996.

<sup>6</sup> Raz, Joseph, “Multiculturalism: a Liberal Perspective”, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, 1994.

justificación moral de *a*), que vendría a suponer la prioridad de los valores liberales sobre los comunitarios. Si los derechos de una comunidad entran en colisión con los derechos individuales, entonces:

... no deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros... Todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos.<sup>7</sup>

Se equivoca el juez Gaviria, no sólo al minimizar los efectos degradantes del castigo corporal, a través de los “fuetazos”, sino al pretender justificar los mismos con una concepción comunitarista, que subordina los derechos individuales a un holismo colectivista. Como se puede apreciar, la resolución judicial se sustenta en una concepción teórica —con la que se puede estar de acuerdo o no—, pero finalmente la justificación es deudora de una argumentación filosófica, y el juez Gaviria no es ajeno al conocimiento de la misma.

### III. LIBERALISMO LIBERTARIO O LIBERALISMO IGUALITARIO

Concluyo con un tercer ejemplo de conflicto entre dos concepciones filosóficas y las correspondientes argumentaciones en sede judicial. El 27 de agosto de 2007, y después de un crispado periodo, durante y posterior a las elecciones de 2006 en México, el Instituto Federal Electoral (IFE) entregó al Senado una serie de propuestas de reformas en materia electoral. El 12 de septiembre la cámara alta avaló el uso de los tiempos oficiales para difundir la propaganda de los partidos, vetando la contratación de espacios

<sup>7</sup> Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Isonomía*, México, núm. 3, octubre 1995, p. 120.

comerciales por parte de los partidos políticos y los particulares, y facultando sólo al IFE para realizar la distribución de los espacios en medios de comunicación electrónicos. Las reformas tocaban directamente los intereses económicos del duopolio televisivo. Como era de esperarse, comenzaron a sucederse los amparos promovidos por varias organizaciones sociales y algunos ciudadanos en contra, puntualmente, de la adición al artículo 41 constitucional, fracción III, párrafo tercero, promulgada junto con otras reformas el 13 de noviembre de 2007. En ella se establece que, además de los partidos políticos:

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

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

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

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

Y agrega:

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

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

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

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

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

... el mercado real no es democrático. No hay igualdad de oportunidades en el mercado, como no la hay tampoco en ningún escenario imaginable para la libre expresión y confrontación de ideas. En el mundo que conocemos, sólo quienes tienen poder económico, tienen a su vez capacidad real para expresarse y dominar el universo mediático e incluso el político. ¿Quién ha he-

cho a Berlusconi varias veces presidente del gobierno italiano más que el poder mediático que él mismo ostenta?... El poder de utilizar ese derecho universal que es la libertad de expresión no está equitativamente repartido en la sociedad real. Hablar de un libre mercado de ideas es puro engaño.<sup>8</sup>

Para John Stuart Mill, uno de los defensores clásicos de la libertad de expresión, ésta no debía concebirse como un fin en sí mismo, como una suerte de valor absoluto, sino como un medio para mejorar a la sociedad. Así lo comprendió James Madison al señalar que la primera enmienda de la Constitución americana debía leerse dentro del conjunto de valores constitucionales y democráticos, y el mismo juez Louis Brandeis, que la entendió como un medio para mejorar la democracia. Ésta es la tesis central de pensadores contemporáneos como Cass Sunstein<sup>9</sup> y Owen Fiss.<sup>10</sup>

Pienso con ellos, que en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la equidad electoral es una precondition necesaria, y por lo tanto, insoslayable, de la democracia. Asimilar la democracia al libre mercado de las ideas es condenarla al suicidio institucional. El problema reside en seguir considerando a la institución del mercado como algo bueno *per se*, algo que por su propio dinamismo en la medida en que se minimicen los factores de distorsión producirá las bondades requeridas por cualquier sociedad medianamente decente. Si, además, como afirman algunos economistas libertarios como Friederich Hayeck, el mercado es condición necesaria de la democracia y se acepta también la tendencia natural del mercado a su concentración, entonces el escenario se nos vuelve doblemente enfermizo.<sup>11</sup> Desde este pun-

<sup>8</sup> Camps, Victoria (ed.), *Democracia sin ciudadanos. La construcción de ciudadanía en las democracias liberales*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 155 y ss.

<sup>9</sup> Sunstein, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1993.

<sup>10</sup> Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1996.

<sup>11</sup> Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000, pp. 63 y ss.

to de vista, por ejemplo, la reciente decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, significa un claro retroceso que abona en la dirección de privilegiar al mercado y a los poderes fácticos por encima de la equidad electoral. Obama lo ha expresado impecablemente al referirse a esta decisión como “devastadora” ya que mina los cimientos de la propia democracia.<sup>12</sup> Veamos.

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

La Corte fue más allá de lo reclamado por *Citizens United*. Lo que esta corporación pidió es que se le exentara de la Ley de Reforma de Campañas Bipartitas sobre la base de que se proponía transmitir una película que “infamaba” a la candidata Hillary Clinton, únicamente en un canal de “pago por evento”. No se propuso impugnar la constitucionalidad de la ley. Los jueces Roberts, Alito, Kennedy, Scalia y Thomas decidieron por propia iniciativa que de todos modos querían declarar inconstitucional la ley: la LRCB infringía la primera enmienda. Con esta decisión, a juicio de autores como Ronald Dworkin, se abandonó el criterio de precedentes (Austin, 1990, y McConnell, 2003) y con ello, un siglo de historia y tradición democrática americanas.

De acuerdo con varios académicos e intelectuales, esta decisión de la Corte no encuentra soporte alguno en ninguna de las

<sup>12</sup> *Citizens United v. FEC (2010)*. Véase Dworkin, Ronald, “La decisión que amenaza la democracia”, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, México, núm. 35, octubre de 2011. Para un estudio integral de la sentencia con comentarios de Jacob Rowbottom y Samuel Isaacharoff, véase *Sentencias relevantes de cortes extranjeras*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

teorías que subyacen como justificación a la primera enmienda. ¿Cuáles son estas teorías?

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

2. Una segunda teoría que justifica la primera enmienda destaca la importancia de la libre expresión no para educar al público a gran escala, sino para *proteger el estatus y el desarrollo moral de los ciudadanos en lo individual*, como iguales en el proceso político. En su voto disidente, el juez Stevens defiende esta postura contra el derecho al voto de las corporaciones: “el dinero no es discurso”.

La primera enmienda protege los intereses morales de individuos que sufrirán frustración e indignidad si fueran censurados. Sólo los seres humanos pueden experimentar estas sensaciones, las corporaciones, no. Ni siquiera los jueces más conservadores han sugerido que toda corporación debe tener una boleta electoral.

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

De nueva cuenta, mi interés es llamar la atención sobre las diferencias entre dos argumentaciones distintas dentro de la misma familia liberal: libertarios *vs.* igualitarios. ¿Debe un juez conocer de filosofía moral y política? Sí. ¿Puede hacerlo? Sí, sin que esto último suponga, reitero, un conocimiento especializado y, por supuesto, sin pretender minimizar la importancia del debate, ni pretender eliminar el conflicto de manera definitiva.

Pienso que en el marco de un Estado constitucional, liberal e igualitario de derecho, la equidad electoral es una precondition “mínima”, pero insoslayable, de la democracia, que necesita ser garantizada por el máximo tribunal en un ejercicio sólidamente argumentado de ponderación.<sup>13</sup> Es una prueba de fuego para

<sup>13</sup> Existen antecedentes conocidos de tribunales límite, que han considerado inconstitucional una reforma constitucional. El ejemplo más citado es el de la Corte Constitucional de Alemania, que justifica su actuación en el mismo artículo 79 de la Ley Fundamental alemana, que en su fracción tercera establece la conocida “cláusula de intangibilidad”: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20” (*Southwest State case* (1951), *Article 117 case* (1953), *Klass case* (1970), *Electronic Eavesdropping case* (2004)); la Corte Constitucional de Italia declaró (sentencia n. 1146 de 1988) que “la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales”, principios entre

medir el talante de nuestros jueces si deciden entrar al fondo del problema.<sup>14</sup> Nada más, ni nada menos; pero de ninguna manera se trata de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades “iniciativas” sino sólo “controladoras” (siempre resuelve conflictos); ni tampoco se trata de abrir las puertas al intuicionismo o al decisionismo judicial.

#### IV. DERECHOS HUMANOS Y “SALA DE MÁQUINAS” DE LA CONSTITUCIÓN\*\*\*

En 2005, Roberto Gargarella publicó el libro *Fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*.<sup>15</sup>

los cuales se encuentran los derechos fundamentales; también deben citarse los fallos del máximo tribunal irlandés por lo que hace al control del procedimiento de reforma establecido en la misma Constitución (*State (Ryan) v. Lemmon* (1935), *Riordan v. An Taoiseach* (1999)), y paradigmáticamente, en nuestra línea de reflexión, los fallos de la Corte Suprema de la India, a partir del concepto de “estructura básica” de la Constitución (*Golak Nath v. State of Punjab* (1967), *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973), *Minera Mills Ltd. V. Union of India* (1980)).

<sup>14</sup> Cuando digo “entrar al fondo del problema” me refiero, como bien ha sostenido Dworkin, a que: “Los jueces deben entender que los conceptos que utilizan en sus sentencias (responsabilidad, significado, intención, igualdad, libertad y democracia, por ejemplo) son conceptos *difíciles*, que estamos muy lejos de clarificar plenamente o de resolver del todo cuál es su mejor y más adecuada comprensión...”. De la misma manera que los jueces han comenzado a familiarizarse con la economía o la historia constitucional para ofrecer decisiones consistentemente argumentadas “no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar”. Véase Dworkin, Ronald, “Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *cit.*, pp. 25 y ss.

\*\*\* Texto leído en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, el 17 de febrero de 2015, en la presentación del libro de Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.

<sup>15</sup> Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

Aunque constreñido al periodo señalado en el título, daba cuenta ya de varios modelos teóricos que le servirían para analizar el periodo, y que utilizaría posteriormente, hasta el libro que hoy comentamos. Los modelos son el conservador, el radical y el liberal. En ese libro, reservó para las conclusiones un cuarto modelo, el igualitario. Para los que, como era mi caso, teníamos un interés en tratar de comprender con cierta metodología la historia política y jurídica de nuestros países latinoamericanos, el libro nos resultó revelador, y apasionante. Si además, después de haber publicado *Las teorías de la justicia después de Rawls*<sup>16</sup> —donde aparecía con gran consistencia y rigor su talante liberal igualitario en la exposición y crítica de las diversas teorías contemporáneas de la justicia— Gargarella criticaba los tres modelos desde tal concepción igualitaria, pues qué mejor. Es probable que, dada la organización del libro cuyo interés se centraba en la explicación de cada uno de los modelos, que a su vez, se acompañaban con unas “notas” ejemplificadoras sobre la historia constitucional en América —colocadas como anexos—, asomara cierto voluntarismo orientado hacia la justificación del modelo igualitario. Lo cierto es que *Fundamentos legales de la desigualdad* sería en algún sentido el antecedente del que hoy comentamos, y después de diez años de intensa investigación historiográfica y análisis empírico, ese posible asomo de voluntarismo ha cedido ante una elaborada, rigurosa y aterrizada teoría e historia constitucional de nuestra región.

Antes de decir unas palabras sobre el libro, no quiero dejar de mencionar un texto de nuestro autor, que se publicó en 2010, en la revista *Isonomía* y que tituló “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”. Gargarella resumía su tesis central con las siguientes palabras:

Después de más de 200 años de vida del constitucionalismo moderno, entendido éste a partir de sus rasgos básicos —la adopción

<sup>16</sup> Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.

de una declaración de derechos y de un sistema de “frenos y contrapesos”— no puede decirse del mismo que su funcionamiento haya sido exitoso, particularmente en una mayoría de países de América... Según entiendo, la gravedad de las deficiencias institucionales en juego nos obligan a dejar de lado la idea según la cual lo que se requiere es “perfeccionar” o “pulir” algunos aspectos de dicho esquema... existe urgencia por repensar la causa de lo que es, en definitiva, un fracaso institucional con consecuencias ya trágicas.<sup>17</sup>

La verdad es que el texto me desconcertó un poco con tal planteamiento escépticamente realista. Contrastaba de algún modo con la imagen que me había hecho de su libro anterior en la que parecía viable un rediseño constitucional desde un enfoque igualitario. Ahora no se trataba de “perfeccionar” o “pulir”, sino de “asumir un fracaso”, y en términos de Hart diríamos que ya era hora de modificar la regla de reconocimiento del constitucionalismo americano.

Cuando empecé a leer *La sala de máquinas de la Constitución*, después del prefacio salté heterodoxamente al último capítulo: “¿Qué hemos aprendido de dos siglos de constitucionalismo? Por un constitucionalismo igualitario”. No me encontré con un Gargarella tan fatalista, pero sí desencantado; no un demolidor de la construcción, pero sí un ingeniero de máquinas dispuesto a construir las bases de un “nuevo paradigma”, en el sentido que da Kuhn a esos términos, es decir, ante la existencia de anomalías ingobernables que ponen en crisis todo el sistema, se requiere de una nueva plataforma común de contenidos conceptuales y actitudes sociales que, al menos en buena parte, resulta incompatible con el paradigma anterior.

Comenzaré por decir que en este libro podemos apreciar en toda su dimensión una concepción del derecho, y específicamente del derecho constitucional comparado, que se nutre de las virtudes propias de otras disciplinas como la historia, la sociología,

<sup>17</sup> Gargarella, Roberto, “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”, *Isonomía*, México, núm. 33, octubre de 2010.

la política y la filosofía. No creo traicionar el espíritu del libro si digo que el derecho es entendido como una subdisciplina de la ciencia social, comprendido interdisciplinariamente, e incorporando una dimensión normativa de orden ético-político. Creo que lo que hace Gargarella por el Derecho en este libro es lo que, por ejemplo, ha hecho Piketty, con la Economía, en su libro *El capitalismo en el siglo XXI*:<sup>18</sup> comprenderla en su dimensión interdisciplinaria y práctica. Dice Piketty que es hora de que la Economía supere su pasión infantil por las matemáticas y por la especulación puramente teórica, que deviene en ideológica. Creo que es hora de que el Derecho supere su pasión infantil por el positivismo formalista y la pretendida neutralidad axiológica, que también deviene en ideológica. Creo que esta pretensión late a lo largo del libro de Gargarella.

También Gargarella y Piketty, y aquí agregaría al historiador, recientemente fallecido, Tony Judt,<sup>19</sup> toman como punto de partida de sus análisis el problema de la desigualdad: “El gran drama que enfrenta la región, desde su independencia hasta hoy —dice Gargarella—, y que sigue irresuelto, es el drama de la desigualdad”. Este es el hilo conductor de todo el libro, como lo es también para Piketty, quien equipara la desigualdad actual con el mayor pico de desigualdad en la historia de occidente durante el periodo comprendido en la llamada *Belle Époque*, de fines del siglo XIX y principios del XX, con una tendencia creciente de cara al futuro, y lo es también para Judt, para quien las décadas comprendidas entre 1980 y 2010, y lo que llevamos, “han echado por la borda los logros paulatinos de un estado social que significaron una reducción significativa de la desigualdad”. El libro de Gargarella debe leerse a la luz del problema de la desigualdad en una región donde se encuentran 10 de los 15 países más desiguales del mundo.

Ahora bien, al mismo tiempo que se carga con el lastre de la desigualdad, los independentistas americanos desde principios

<sup>18</sup> Piketty, Thomas, *op. cit.*

<sup>19</sup> Véase Judt, Tony, *op. cit.*

del siglo XIX, como muestra Gargarella: “proclamaron un fuerte ideal de igualdad” que incluía dos expresiones principales: el autogobierno colectivo y la autonomía individual. Ambos ideales, sin embargo, se vieron inmediatamente “deshonrados después de la revolución”. En una matriz que puede construirse con esas dos variables, y por lo tanto, con cuatro cuadrantes, en uno de ellos colocaríamos a los *conservadores* que rechazan la demanda de autogobierno y menosprecian el reclamo por mayores niveles de autonomía personal, abriendo así las puertas al perfeccionismo moral; en otro cuadrante, los *radicales* defienden el ideal de autogobierno pero al costo de abandonar el ideal de autonomía individual sometiéndola a las “apetencias de la mayoría”, y finalmente, en un tercer cuadrante, los *liberales*, en las antípodas del radicalismo, protegen la autonomía individual, pero al costo de sacrificar el ideal de autogobierno colectivo a través de la implementación de instituciones contramayoritarias.

A diferencia de los liberales y de los conservadores, los representantes del radicalismo prácticamente estuvieron ausentes de las mesas de discusión sobre cómo organizar las nuevas instituciones. Quizá por ello en la historiografía latinoamericana el análisis del radicalismo ha sido siempre marginal. Un gran mérito, a mi juicio, del libro de Gargarella es sacar a la luz a ese “fantasma radical” siempre presente en cada momento de la historia constitucional latinoamericana. Gargarella no oculta sus simpatías por el radicalismo y su vocación igualitaria, pese a su claro déficit en términos del principio de autonomía individual. Precisamente dada esa simpatía, y frente al desarrollo del populismo en América Latina, sería interesante conocer qué semejanzas y qué diferencias encuentra nuestro autor entre su propuesta igualitaria y los populismos que afloran en la región, especialmente aquellos populismos que deliberadamente promueven la incorporación de los excluidos, con agendas redistributivas, y usan el antagonismo con sus oponentes más como una estrategia que como un punto de fractura irreconciliable.

Queda un cuarto cuadrante: una fuerza que defendiera a la vez el ideal de autogobierno y el ideal de autonomía individual.

Esa casilla, que corresponde al igualitarismo, está ausente de la historia constitucional de América Latina. En palabras de Rodrigo Uprimny, se trataría de lograr “una fuerte protección judicial de los derechos junto con una participación y una deliberación democrática contundentes. Y eso no es imposible, pero es difícil”.<sup>20</sup> Este es el reto, ni más ni menos, lo que Gargarella llama “el largo camino hacia el igualitarismo”, título del apartado con el que cierra su libro. Regresaré sobre este punto enseguida y sumaré a estas páginas las conclusiones de sus *Fundamentos legales de la desigualdad*, para unos comentarios finales.

A partir de las dos variables, y de los tres modelos señalados, Gargarella organiza los 200 años de constitucionalismo en América Latina, en cinco periodos: el primero, de 1810 hasta 1850, el segundo hasta 1890, el tercero hasta 1930, el cuarto hasta 1980, y el quinto hasta 2010 y lo que llevamos de esta década. Hay dos periodos que resultan relevantes: el segundo periodo, de 1850 a 1890, que corresponde al constitucionalismo de fusión entre liberales y conservadores, y el cuarto periodo, de 1930 a 1980, que corresponde al pacto ampliado o ecuménico, que incorpora a los radicales.

Gargarella se siente a sus anchas en los capítulos dedicados al segundo periodo, no porque comparta el modelo teórico de fusión entre liberales y conservadores, por el contrario, como era de esperarse, se muestra severamente crítico, sino porque los creadores de tal modelo comprendieron que el diseño de la sala de máquinas de la Constitución debía corresponder a la parte dogmática de la misma, que contiene los derechos humanos:

El pacto liberal-conservador forjó, desde entonces, la matriz básica del constitucionalismo latinoamericano, que sintetizaremos en la fórmula alberdiana de *libertades políticas restringidas y libertades civiles (económicas) amplias*. Este modelo, ya sabemos, apareció como la expresión de una concepción de la democracia muy estrecha,

<sup>20</sup> Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011, p. 33.

que pensaba a la ciudadanía en términos de su *asentimiento indeliberado a la autoridad política*. La estructura institucional básica que se organizó, entonces, a partir de tales criterios resultó, por un lado, tremendamente exitosa. Ello así, al menos, considerando tanto la extraordinaria difusión alcanzada por dicho proyecto constitucional, como por la estabilidad lograda por el mismo: finalmente, y luego de 150 años de su nacimiento, la estructura constitucional de la región sigue mostrándose estrechamente vinculada con tal proyecto fundacional.<sup>21</sup>

Esta fusión liberal-conservador constituye el gran paradigma del constitucionalismo latinoamericano. Pero hay otro periodo que ocupa la atención central de Roberto, y es el que corresponde al cuarto periodo de los cinco señalados, el que comprende de 1930 a 1980, que constituye lo que el autor llama “el pacto constitucional ampliado”. A la vieja matriz liberal-conservadora se añadía ahora los reclamos de la “cuestión social”, incorporando la pretensión del radicalismo. Y es esta incorporación la que generó una tensión interna en las Constituciones, de alguna forma irresoluble. Cito a Gargarella:

Para decirlo brevemente, se reservaba para la vieja alianza liberal conservadora el control de la “sala de máquinas” de la Constitución, mientras que se delegaba a los grupos más radicales el trabajo sobre la sección de los derechos. El resultado de esta distribución de tareas fue el crecimiento de Constituciones en fuerte tensión interna (en donde una parte de la Constitución se constituía en principal amenaza para la otra), y el mantenimiento de una estructura de poder todavía muy impermeable a las crecientes demandas sociales provenientes desde la sociedad civil —lo que aseguraba el surgimiento de más tensiones entre ciudadanía y Constitución—... lo que quedó fue un “nuevo” modelo constitucional, caracterizado por robustas declaraciones de derechos y una organización del poder todavía altamente concentrada.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., p. 350.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 353.

Tal tensión constituye una verdadera anomalía que al paso de los años se fue acentuando. Si bien desde los años ochenta es notoria la incorporación de demandas de grupos tradicionalmente marginados, traducidas en derechos — pensemos solamente en las demandas de los grupos indígenas en nuestra región— esa explosión de derechos no se acompañó de un ajuste en la sala de máquinas, y más bien reafirmó su vocación jerárquica, verticalista, y contramayoritaria: mayor concentración de poder en el Ejecutivo con posibilidades de reelección, protagonismo del Senado, y esa paradoja de la que ya daba cuenta Carlos Nino, a saber, a mayor proliferación de derechos mayor poder y control judicial. Desde este punto de vista, el llamado “nuevo constitucionalismo” del último periodo, de 1980 hasta nuestros días, tiene poco de nuevo, y más bien vino a reforzar una tensión que, como decía Gargarella en aquel texto de 2010 al que ya me referí, ha hecho que la maquinaria quede exhausta. Pero entonces, ¿es posible llenar ese casillero ausente que correspondería a un constitucionalismo igualitario? ¿Deberíamos más bien postularlo como un ideal aspiracional? Es difícil, como decía Uprimny, pero no imposible. Y creo que Gargarella a lo largo de muchos escritos ha ido delineando una carta de navegación que él mismo ha sintetizado y que comentaré brevemente.

1. En primer lugar, de lo que se trata es de reinstalar la dimensión igualitaria en términos de un mayor involucramiento ciudadano en la discusión pública. En otros términos, reivindicar una democracia deliberativa y distinguirla claramente de la democracia como mercado o de la democracia pluralista, estas últimas privilegiando preferencias autointeresadas a través del voto o de la negociación, a diferencia de la primera, que privilegia el ejercicio argumentativo a través de preferencias imparciales.<sup>23</sup> Es lo que con persistente reiteración ha defendido Gargarella como el “valor epistémico de la democracia”: la verdad moral, contra toda forma de elitismo y dogmatismo, es un constructo producto

<sup>23</sup> Véase Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 41 y ss.

del diálogo incluyente, no del monólogo excluyente. Si no entendido mal a Roberto, no se trataría de reivindicar la deliberación a costa del voto o de la negociación, más bien el ejercicio deliberativo debería ser la condición de posibilidad del sufragio y de la negociación: una deliberación *ex ante*, no *ex post*. Por supuesto, y anticipándose a las críticas, la democracia deliberativa tiene sus límites. Cito a Gargarella:

Límites en cuanto a la frecuencia de las decisiones colectivas que se proponen (existen razones de principio y de conveniencia para que tales decisiones se encuentran separadas por periodos de “reposo”); en cuanto al objeto de las mismas (no es necesario controlar colectivamente todos los problemas de interés público, sino sólo los más importantes); en cuanto a los sujetos o participantes en dichas decisiones (los “principales afectados” pueden ser, exclusivamente, y por ejemplo, sólo los miembros de una pequeña localidad); y en cuanto a la modalidad de tales decisiones (no todos los procedimientos colectivos de toma de decisiones son igualmente defendibles).<sup>24</sup>

2. En segundo lugar, con respecto a los derechos humanos, el compromiso con la autonomía individual no se agota con el “dejar hacer”, sino que además requiere de un activo respaldo al “poder hacer” de los individuos. No se trata de desarticular el poder público en aras de una protección a ultranza de los derechos individuales. En situaciones de fuertes desigualdades los individuos y grupos desaventajados quedan totalmente desprotegidos y a merced de los mejor situados. El igualitarismo entiende que el *ejercicio* de la autonomía individual requiere en primer lugar de la *formación* de esa autonomía, por lo tanto, de una participación activa del Estado en la protección y satisfacción de las necesidades básicas. La justificación última de tal participación activa por parte del Estado descansa en la convicción igualitaria de que la vida de las personas depende de las decisiones de las que éstas sean responsables, y no, como dijera Rawls, de la “lotería

<sup>24</sup> Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, cit., p. 268.

natural”. Ahora bien, el límite de tal participación será siempre para un liberal, el ámbito de la vida privada, porque, en la mejor escuela de Mill, para Gargarella “nadie es mejor juez de sus preferencias, que uno mismo”, siempre que éstas no violen derechos de terceros. Así entendida, el perímetro de la vida privada se extiende hasta el ámbito de la sociedad civil y su límite es la no utilización del Estado.

Bajo tal concepción igualitaria de la autonomía individual la vieja dualidad irreconciliable entre libertad negativa y libertad positiva se presenta como un binomio simplificador de una realidad más unitaria y compleja entre derechos civiles y políticos, y derechos sociales. Existe entre ambos una influencia recíproca y convivencia continua que, creo, neutraliza cualquier pretensión de apropiación de los derechos, bien sea por la izquierda o por la derecha.<sup>25</sup> Se trataría, entonces, no sé si Roberto esté de acuerdo, de desideologizar los derechos. Es verdad, como decía, que las demandas de los grupos tradicionalmente marginados o invisibilizados se han traducido en una explosión de derechos que, como era de esperarse, se atrincheraron y resguardaron en el texto constitucional. Esto ha llevado a algunos críticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a referirse sobre estas Constituciones como “Constituciones poéticas”, o en el mejor de los casos, como expresiones de buenos deseos, pero a esto han respondido Gargarella y Christian Courtis que tales juicios resultan exagerados, e incluso algunos de ellos, errados:

Dicha crítica no advierte que en algunos países como Colombia o, más recientemente, Argentina, —decían Gargarella y Courtis en 2009— estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en “pura poesía”. Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados, es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al estatus constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos,

<sup>25</sup> Véase *supra*, capítulo quinto.

muchas personas de carne y hueso resultaron reivindicadas en sus demandas por derechos.<sup>26</sup>

Si algún cambio significativo encuentra Gargarella en el nuevo constitucionalismo, y que debe ser reconocido, es precisamente la incorporación de derechos sociales y culturales, notoriamente los correspondientes a los pueblos indígenas, en Constituciones como la de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009. Aún los tan debatidos derechos de la naturaleza y al “buen vivir”, presentes en estas Constituciones, deben ser entendidos a la luz de la mejor interpretación posible, a saber, poner límites a la mercantilización ilimitada de la naturaleza y afirmar valores que trasciendan el criterio costo-beneficio.

3. Finalmente, por lo que se refiere a la “sala de máquinas” la propuesta igualitaria debe corresponder con el reforzamiento de los derechos y el principio de autogobierno. En sus *Fundamentos legales de la desigualdad* se enuncian una serie de propuestas, que sintetizo en las siguientes: *a*) la defensa de las formas directas de la democracia y los sistemas representativos como “males necesarios”; *b*) el fortalecimiento de la rama más popular —el poder legislativo— y, por lo tanto el rechazo de toda forma de hiperpresidencialismo tan proclive en nuestra región; *c*) el rechazo del protagonismo del Senado que no se ha limitado, exclusivamente, a la evaluación de las normas vinculadas con los asuntos federales, sino a todo tipo de normas; *d*) la crítica al sistema de revisión judicial de constitucionalidad que permite al Poder Judicial conservar “la última palabra” con respecto a las discusiones constitucionales más importantes; *e*) la comprensión de que la vida política de la comunidad no se agota en las relaciones entre los órganos políticos —debate inter-poderes— sino que se extiende a las prácticas políticas extra-parlamentarias honrando así los

<sup>26</sup> Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogante”, documento preparado para CEPAL/Asdi (Serie Políticas Sociales, 153), Santiago de Chile, noviembre de 2009, p. 32.

principios de pluralidad e inclusión; f) la defensa de los derechos humanos no se limitaría a los derechos negativos sino también a los positivos, y la violación de los mismos no se daría sólo por “acciones”, sino también por “omisiones”, por ejemplo, al no asegurarles a los grupos menos aventajados la satisfacción de sus necesidades básicas.

Cada una de estas propuestas merecería una larga discusión. Gargarella está consciente que no todos los mecanismos de democracia directa hacen justicia al proceso deliberativo. Con razón se preguntaba Nino qué puede tener de deliberativo responder con un *sí* o un *no* en las papeletas. Por otra parte, ¿cómo deben procesarse las iniciativas o las consultas populares para garantizar su eficacia y legitimidad? Asimismo, es verdad que el sistema de frenos y contrapesos tiende a opacar al órgano mayoritario por excelencia, reforzando la participación de los órganos contramayoritarios, pero también es cierto que no pocos estudiosos preocupados por los problemas de gobernabilidad y estabilidad de nuestra región han propuesto alternativas más reformistas que han suavizado la actividad de tales órganos para hacer más efectivo el sistema frenos y contrapesos. Ese adelgazamiento responde a una mayor deferencia hacia el legislativo: más control parlamentario del Ejecutivo, más colaboración interparlamentaria entre las cámaras con una representatividad más plural, y un Poder Judicial, que es verdad, se encuentra en un proceso de aprendizaje tanto por lo que hace a la incorporación de la normatividad internacional de los derechos humanos en pie de igualdad con nuestras Constituciones, como por las demandas sociales que exigen sistemas de impartición de justicia más al alcance de las necesidades ciudadanas: control difuso, tutela, acciones colectivas, sistema penal acusatorio, etcétera.

Unas palabras sobre el Poder Judicial. Sigo pensando que la independencia de los jueces y el control judicial de constitucionalidad son una condición necesaria, no suficiente, para la existencia y consolidación de un Estado de derecho. Pero creo también, que lejos de un reforzamiento elitista y monológico de su

actividad, la justificación última de la misma tiene que ver con la protección y reforzamiento de la deliberación democrática. Los “jueces para la democracia” deben salvaguardar las condiciones *a priori* de posibilidad del discurso democrático, no sólo por lo que tiene que ver con sus condiciones formales sino también con sus precondiciones sustantivas: el principio de no discriminación para garantizar la paridad en el discurso, la protección de la autonomía personal en su ámbito privado que evite, como quería Nino, cualquier tipo de injerencia perfeccionista, y la salvaguarda de los mínimos necesarios para el ejercicio de la propia autonomía personal, sobre los que opera una consideración de “urgencia”,<sup>27</sup> que no puede quedar sujeta a criterios mayoritarios en detrimento posible de los grupos menos aventajados. Más allá de esas condiciones y de esos mínimos, y en un proceso gradual que evita la paradoja de las precondiciones, cabe y es deseable el experimentalismo judicial que exige una gran deferencia del Poder Judicial hacia el Poder Legislativo.<sup>28</sup>

Regreso a los párrafos iniciales de este apartado. Comparto el desencanto de Gargarella y la necesidad de hacerle un servicio mayor a la sala de máquinas de nuestras Constituciones, pero ¿en verdad nos encontramos en la antesala de un nuevo paradigma

<sup>27</sup> Véase *supra* capítulo sexto, nota 29.

<sup>28</sup> Véase *supra* capítulo sexto, nota 31. El caso *Vervitsky* (Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de mayo de 2005) es un buen ejemplo de actuación conjunta del Poder Judicial y la administración pública para “garantizar la eficiencia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados”. Con el fin de hacer valer el mandato constitucional (artículo 18, sobre las condiciones carcelarias) la Corte Suprema de Justicia ordenó al estado provincial de Buenos Aires que adecuara (orden de adecuación) la política carcelaria actual a los marcos constitucionales: al Poder Legislativo, que sancione una ley que tienda a reducir la cantidad de presos con prisión preventiva; al Poder Judicial provincial, que instrumentara las medidas necesarias para que los jueces se limitaran a aplicar la prisión preventiva exclusivamente en los casos en los que no fuera posible evitarla, y al Poder Ejecutivo, que implementara una mesa de diálogo con la demandante, en este caso una ONG de derechos humanos, y con aquellas organizaciones que presentaron *amicus curiae* para que juntos acuerden una política carcelaria que se acomode al mandato constitucional.

constitucional? Creo que me falta más imaginación para pensar en la construcción de un nuevo diseño constitucional. Mi excusa es que no soy constitucionalista, ni historiador de las Constituciones, pero como decía un filósofo del derecho español con quien Gargarella, Félix Ovejero y José Rubio Carracedo, mantuvieron una polémica muy enriquecedora, esa falta de imaginación es compartida por otros teóricos de la democracia deliberativa y del republicanismo con mayor empaque, me refiero a Habermas, Pettit y al propio Nino. Habermas en su libro *Facticidad y validez* “no toca ni una tilde de las instituciones alemanas tal y como están diseñadas hoy”; de igual manera Pettit en el capítulo sexto de su libro *Republicanismo*, “habla de instituciones tan viejas y venerables, como el *Rule of Law*, la bicameralidad o el federalismo, como si se tratara de territorios inexplorados o indiscutibles”, y Nino, sin duda más innovador, en el capítulo sexto de su libro *La constitución de la democracia deliberativa*, presenta más dudas y vacilaciones que novedades institucionales.<sup>29</sup> Es verdad que estos libros fueron escritos en los noventa y ha corrido mucha historia desde entonces, que por cierto no invita a ser nada optimista, y menos en nuestra región. Quizás, hoy por hoy, Gargarella tenga razón, y al cabo de 200 años se requiera un ajuste completo de motor a nuestra máquina constitucional.

<sup>29</sup> Véase Laporta, Francisco, “Los problemas de la democracia deliberativa”, *cit.*

## CAPÍTULO OCTAVO

### DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA GLOBAL

A lo largo de la década de los noventa, en el marco de los Estados democráticos, asistimos con gran optimismo a una expansión robusta de los derechos a escala mundial. La protección judicial de los mismos se hizo manifiesta a través de cortes o tribunales especiales como, por ejemplo, en la creación de los tribunales internacionales para Rwanda y la ex Yugoslavia, el caso Pinochet o la entrada en vigor del Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional. Este ánimo, de alguna forma complaciente con las bondades de la democracia liberal, era compartido, y justificado, por ilustres filósofos, entre ellos, Norberto Bobbio, John Rawls y Jürgen Habermas. Al optimismo de los noventa siguió lo que he llamado la “desilusión cosmopolita” y el debate con los defensores del pluralismo global. A la luz de tal debate, y a partir de la universalidad y transversalidad de los derechos humanos, creo que es posible defender una justicia global si aceptamos cuatro exigencias impostergables.

#### I. LOS “FELICES NOVENTA”

En su introducción al libro *El tercero ausente*, Bobbio sostiene enfáticamente que: “El porvenir de la paz se encuentra estrechamente vinculado al de la democracia” y ésta se fundamenta, entre otras condiciones, en el reconocimiento de algunas libertades cívicas y políticas “que impidan la instalación de un poder despótico”.<sup>1</sup> En este mismo libro, en el que se recogen textos como

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, trad. de Pepa Linares, Madrid, Cátedra, 1997, pp. 12 y ss. Primera edición en italiano, 1989.

“Los derechos humanos y la paz” y “La era de los derechos”, Bobbio amplía considerablemente el catálogo de derechos humanos más allá de los derechos de primera generación, hasta incluir los derechos de segunda y tercera generación. Estos dos últimos entendidos como una prolongación natural de las exigencias de los individuos. De esta manera, no sólo debe reconocerse el derecho a la vida y a la libertad sino *el derecho a tener el mínimo indispensable para vivir*, es decir, el derecho a “no morir de hambre”, así como el *derecho a un medio ambiente no degradado*. Para los primeros se requiere un deber negativo por parte del Estado; para los segundos, un deber positivo: una “política económica inspirada en principios de justicia distributiva”.<sup>2</sup>

La cuestión social ya no la visualiza Bobbio como un problema hacia el interior de cada Estado, sino como una cuestión de “dimensiones planetarias”, por lo tanto, un problema de justicia distributiva en un ámbito global. Todavía Bobbio da un paso más, en términos de una justicia diferenciada; vale decir, al proceso de positivización, generalización e internacionalización de los derechos humanos debe añadirse una nueva tendencia hacia la *especificación*: un reconocimiento, por ejemplo, de las diferencias concretas de la mujer respecto al hombre, de las distintas fases de la vida y de la situación especial de muchos seres humanos en razón de su enfermedad o incapacidad. A la luz de tal reconocimiento de los derechos humanos Bobbio no duda, con un talante genuinamente kantiano, en apostar por un progreso moral de la humanidad. Pese a las luces y a las sombras —más sombras que luces— de ese progreso, hay en Bobbio una voluntad irrenunciablemente ilustrada que me parece clara en el pasaje que paso a citar:

...desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual sobre los derechos humanos, cada vez más amplio y más intenso, tan amplio que ya abarca a todos los pueblos de la tierra, y tan intenso que se encuentra en el orden del día de las reunio-

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 132.

nes internacionales más autorizadas, puede interpretarse como un “signo premonitorio” (*signum prognosticum*) del progreso moral de la humanidad.<sup>3</sup>

Y tal progreso alcanzará un punto culminante cuando se hayan creado los instrumentos adecuados para la protección internacional de los derechos humanos “no ya dentro del Estado, sino también contra el Estado al que pertenece el individuo”; en otros términos, “sólo cuando se reconozca a cada individuo el derecho a recurrir a instancias superiores a las del Estado, precisamente a organismos internacionales dotados del poder suficiente para hacer respetar sus decisiones”.<sup>4</sup> No se trata sólo de una justicia internacional o intranacional, sino de lo que hoy día se ha denominado “justicia global” o “cosmopolita”: una justicia centrada no sólo en las relaciones entre Estados sino *en* los individuos como objeto de protección internacional.

En un ensayo de 1993, “Democracia y sistema internacional” —texto que servirá de prólogo a la segunda edición de *El futuro de la democracia*— Bobbio responde a una pregunta crucial después de la caída del muro y de la descomposición de la Unión Soviética: ¿es posible ser democráticos en un universo que no lo es? Bobbio cierra su ensayo respondiendo kantianamente que la paz perpetua es posible sólo entre Estados que tengan la misma forma de gobierno, es decir, la forma republicana o democrática, en la que las decisiones colectivas le corresponden al pueblo. Y es precisamente en el ámbito de este tipo de Estados donde es factible que se institucionalicen los derechos humanos. La paz en los derechos, y la conciencia progresiva de los mismos en el horizonte de una justicia global o cosmopolita, sólo es posible en y entre los Estados democráticos. A fin de cuentas, es un hecho, piensa Bobbio, que “el número de Estados democráticos ha au-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 131.

mentado y ya se ha iniciado el proceso para la democratización de la sociedad internacional”.<sup>5</sup>

También, a principios de los noventa John Rawls publicaba *Liberalismo político* y Jürgen Habermas *Entre facticidad y validez*. Como sostiene Cristina Lafont: “Ambos autores articulaban interesantes soluciones al problema de cómo compatibilizar las demandas de justicia y el respeto al pluralismo en las sociedades democráticas modernas: la idea de un consenso por solapamiento, en el caso de Rawls y el ideal de una democracia deliberativa en el caso de Habermas”.<sup>6</sup> En concreto, para Rawls, el consenso constitucional debe concebirse en un marco de mayor robustez con respecto a los derechos humanos. En *Liberalismo político*, y a diferencia de su *Teoría de la justicia*, Rawls explícitamente defiende un constitucionalismo democrático y social:

Debe haber, decía Rawls, una legislación fundamental que garantice la libertad de conciencia y la libertad de expresión del pensamiento en términos generales, y no sólo en cuanto al discurso político. También deben incluirse en la Constitución leyes que aseguren la libertad de asociación y la libertad de desplazamiento; además se necesitan medidas que aseguren la satisfacción de todas las necesidades básicas de los ciudadanos de manera que puedan participar en la vida política y social... por debajo de cierto nivel de bienestar material y social, y de adiestramiento y educación, las personas simplemente no pueden participar en la sociedad como ciudadanos, y mucho menos como ciudadanos en pie de igualdad.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Bobbio, Norberto, “Democracia y sistema internacional”, en Fernández Santillán, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 360.

<sup>6</sup> Lafont, Cristina, “Justicia global en una sociedad pluralista”, *Isonomía*, México, núm. 31, octubre de 2009, p. 108.

<sup>7</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 165. Primera edición en inglés, 1993.

Otro tanto vale decir de Habermas. De la interpretación del principio de soberanía popular “conforme al que todo poder del Estado procede del pueblo”, y en términos de una teoría del discurso, se siguen varios principios: una protección *comprehensiva* de los derechos individuales, que venga garantizada por una justicia independiente; los principios de legalidad y de control tanto judicial como parlamentario de la Administración; así como el principio de separación entre Estado y sociedad.<sup>8</sup> El imperio de la ley, para Habermas, está relacionado necesariamente con el diálogo deliberativo democrático y la justicia —o la injusticia que significa principalmente limitación de la libertad y violación de la dignidad humana— que forma parte de las condiciones de validez de la democracia.

A fin de cuentas, la misma Carta de la Naciones Unidas ¿no era acaso un claro ejemplo de la factibilidad del consenso sobrepuesto rawlsiano a nivel internacional? Y, de igual manera, ¿qué podría impedir extender el deliberacionismo habermasiano a escala mundial y ofrecer justificaciones sólidas a la ya irreversible expansión democrática? Cierro este primer apartado con el testimonio optimista de uno de nuestros grandes poetas, Octavio Paz, tomado de una de sus obras tardías:

Aunque se asiste hoy [1993] en muchas partes a la resurrección de los particularismos nacionales y aun tribales, es claro que, por primera vez en la historia de nuestra especie, vivimos los comienzos de una sociedad mundial. La civilización de Occidente se ha extendido al planeta entero. En América arrasó a las culturas nativas, nosotros, los americanos, somos una dimensión excéntrica de Occidente. Somos su prolongación y su réplica. Lo mismo puede decirse de otros pueblos de Oceanía y África. Esto que digo no implica ignorancia o menosprecio de las sociedades nativas y sus creaciones; no enuncio un juicio de valor; doy constancia de un hecho histórico. Predicar la vuelta a las culturas africanas o el

<sup>8</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 238. Primera edición en alemán, 1992.

regreso a Tenochtitlán o al Inca es una aberración sentimental —respetable pero errónea— o un acto de cínica demagogia.<sup>9</sup>

## II. LA DESILUSIÓN COSMOPOLITA

El entusiasmo de los noventa no duró mucho. Desde fines de los noventa, el proceso de globalización comenzó a presentar sus fisuras inherentes. Tuvimos que ser testigos del desplome de las torres gemelas en 2001 y del colapso del sistema financiero a partir de 2008 para caer en la cuenta de la crisis de un sistema global que pretendió erigirse sobre la unilateralidad de una potencia mundial hegemónica y de una democracia y un sistema de mercado sin límites, ni controles institucionales. Todo ello dio al traste con la tan anunciada justicia cosmopolita y la democracia a nivel planetario.

Después de 2001, y emblemáticamente con el Acta Patriótica de Estados Unidos, asistimos a un reposicionamiento de actitudes y decisiones ultraconservadoras. Como un botón de muestra de estas posiciones, considérese algunos testimonios en relación con el tema de la tortura:

No podemos saber si un preso es un terrorista operacional mientras no nos dé informaciones... No pienso en tortura mortal. Pienso, por ejemplo, en una aguja esterilizada que se introduce debajo de la uñas. Claro, eso no sería conforme a los convenios de Ginebra. Pero ustedes saben que en todo el planeta hay países que violan los tratados de Ginebra. Lo hacen en secreto, como lo hicieron los franceses en Argelia. (Palabras de Alan M. Dershowitz, jurista de la Universidad de Harvard, pronunciadas el 4 de marzo de 2003, en un programa de CNN).<sup>10</sup>

Revisé la lista de técnicas de interrogación y había dos que pensé que iban demasiado lejos, aun en el caso de que fueran

<sup>9</sup> Paz, Octavio, *La llama doble. Amor y erotismo*, Seix Barral, 1993, p. 134.

<sup>10</sup> Mergier, Anne Marie, “Ideología de la tortura”, *Proceso*, México, 23 de mayo de 2004, pp. 56-58.

legales. Pedí a la CIA que no las usaran. La otra técnica era el *waterboarding* (submarino), un proceso que simula el ahogamiento del interrogado. No me cabe duda que el procedimiento era muy duro, pero los médicos expertos le aseguraron a la CIA que la técnica no provocaba daños permanentes. (Palabras de George W. Bush, de su libro *Decision Points*).<sup>11</sup>

Ronald Dworkin ha puesto en evidencia cómo el miedo y el terror, así como un patriotismo desbordante, son malos consejeros con respecto a los frenos institucionales que requiere una sociedad liberal y democrática para evitar “autoeliminarse”, es decir, para no destruir sus instituciones basadas en principios o convicciones normativas: “De esta manera —dice Dworkin— nuestro país, hoy día, encarcela a un amplio número de personas, secretamente, no por lo que han hecho, ni por una evidencia caso por caso que permita suponer que es peligroso dejarlos en libertad, sino porque caen en una vaga definición de clase...”. El caso de los tribunales militares establecidos para procesar a los acusados de terrorismo es un claro ejemplo de abuso de poder. Los tribunales son secretos, se rigen por las reglas que establece el sectarismo de la Defensa y pueden condenar a la pena de muerte a un inculpado por simple mayoría de los jueces que lo procesan. Y con una amonestación genuina a sus conciudadanos, continúa Dworkin: “Este es el tipo de proceso que asociamos con la ilegalidad de las dictaduras totalitarias. Si cualquier norteamericano fuera juzgado por un gobierno extranjero de esa manera, aun por una falta menor, no digamos un crimen capital, denunciaríamos a ese gobierno como un gobierno criminal”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Maciel, Alejandro, “La guerra según Bush”, *Proceso*, México, núm. 1777, 20 de noviembre de 2010, p. 40.

<sup>12</sup> Véase Dworkin, Ronald, “The Threat to Patriotism”, *The New York Review of Books*, 16 de febrero de 2002. Abu Ghraib y las revelaciones sobre Guantánamo, campos de internamiento de presos sospechosos de terrorismo, son dos casos claros de los límites a los que puede llegar la crueldad institucional minando las condiciones que hacen posible la supervivencia de un Estado

Pienso que la crítica de Dworkin está más que justificada, pero lo cierto, como decía, es que a partir de 2001 asistimos a un paulatino reposicionamiento del particularismo a nivel global: el cosmopolitismo cede al pluralismo global. Ya desde los años ochenta autores como Michael Walzer habían argumentado en favor del Estado-nación westfaliano. Para Walzer no se debe olvidar que la comunidad global es ante todo: “...una comunidad de naciones, no una comunidad de humanidad, y que los derechos que se reconocen en su seno han sido mínimos y fundamentalmente negativos, y diseñados para proteger la integridad de las naciones, así como para regular su comercio y transacciones militares”.<sup>13</sup>

La posición de Walzer resulta del todo coherente con su concepción particularista de la justicia, histórica y cultural, desarrollada en *Las esferas de la justicia*: a bienes sociales distintos corresponden modos de distribución diferentes. No existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales.<sup>14</sup> El pluralismo adquiere carta de ciudadanía también en el entorno mundial, algo que por lo demás no resulta sorprendente. Pero precisamente ahí donde hubiéramos esperado una respuesta positiva y fundamentada sobre la prioridad de la justicia sobre el pluralismo de las concepciones del bien en dos de sus defensores más destacados, la respuesta de Rawls en su *Derecho de gentes* y de Habermas en sucesivos ensayos, desde el seminal “La constitución posnacional y el futuro de la democracia” de 1998, hasta los más recientes, ha sido francamente decepcionante.

democrático constitucional, por ejemplo, el garantismo judicial y el derecho internacional con respecto a la Convención de Ginebra.

<sup>13</sup> Walzer, Michael, “«The Moral Standing of States», a Response to Four Critics”, en Pogge, Thomas y Horton, Keith (eds.), *Global Ethics: Seminal Essays, Global Responsibilities*, St. Paul MN, Paragon House, 2008, vol. II, p. 67.

<sup>14</sup> Véase Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, cap. I. Primera edición en inglés, 1983.

La concepción de Rawls sobre el consenso sobrepuesto en el contexto internacional limita severamente las aspiraciones de justicia. Según Rawls, los derechos constitucionales de las democracias liberales expresan “aspiraciones liberales” que, en cuanto tales, sería ilegítimo imponer en otras sociedades una vez reconocido el hecho del pluralismo global: los estándares de derechos humanos internacionales deben ser distintos y mucho menos exigentes que los estándares de derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos liberales. No se trata de defender ahora, sólo, un minimalismo de la justificación, lo que permitió, como dije, un consenso sobre los derechos consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, sino también un minimalismo sustantivo, es decir, un adelgazamiento en los contenidos y en el alcance de los derechos reconocidos en la misma Carta. Rawls excluye por ejemplo, el derecho a la igualdad plena y no discriminación por razones de sexo, raza o religión (artículos 1o. y 2o.), pero también, y para colmo, rebaja la densidad sustantiva a derechos de primera generación: libertad de expresión y asociación (artículos 19 y 20), así como derechos políticos de participación democrática (artículo 21). Todo ello con el propósito de hacer viable el diálogo entre las sociedades que él llama, *decentes liberales*, y las sociedades, *decentes jerarquizadas*.<sup>15</sup> La propuesta de Rawls, deflacionaria de los derechos humanos, se inscribe así en un contexto político, no en un contexto ideal o normativo. Esta conclusión rawlsiana es acompañada y justificada, desde cierto escepticismo hobbesiano a nivel mundial, por otro paladín del liberalismo, Thomas Nagel: “Si Hobbes tiene razón, el ideal de una justicia global sin un gobierno mundial es una quimera... el camino de la anarquía a la justicia debe pasar por la injusticia”.<sup>16</sup>

Por lo que hace a Habermas, las cuestiones económicas deben desconectarse de las obligaciones de justicia de la comunidad

<sup>15</sup> Véase Rawls, John, *El derecho de gentes*, trad. de Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, segunda parte. Primera edición en inglés, 1999.

<sup>16</sup> Nagel, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs* 33, núm. 2, 2005, pp. 115 y 147.

internacional e interpretarse como aspiraciones políticas que, en cuanto tales, reflejan diferentes orientaciones valorativas y, por tanto, su realización debe depender de los compromisos negociados entre los valores e intereses encontrados de los diferentes poderes transnacionales.<sup>17</sup>

De ahí su propuesta de un “sistema multinivel” con diferentes unidades políticas en el plano *supranacional*, *transnacional* y *nacional*.<sup>18</sup> Dado que las cuestiones de distribución equitativa no corresponden a la organización mundial en el nivel supranacional, sino transnacional, que suponen objetivos políticos relacionados con la economía y que son objeto de “compromisos negociados”, entonces la función de protección de los derechos humanos a nivel supranacional debe limitarse al mínimo necesario; vale decir, única y exclusivamente al deber negativo de prevenir violaciones masivas de derechos humanos debidas a conflictos armados, tales como la limpieza étnica o el genocidio. En el nivel de la política interior global no hay estrictamente hablando obligaciones de justicia, sino “metas políticas a las que aspirar”. Así, por ejemplo, la erradicación de la pobreza extrema podría ser una de esas metas, como podría no serlo.

Tanto en Rawls como en Habermas, sea por las condiciones que harían viable un diálogo intercultural, o bien, por la mayor eficacia de las decisiones redistributivas a partir de compromisos negociados, lo cierto es que son las razones políticas y no las morales, las que deben prevalecer en el discurso de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. En ambos también, no sólo se considera a los derechos sociales como metas políticas aspiracionales, imposibles de generar obligaciones correlativas, sino que aún los mismos derechos civiles y políticos deben minimizarse sustantivamente al punto de dejar en una clara indefensión a individuos y minorías, frente a la dominación de los grupos comunitarios poderosos o simplemente mayoritarios.

<sup>17</sup> Véase Lafont, Cristina, *op. cit.*, p. 111.

<sup>18</sup> Véase Habermas, Jürgen, “¿Una constitución política para una sociedad mundial pluralista?”, trad. de Francisco Javier Gil Martín, en *Entre naturalismo y religión*, *cit.*, pp. 325 y ss.

Pero aún en los defensores del cosmopolitismo contemporáneo, como Thomas Pogge,<sup>19</sup> su propuesta resulta en algunos puntos, cuestionable. Este autor construye su concepción de la justicia global a partir de la tesis de la responsabilidad causal. En palabras de Marisa Iglesias:

...en la medida en que la interacción colectiva tiene efectos globales y acaba dañando a seres humanos, aquellos que intervienen y se benefician de esta interacción lesiva adquieren la responsabilidad, por una parte, de compensar los daños y, por otra parte, de realizar las acciones necesarias para que no vuelvan a producirse en el futuro.<sup>20</sup>

La justicia social tiene su núcleo en el postulado de no dañar a otros indebidamente, y también en la idea de que la pobreza extrema es, ante todo, el producto de las políticas económicas que provienen de las sociedades acomodadas y del funcionamiento del orden institucional global que éstas han originado. La propuesta de Pogge es cuestionable por insuficiente. Y lo es, porque sin negar la responsabilidad causal de muchos agentes individuales, es un hecho que ante la complejidad de las cadenas causales y la dificultad para determinar en muchos casos a los agentes directamente involucrados, se puede tender fácilmente a diluir la responsabilidad y a excusarnos con el resultado, por ejemplo, de dejar a las víctimas de la pobreza a su propia suerte.<sup>21</sup> El tema que queda abierto, como se puede apreciar, es el de la exigibilidad a cada uno de los individuos del planeta de deberes positivos generales, además de los deberes especiales propios de los Estados.

<sup>19</sup> Véase Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, trad. de Ernst Weikert García, Barcelona, Paidós, 2005, cap. 4.

<sup>20</sup> Iglesias, Marisa, “Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (eds.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Colombia, Universidad de Externado, 2007, p. 231.

<sup>21</sup> Véase *ibidem*, pp. 133 y ss.

Por otra parte, la propuesta de Pogge, a fuerza de insistir en la responsabilidad de los agentes externos, minimiza los efectos causales de las propias políticas internas de los mismos países subdesarrollados, por ejemplo, en términos de corrupción y violencia locales —tal como han señalado insistentemente autores como Amartya Sen— provocando como resultado la peligrosa tendencia a buscar la fuente de los daños globales lejos de nosotros. Es verdad que no se puede negar la responsabilidad histórica de países como Francia y Estados Unidos, por ejemplo, en la dramática situación de Haití, pero sería una grave miopía minimizar la responsabilidad local de dictaduras sanguinarias como las de los Duvalier y la propia corrupción generalizada de los gobiernos sucesivos.

### III. ¿ES POSIBLE UNA JUSTICIA GLOBAL?

Es en este contexto de una sociedad mundial pluralista, fuertemente anclada en un relativismo cultural, donde cabe preguntarse si aún tiene sentido la defensa de una justicia global o cosmopolita. En otros términos, si la vieja idea kantiana de una paz perpetua puede seguir siendo un ideal o debe descartarse como ingenuamente utópica. Permítanme intentar responder a este desafío del pluralismo global al proyecto cosmopolita de los derechos humanos desde un discurso enmarcado en la modernidad o, si se prefiere, desde un enfoque neoilustrado si bien, como no podría ser de otra forma, irremediablemente instalado en el desencanto de las promesas no cumplidas.

La idea que subyace a mi interés de defender la posibilidad de una justicia global es que sólo a partir de ella será posible incidir en los Estados y en las comunidades internacionales con una visión progresista y eficazmente liberadora de las condiciones de pobreza, marginación y humillación a las que se encuentra sometida buena parte de la población mundial. No sólo el Estado-nación se ha mostrado impotente ante estas calamidades, que rebasan con mucho sus fronteras nacionales, sino que hemos

sido testigos también de que cualquier defensa del pluralismo a ultranza ha devenido en políticas conservadoras y endogámicas, en muchos casos, sujetas a la arbitrariedad de los caudillos regionales en turno.

Creo que lo que debemos comenzar por reconocer, como ya lo expresaba Ronald Dworkin, es que las democracias constitucionales y los sistemas de mercado, si no son muy cautelosos a través de limitaciones debidamente normadas a nivel estatal e internacional, tienen una propensión natural al suicidio.<sup>22</sup>

Con respecto a la democracia bastaría con tener presente el llamado peligro de la “obesidad mayoritaria”.<sup>23</sup> Si es cierto que en política como en economía el actor racional es aquel que aspira a maximizar sus beneficios y reducir sus costos, y si es cierto que una de las formas más eficaces de lograrlo es procurando que los demás hagan lo que uno quiere, no cuesta mucho inferir que quien detenta el poder procurará aumentarlo imponiendo aquellos comportamientos que lo benefician aun cuando esto suponga lesionar la autonomía de los individuos. Este aumento de poder no tiene que ser contradictorio con las reglas del procedimiento democrático; bastaría pensar en la posibilidad de coaliciones mayoritarias que terminen ejerciendo un poder despótico sobre las minorías, lo que Kelsen llamó “el dominio de las mayorías”. La democracia procedimental se presentaría entonces como una fuente legitimadora de las tiranías individuales o de las tiranías mayoritarias; es decir, de la propia destrucción de la democracia. Por eso resulta muy pobre el discurso de los defensores a ultranza de las democracias electorales, como si el tránsito a una auténtica democracia dependiera de tales procedimientos sin un cuestionamiento a fondo del desarrollo humano, de los derechos —no sólo civiles y políticos sino también sociales— y de una “subyacente perspectiva universalista del ser humano como un agente”, es decir:

<sup>22</sup> Véase *supra* capítulo 6, nota 42.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 32 y ss.

...alguien que está normalmente dotado de razón práctica y de autonomía suficiente para decidir qué tipo de vida quiere vivir, que tiene capacidad cognoscitiva para detectar razonablemente las opciones que se encuentran a su disposición y que se siente — y es interpretado/a por los demás como — responsable por los cursos de acción que elige.<sup>24</sup>

Dígase otro tanto del mercado. Desde las primeras clases de economía el estudiante aprende la teoría de la mano invisible y los resultados que produce cuando se dan ciertas condiciones idealizadas: que todo lo que importa en la vida proceda del consumo privado de bienes, que la información sea perfecta, los bienes infinitamente divisibles y los agentes económicos perfectamente racionales. Por supuesto, estas condiciones nunca se dan en los mercados reales: ahí las transacciones no son nunca iguales a cero, la información es asimétrica, y se generan externalidades negativas con respecto a terceros que no participan en la transacción, por ejemplo, el caso de los *free riders* o gorriones, la contaminación, etcétera. El problema no reside tanto en el contraste entre estos dos mundos, que el buen economista reconoce y con los que aprende a lidiar desde el principio de su formación. El problema reside en seguir considerando a la institución del mercado como algo bueno *per se*; algo que por su propio dinamismo en la medida en que se minimicen los factores de distorsión producirá las bondades requeridas por cualquier sociedad medianamente decente. Este es el optimismo delirante del economista clásico, que se encuentra a medio camino entre la ingenuidad y la franca insensatez. Si, además, como afirman algunos economistas libertarios como Friederich Hayek, el mercado es condición necesaria de la democracia y se acepta también esta tendencia del mercado a su concentración, entonces el escenario se nos vuelve doblemente enfermizo.<sup>25</sup>

Pero lo cierto es que el mercado no debe ser concebido como un enemigo de las normas, ni de la justicia: “La regulación de los

<sup>24</sup> Véase O'Donnell, Guillermo *et al.* (comps.), *op. cit.*, p. 33.

<sup>25</sup> Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, pp. 63 y ss.

mercados —ese objetivo tan propio de la tradición socialdemócrata—, como ha dicho el filósofo político español Daniel Innerarity, no es una estrategia para anularlos, sino para hacerlos reales y efectivos, es decir, para ponerlos al servicio del bien público y la lucha contra las desigualdades”. Tomo este párrafo de una editorial publicada en el periódico español *El País*, que lleva un título sugestivo. “El mercado, un invento de la izquierda”.<sup>26</sup>

Si lo que he dicho es correcto el derecho, entonces, no debe concebirse sólo como un instrumento para lograr objetivos o directrices sociales, políticas o económicas, sino que al incorporar valores morales, críticamente fundados —los derechos humanos—, adquiere una dimensión radicalmente crítica y sustantiva. Es en este sentido que puede decirse, con razón, que toda Constitución que se integre a partir de un *Bill of Rights* es, por vocación, contramayoritaria y refractaria a negociar los derechos bajo criterios utilitaristas de bienestar general. A este respecto cito un texto ilustrativo de Ferrajoli:

Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular... El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente, frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.<sup>27</sup>

Si una Constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, a través de sus representantes, y los dere-

<sup>26</sup> Innerarity, Daniel, “El mercado, un invento de la izquierda”, *El País*, España, 22 de abril de 2011.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina*, México, Siglo XXI, p. 203.

chos se deben garantizar incluso frente a la voluntad popular, es porque tales derechos encarnan principios morales cuyo imperativo de justicia tiene una dimensión sustantiva que trasciende los acuerdos mayoritarios, y a la propia soberanía de los Estados. El texto citado de Ferrajoli, precisamente, le sirve para justificar un cuarto modelo, diferente al derecho jurisprudencial, al legislativo y al constitucional de derecho: “el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional”.

De lo que se trata es de hacer viable un “constitucionalismo global”, que, siguiendo a David Held podría justificarse en los siguientes principios: igual valor y dignidad de los seres humanos bajo una concepción “individualista igualitaria”; participación activa entendida como capacidad de los seres humanos para “razonar auto-conscientemente, ser auto-reflexivo y con determinación propia”; responsabilidad personal y pública (*accountability*); consentimiento, que exige un proceso político no coercitivo por medio del cual “los individuos puedan llevar a cabo sus interconexiones e interdependencias públicas”; toma de decisiones colectiva mediante procedimientos democráticos en lo referente a los asuntos públicos; inclusividad y subsidiariedad por los cuales aquellos que se vean afectados significativamente por las decisiones públicas “deberían, *ceteris paribus*, tener igualdad de oportunidades directa o indirectamente por medio de sus representantes elegidos, para ejercer cierta influencia sobre los mismos”; evitar los daños graves y mejora de las necesidades más apremiantes; sostenibilidad, por el cual todo desarrollo económico y social debe procurar la buena administración de los recursos básicos —irreemplazables e insustituibles— del mundo.<sup>28</sup> Si aún es posible construir un consenso sobrepuesto entre los individuos y los pueblos, y si aún es viable la posibilidad de una democracia deliberativa a nivel mundial creo que estos son los principios que subyacen a los mismos.

<sup>28</sup> Held, David, “Los principios del orden cosmopolita”, *Law and Justice in a Global Society*, IVR, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 2005, pp. 127 y ss.

#### IV. CUATRO EXIGENCIAS IMPOSTERGABLES

Dicho lo anterior, pienso que un enfoque integral del derecho que permita dar cuenta de la justicia global o cosmopolita, debe comprender las siguientes cuatro exigencias:

- 1) *No puede claudicarse de la idea de un constitucionalismo democrático y social como forma de organización estatal, a buena hora reforzado con la incorporación de la normatividad internacional sobre los derechos humanos en pie de igualdad con las Constituciones estatales.*

Para quienes aceptan esta premisa, y tal es el caso de México con la reforma constitucional de junio de 2011, y su reinterpretación de la “regla de reconocimiento” en términos de jerarquía de fuentes, la concepción de justicia que subyace a la misma es la de una justicia global a partir de una concepción robusta de los derechos humanos. Reformas como las implementadas en México y que vienen operándose en América latina desde fines de los ochenta, se alejan de la concepción westfaliana, particularista e instrumental de los derechos humanos enmarcada en una visión hermética de la soberanía nacional. Una vez más, en el artículo 1o. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se establece el llamado *bloque de constitucionalidad* y se hacen explícitos los principios de *interpretación conforme* y *pro persona*. Asimismo, todas las autoridades deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, individualidad y progresividad.

Sin duda, se trata de una reforma de gran calado. Sin embargo, entre los juristas, no ha sido ni es nada fácil desprenderse del modelo del positivismo formalista decimonónico y comprender que en esta reforma los derechos sociales son tan judicializables como los derechos civiles y políticos. No nos debe extrañar que pese al enfoque progresista y, como decía, cosmopolita, de la reforma, en su artículo 29, no se haga referencia a ningún derecho social.

Tal artículo incorpora un listado de derechos que por ningún motivo podrán restringirse ni suspenderse en su ejercicio. Una suerte de cláusulas pétreas. Dice así:

...No podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Como puede apreciarse, en el artículo se habla de los derechos personalísimos, de los civiles y políticos, de las garantías legales y judiciales, pero ¿por qué razón no aparecen en el listado de manera expresa, y no indirectamente a través del derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 1o., algunos derechos sociales —salud, educación, seguridad social, alimentación— en términos de la salvaguarda de un mínimo al que toda persona debería tener acceso?

- 2) *La defensa no sólo de una justicia internacional, sino global, sólo es posible si se entiende que las culturas importan y valen si les importan y son valiosas para los individuos que forman parte de las mismas.*

Más aún, la mejor defensa de la diversidad cultural en un entorno mundial, no es la defensa normativa del multiculturalismo sino la superación del relativismo cultural en el reconocimiento de las diferencias en el marco de un universalismo de los derechos fundamentales, y la afirmación del individuo en tanto agente moral y racional:

La igualdad... —afirma Ferrajoli— consiste en el igual derecho a las propias diferencias —religiosas, políticas, ideológicas, nacionales y, por tanto, culturales— que hacen de cada persona un individuo distinto de los demás, y de cada individuo una persona como los demás. Se entiende, de este modo, de qué manera el constitucionalismo y el universalismo de los derechos fundamentales, ante todo los de la libertad, son la única garantía del pluralismo cultural, es decir, de la convivencia y del recíproco respeto entre las diversas culturales.<sup>29</sup>

No se trata de negar la igualdad, sino reconocer que el trato igual de cada uno de los miembros de la comunidad en el reconocimiento de su autonomía personal precede al trato igual de la pluralidad de culturas en la unidad: los individuos son más valiosos que los grupos a los que pertenecen. Más aún, los grupos valen sólo por y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten, y no tienen ningún valor intrínseco que permita idealizarlas o hasta absolutizarlas, como parece desprenderse de la siguiente afirmación de Bonfil Batalla: “La única civilización, las únicas culturas auténticas, son las que encarnan los pueblos indios”.<sup>30</sup> Más allá del romanticismo que inspira esta frase, toda cultura puede y debe ser modificada o abandonada si deja de valer para los individuos.

Los derechos comunitarios no deben adscribirse a grupos o a la cultura de las minorías “como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco”, sino que si entran en contradicción con los derechos liberales deben ceder como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi, *Fundamento de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 370.

<sup>30</sup> Bonfil Batalla, Guillermo, Introducción a la recopilación de documentos *Utopía y revolución en el pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina*, citado por Garzón Valdés, Ernesto, “El problema ético de las minorías étnicas”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 537.

e irrepetible. Por ello coincido con Rodolfo Stavenhagen cuando afirma que: “...los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueven a su vez los derechos individuales de sus miembros”. A este respecto, el testimonio de la indígena oaxaqueña Eufrosina Cruz es elocuente:

En México —dice Eufrosina Cruz— si eres indígena, mujer y pobre estás fregada... 428 municipios de Oaxaca todavía se rigen por usos y costumbres, y en casi 100 las mujeres no tienen derecho a participar en los procesos democráticos, pero podemos cambiarlo. Los usos y costumbres son la lengua, la vestimenta... No la violación del desarrollo.<sup>31</sup>

- 3) *Un sentido de la justicia comprometido con una igualdad cosmopolita, no sólo es exigible por vía de responsabilidad causal, sino a través de deberes positivos generales.*

Desde un punto de vista normativo, el principio de los deberes positivos generales —es decir, los que corresponden a los individuos en general— establece que “todo individuo está moralmente obligado a una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa”.<sup>32</sup>

Si aceptamos que los deberes éticos son instrumentos para la protección de bienes que se consideran valiosos, la justificación de los deberes positivos generales es la misma que la de los negativos, a saber, la protección de los bienes primarios de los seres humanos. Desde el punto de vista de las relaciones entre Estados,

<sup>31</sup> Entrevista a Eufrosina Cruz por Paula Chouza, *El País*, 14 de mayo de 2013.

<sup>32</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, en *op. cit.*, p. 339

éstos deben intervenir en la equitativa distribución de los recursos. De esta manera se busca proteger y desarrollar la autonomía de los individuos y contribuir a la igualdad de oportunidades entendida no sólo como igualdad de acceso bajo reglas procesales imparciales sino sobre todo como igualdad de oportunidades sustantiva, es decir, en el punto de partida. Esto es correcto, pero la sola participación interestatal es insuficiente. No sólo se trata de deberes positivos especiales, sino de deberes positivos generales, en donde la responsabilidad debe recaer sobre los propios individuos, especialmente si el sacrificio que se les impone es trivial. No deja de sorprender en este sentido el testimonio de uno de los hombres más ricos del mundo:

Nuestros líderes han pedido que el sacrificio sea compartido. Pero cuando lo han pedido no han dejado de lado. He hablado con amigos míos, muy ricos, y aunque se esperaba cierto dolor, al final no se les ha tocado... Los mega ricos continuamos obteniendo extraordinarias ventajas fiscales... El año pasado, los impuestos que tuve que pagar fueron... solo el 17.4% de mis ingresos. Si haces dinero con el dinero, como hacen mis amigos súper ricos, el porcentaje será incluso más pequeño que el mío. Pero si lo ganas trabajando, el porcentaje seguro que lo excede, y además por bastante... He trabajado con inversores durante 60 años y aún no he visto a ninguno, ni siquiera cuando la tasa era 39.9% en 1976-77, que se echara atrás y no invirtiera por el impuesto... Y para aquellos que argumentan que impuestos más altos dañarían la creación de empleo, debería decirles que se crearon de forma neta 40 millones de empleos entre 1980 y 2000. Desde entonces no ha habido más que recortes en los impuestos y una menor creación de fuentes de trabajo.<sup>33</sup>

No creo mal interpretar a Buffet, ni pecar de ingenuo, si pienso que su sacrificio no tiene nada que ver con labores de caridad, sino de deberes positivos generales, propios de los indi-

<sup>33</sup> Buffet, Warren, *New York Times*, 14 de agosto de 2011, citado por Woldenberg, José, "Impuestos", *Reforma*, México, 1o. de septiembre de 2011.

viduos. Tampoco, por cierto, me parece que una tasa impositiva progresiva vaya a mermar su plan de vida acomodado. Puede haber algo de patriótico en su decisión, pero también existe el reconocimiento de que su país ofrece seguridad para sus inversiones, transparencia, sometimiento a las reglas y *accountability* por parte de las autoridades. Sin duda, todos ellos son bienes públicos en los que vale la pena invertir, porque finalmente más temprano que tarde redundará en un beneficio proporcional para todos los individuos. En este contexto el argumento de la soberanía nacional para excusar el pillaje de las autoridades locales no tiene justificación alguna. Y si esto vale para el plano doméstico con más razón para el ámbito mundial. No se trata de diluir responsabilidades en una serie causal infinita. Cuando se ventilan los atropellos, ilícitos, fraudes a escala mundial, las responsabilidades tienen nombre y apellido. El problema finalmente se reduce a una cuestión de voluntad política.

- 4) *Resulta insuficiente, y hasta perversa, una justificación minimalista de los derechos humanos en el ámbito de la justicia global. Lo que se requiere, más bien, es una justificación maximalista, para todos y cada uno de los derechos civiles, políticos y sociales.*

Para que ello sea posible se requiere de una comprensión estructural de los derechos humanos. Como ya se explicó en el capítulo quinto, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los llamados derechos civiles y políticos. En otros términos, no existe una tensión entre libertad e igualdad si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes pero complementarias. La libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos, ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa. La satisfacción de necesidades básicas en

términos de un acceso igual a los recursos y el cumplimiento de los mínimos urgentes, impostergables en su cumplimiento, son condiciones necesarias para la realización de la autonomía de las personas. En palabras de Nino: sólo es posible realizar la *autonomía de ejercicio* si previamente se han puesto las condiciones para la *autonomía de formación*:

Esta concepción (la autonomía de formación o de creación) no es otra que la vieja noción de *auto-realización*, que se relaciona con la alusión que hace Krankfurt al florecimiento... En el centro de esta concepción del bien personal está la idea de capacidades rescatada por Amartya Sen. El individuo se autorrealiza en la medida que actualiza en forma plena y equilibrada sus diversas capacidades... Esta articulación todavía bastante impresionista del valor de la autonomía en el marco de una concepción más amplia del bien personal sugiere que, efectivamente, debemos igualar a los individuos en la dimensión de sus capacidades, lo que implica satisfacer ciertas necesidades básicas.<sup>34</sup>

Lo que debe comprenderse es que con respecto a esos mínimos vitales opera una consideración de necesidad y urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción, y así evitar un daño grave a la persona. Y por supuesto, esos mínimos, en términos de necesidades básicas o bienes primarios, son tan urgentes como la salvaguarda de cualquier derecho personalísimo, y exigibles, no sólo en un espacio cultural determinado, sino universal, globalmente. Tan “universal o global” como lo demanda la propia satisfacción de las necesidades básicas de cualquier ser humano.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Nino, Carlos S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990, p. 22.

<sup>35</sup> Véase Alegre, Marcelo, *Igualdad, derecho y política*, *supra*, capítulo sexto, nota 29.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- ALEGRE, Marcelo, “Protestas sociales: ¿violación o reivindicación del derecho?”, en GARGARELLA, Roberto (ed.), *El derecho a resistir el derecho*, 2005.
- , *Igualdad, derecho y política*, México, Fontamara, 2010
- ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-UAM-Fontamara, 2005.
- ARANGO, Rodolfo, *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Ceso, 2007.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de María Luisa Alía Alberca, Madrid, Alianza, 2008.
- ATIENZA, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, México, núm. 8, 1998.
- , “El derecho como argumentación”, *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-UAM-Fontamara, 2004.
- , “Sobre el concepto de dignidad humana”, en CASADO, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre la Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2009.
- , *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BLANCARTE, Roberto, “Laicidad: la construcción de un concepto universal”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, 2007.

- Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014,
- BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en BETEGÓN, Jerónimo *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, 2004,
- BERGMAN, Marcelo y ROSENKRANTZ, Carlos, *Confianza y derecho en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica-Centro de Investigación y Docencia Económica, 2009.
- BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.
- BETEGÓN, Jerónimo *et al.*, *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Sociales, 2004.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch, The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BOBBIO, Norberto, “Democracia y sistema internacional”, en FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- , *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.
- BOVERO, Michelangelo, “Laicidad y democracia. Consideraciones sobre pensamiento laico y política laica”, *Nexos*, México, julio de 2002.
- BROCK, Dan, *Life and Death Decisions in Health Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- CAMPBELL, Tom, “Los derechos del menor en tanto que persona, niño, joven y futuro adulto”, en FANLO, Isabel, *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990.
- , *Democracia sin ciudadanos, La construcción de ciudadanía en las democracias liberales*, Madrid, Trotta, 2010.
- CAPDEVILLE, Pauline, “Libertad, igualdad, laicidad: las objeciones de conciencia”, en SALAZAR, Pedro y CAPDEVILLE, Pauline, *Laicidad*, México, UNAM-IFE-Miguel Ángel Porrúa, 2013.

- CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- CARBONELL, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- CARPIZO, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- CASADO, María, *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la declaración Universal sobre la Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2009.
- Centro de Estudios Espinosa Yglesias, *Informe de movilidad social en México*, 2013.
- CHARLESWORTH, Max, *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, 1996.
- CHOUZA, Paula, “Entrevista a Eufrosina Cruz”, *El País*, 14 de mayo de 2013.
- COSSÍO, José Ramón, “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, *Letras Libres*, México, núm. 112, 2008.
- COURTIS, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- \_\_\_\_\_, “La legitimidad del poder judicial ante la ciudadanía”, *Nexos*, núm. 329, 2005.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.
- \_\_\_\_\_, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- \_\_\_\_\_, y ORTIZ MILLÁN, Gustavo, *Lenguaje, mente y moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2014.

- y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2010.
- DAHRENDORF, Ralf, *Life Chances: Approaches to Social and Political Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1979.
- DONCELL, Joseph, “Un punto de vista católico liberal”, en Margarita M. Valdés, *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1996.
- , “The Threat to Patriotism”, *The New York Review of Books*, 2002.
- , “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía*, México, núm. 32, 2010.
- , “La decisión que amenaza la democracia”, *Isonomía*, México, núm. 35, 2011.
- , “¿Puede un Estado liberal subvencionar las artes?”, en *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2012.
- ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- FANLO, Isabel, *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- FARRELL, Martín, *La ética del aborto y de la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- , *Fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , “Pasado y futuro del estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel et al. (coords.), *Estado de derecho. Fundamentos y legitimación en América Latina*, México, Siglo XXI, 2002.
- , “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Debates*

- constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2010.
- , *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- , *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011.
- *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FISS, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge-London, Harvard University Press, 1996.
- FLORESCANO, Enrique y COSSÍO, José Ramón, *Hacia una nación de ciudadanos*, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2014.
- FORZI, Flavia, “Derecho a la alimentación”, en ANSOLABEHERE, Karina y FLORES, Marcello, *Diccionario básico de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Universidad de Turín, 2009.
- GALSTON, William, *Liberal Purposes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la declaración Universal sobre la Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995.
- , “Las virtudes de la democracia según Lujambio”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995.
- , *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- , *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Madrid, Siglo XXI, 2005.

- , *El derecho a resistir el derecho*, Madrid-Buenos Aires, Ciepp-Miño y Dávila, 2005.
- , “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo, *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, 2007.
- , “Cambiar la letra, cambiar el mundo”, *El País*, 13 de octubre de 2008.
- , “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”, *Isonomía*, México, núm. 33, 2010.
- , *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.
- y COURTIS, Christian, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, *CEPAL, Series Políticas Sociales*, núm. 153, 2009.
- GARRIDO, Manuel, “La filosofía de la ciencia en el siglo XX”, en GARRIDO, Manuel *et al.*, *El legado filosófico y científico del siglo XX*, Madrid, Cátedra, 2005.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas”, *Doxa*, Alicante, núm. 14, 1993.
- , *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “«No pongas tus sucias manos sobre Mozart». Algunas consideraciones del concepto de tolerancia”, en *id.*, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Representación y democracia”, en *id.*, *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “El consenso democrático: Fundamento y límites del poder de las minorías”, *Isonomía*, núm. 12, México, ITAM-Fontamara, 2000.
- , *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000.

- , “El papel del Poder Judicial en la transición democrática”, en MALEM, Jorge *et al.*, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- , “El sentido actual de la tolerancia”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, ITAM-Escuela Libre de Derecho-Fontamara-UAM-INACIPE, 2005.
- , “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, ITAM-Escuela Libre de Derecho-Fontamara-UAM-INACIPE, 2006.
- , “Las élites latinoamericanas”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto *et al.*, *Democracia y cultura política*, Las Palmas de Gran Canaria, Fundación Mapfre Guarteme, 2009.
- GÓMEZ, Rodolfo, y Díez, Rodrigo, *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.
- GONZÁLEZ, Enrique, “El derecho a la salud”, en ABRAMOVICH, Víctor *et al.*, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- GRIFFIN, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- , *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006.
- y Ratzinger, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- HELD, David, “Los principios del orden cosmopolita”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Law and Justice in a Global Society*, núm. 39, 2005.
- HIERRO, Liborio, “El niño y los derechos humanos”, en FANLO, Isabel, *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- HIRSHMAN, Albert O, *Retóricas de la intransigencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- IGLESIAS, Marisa, “Justicia global y derechos humanos: hacia una ética de las prioridades”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ,

- Rodolfo (eds.), *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*, Colombia, Universidad de Externado, 2007.
- INNERARITY, Daniel, “El mercado, un invento de izquierda”, *El País*, 22 de abril de 2011.
- JUDT, Tony, *Algo va mal*, Madrid, Taurus, 2010.
- KANT, Immanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985.
- , *Foundations of the Metaphysics of Morals*, Nueva York, Macmillan Publishing Company, 1987.
- KEKES, John, *The Morality of Pluralism*, Princeton, Princeton University Press, 1993.
- KOLAKOWSKI, Leszek, “Neutrality and Academic Values”, en MONTEFIORE, Alan, *Neutrality and Impartiality*, Cambridge University Press, 1975.
- KYMLICKA, Will, “Igualitarismo liberal y republicanismo cívico: ¿amigos o enemigos?”, en OVEJERO, Félix *et al.*, *Nuevas Ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona, Paidós, 2004.
- LAFONT, Cristina, “Democracia y deliberación pública”, en ARANGO, Rodolfo, *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, 2007.
- , “Justicia global en una sociedad pluralista”, *Isonomía*, México, núm. 31, 2009.
- LAMAS, Marta, “A favor de la RU486”, *Enfoque, Reforma*, 28 de septiembre de 2003.
- , *Feminismo. Transmisiones y retransmisiones*, México, Taurus, 2006.
- , *Cuerpo, sexo y política*, México, Debate Feminista-Océano, 2014.
- LAPORTA, Francisco, “El principio de igualdad”, *Sistema*, núm. 67, 1985.
- , “Sobre el concepto de derechos humanos.”, *Doxa*, núm. 4, México, 1987.
- , “Los problemas de la democracia deliberativa: una réplica”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 109, enero-febrero de 2001.

- , “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- LARMORE, Charles, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- LATAPÍ, Pablo, *Andante con brío*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- LEVI, Primo, *Trilogía de Auschwitz*, Barcelona, Océano-El Aleph Editores, 2012.
- LORA, Pablo de, *Entre el vivir y el morir*, México, Fontamara, 2003.
- y GASCÓN, Marina, *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza Editorial, 2008.
- LUJAMBIO, Alonso, “La risa del marxismo”, *Opción*, México, núm. 34, 1986.
- , “Los problemas de la democracia según Gargarella.”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995.
- MACCORMICK, Neil, “Los derechos de los niños. Un test para la teoría de los derechos”, en FANLO, Isabel, *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- MACEDO, Stephen, *Liberal Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- MACIEL, Alejandro, “La guerra, según Bush”, *Proceso*, México, núm. 1777, noviembre de 2010.
- MACKLIN, Ruth, “Dignity is a Useless Concept”, *British Medical Journal*, NÚM. 327, 2003.
- MARGALIT, Avishai, *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 2010.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- MERGIER, Anne Marie, “Ideología de la tortura”, *Proceso*, 23 de mayo de 2004.
- MONTAIGNE, *Ensayos Completos*, México, Porrúa, 2003.
- MORENO FUENTES, Francisco Javier y BRUQUETAS CALLEJO, María, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Barcelona, Obra Social “la Caixa”, 2011.

- MORESO, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Bahía Blanca, núm. 1, 2000.
- , “El constructivismo ético y el dilema de Eutifrón”, en ALEGRE, Marcelo *et al.*, *Homenaje a Carlos Nino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2008.
- NAGEL, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs* 33, núm. 2, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- , “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa*, Alicante, núm. 7, 1990.
- *et al.*, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- NUSSBAUM, Martha C., *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós, 2007.
- O’DONNELL, Guillermo, “Democracia, desarrollo humano y derechos humanos”, en O’DONNELL, Guillermo *et al.*, *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*, Rosario, Homo Sapiens, 2003.
- O’NEILL, Onora, “Children’s Rights and Children’s Lives”, en ALSTON, Philip *et al.*, *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- ORTIZ Millán, Gustavo, *La moralidad del aborto*, México, Siglo XXI, 2009.
- OVEJERO, Félix, “¿Derecho de resistencia o revolución?”, en GARGARELLA, Roberto, *El derecho a resistir el derecho*, Madrid-Buenos Aires, Ciepp-Miño y Dávila, 2005.
- PAZ, Octavio, *La llama doble. Amor y erotismo*, Seix Barral, 1993.
- PIKETTY, Thomas, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

- PINKER, Steven, “The Stupidity of Dignity. Conservative Bioethics Latest, Most Dangerous Ploy”, *The New Republic*, 28 de mayo de 2008.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid, Trotta, 2007.
- PLATTS, Mark, *Sobre usos y abusos de la moral*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM-Paidós, 1999.
- , *Ser responsable. Exploraciones filosóficas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2012.
- POGGE, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005.
- POU Jiménez, Francisca, “Género y protección de derechos en México: virtualidad y límites de la jurisdicción constitucional”, en CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fontamara, 2010.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- , *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- , “Multiculturalism: a Liberal Perspective”, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Coyoacán, 2014.
- RUIZ Miguel, Alfonso, “Laicidad, laicismo, relativismo y democracia”, en Vázquez, Rodolfo, *Laicidad. Una asignatura pendiente*, 2007.
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, “Religiones, laicidad y política en el siglo XXI”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Coyoacán, 2007.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *Crítica de la mano dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades*, México, Océano, 2012.

- SANTILLÁN DOHERTY, Patricio, “La objeción de conciencia en la medicina: un intento de visión desde la trinchera”, en TAPIA, Ricardo y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014.
- SAVATER, Fernando, “Siempre negativa, nunca positiva”, *El País, Opinión*, 16 de octubre de 2008.
- SCHMITT, Annete, “Las circunstancias de la tolerancia”, *Doxa*, Alicante, núm. 11, 1992.
- SEN, Amartya, *Resources, Values and Development*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.
- , *Sobre ética y economía*, México, Alianza-Conaculta, 1991.
- SHKLAR, Judith, “The Liberalism of Fear”, en *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.
- , *Los rostros de la injusticia*, Barcelona, Herder, 2010.
- SPECTOR, Horacio, “La Filosofía de los derechos humanos.”, *Isonomía*, México, núm. 15, 2001.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Isonomía*, México, núm. 3, 1995.
- SUNSTEIN, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1993.
- SWIFT, Jonathan, *Una humilde propuesta... y otros escritos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- TAPIA, Ricardo y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014.
- THOMSON, Judith J., “Una defensa del aborto”, en VALDÉS, Margarita M., *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011.
- VALADÉS, Diego, “México enfermo”, *La Jornada*, 7 de febrero de 2011.

- VALDÉS, Margarita M., *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.
- , *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2010.
- , *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012.
- , “Sobre el concepto de dignidad y su valor para la bioética”, en TAPIA, Ricardo y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014.
- , “Democracia deliberativa o democracia procedimental”, en VIVES, Horacio, *Constructor de instituciones. La obra de Alonso Lujambio comentada por sus críticos*, México, ITAM-Colegio de México-INE-Miguel Ángel Porrúa, 2014.
- , “Sobre «Crítica de la mano dura» de Pedro Salazar Ugarte”, *Isonomía*, México, núm. 40, 2014.
- VERA, Rodrigo, “Entrevista al presidente del Episcopado mexicano, Carlos Aguiar Retes”, *Proceso*, México, núm. 1574, 2006.
- VILHENA, Oscar, “La desigualdad y la subversión del Estado de Derecho”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, 2007.
- VILLORO, Luis, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, *Isonomía*, México, núm. 3, 1995.
- , “Igualdad y diferencia: un dilema político”, en OLIVÉ, Leon y VILLORO, Luis, *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, México, UNAM, 1996.
- , “¿Debe penalizarse el aborto?”, en VALDÉS, Margarita M., *Controversias sobre el aborto*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001.
- VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder*, Madrid, Trotta, 2012.
- VOLPI, Jorge, “Soldados de Cristo”, *Proceso*, núm. 1484, 10 de abril de 2005.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

- , “The Moral Standing of States: a Response to Four Critics”, en POGGE, Thomas y HORTON, Keith, *Global Ethics: Seminal Essays: II (Paragon Issues in Philosophy)*, Minneapolis, Paragon House, 2008.
- WELLMAN, Carl, “El crecimiento de los derechos de los niños”, en FANLO, Isabel, *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- WOLDENBERG, José, “Impuestos”, *Reforma*, 1o. de septiembre de 2011.
- , “La encuesta y el reto”, *Reforma*, México, 25 de julio de 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio, “Dimensión política de un poder judicial democrático”, en CARBONELL, Miguel *et al. (comps.)*, *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

*Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 20 de octubre de 2015 en Impresión Comunicación Gráfica, S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, colonia Santa María Aztahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F., tel. 5692 3202. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural de 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 1000 ejemplares (impresión *offset*).